

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUMES 7/8 N^{os} 16/17 - julho a dezembro 2002/ janeiro a Junho - 2003

**A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS
CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE
EXTRAORDINÁRIA**
Silvio Neves Baptista

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
E O DIREITO DIFUSO À
SEGURANÇA PÚBLICA**
J.E. Carreira Alvim

**A PRECLUSÃO EXTINTIVA
DO DIREITO NO PROCESSO
COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES**
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**O FUTURO DO
" DIREITO MORAL "**
José de Oliveira Ascensão

**A ACÇÃO POPULAR
NO DIREITO PORTUGUÊS**
José Lebre de Freitas



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Avenida Martins de Barros, 593 – Santo Antonio – 3º andar – Recife-PE – CEP: 50010-230



**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.
Avenida Martins de Barros, 593 - Santo Antonio - 3º andar
Recife-PE - CEP: 50010-230
Fone: (81) 3224-0086 / 3224-1285 / 3224-0837
Fax: (81) 3224-7946

DIRETORIA RECIFE

DIRETOR

Des. Jovaldo Nunes Gomes

SUPERVISOR

Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**COORDENADORES DE PESQUISA E DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA
E CULTURAL**

Juiz André Vicente Pires Rosa

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

**COORDENADORES DOS CURSOS DE EXTENSÃO, PÓS-GRADUAÇÃO,
PREPARAÇÃO E**

APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Juiz Alexandre Freire Pimentel

Juiz Carlos Humberto Inojosa Galindo

**COORDENADORES DO CURSO DE PREPARAÇÃO À
MAGISTRATURA**

Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Juiz Silvio Romero Beltrão

**COORDENADOR DE EVENTOS CIENTÍFICOS E CULTURAIS E
ASSESSORIA JURÍDICA VIRTUAL**

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

COORDENADORA DE PRÁTICA JURÍDICA EM SALA DE AULA

Juíza Silvania Espéria da Silva

COORDENADOR DE PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juiz Roberto da Silva Maia

DIRETORA DE SECRETARIA

Josina de Sá Leitão

DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO, PATRIMÔNIO E FINANÇAS

Josenildo Vieira da Silva Júnior

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE CARUARU

DIRETORIA

DIRETORA REGIONAL

Juíza Silvia Virgínia de Amorim Batista

**COORDENADOR DO CURSO DE PREPARAÇÃO À
MAGISTRATURA**

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**COORDENADOR DE PESQUISA E EVENTOS DE DIVULGAÇÃO
CIENTÍFICA E CULTURAL**

Juiz José Anchieta Félix da Silva

SECRETÁRIO REGIONAL

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO

ESTADO DE PERNAMBUCO

PRESIDENTE

Des. José Fernandes de Lemos

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO**

Volume 7/8 - Número 16/17
jul. a dez. 2002 / jan. a jun. 2003

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Revista da Esmape - Recife - V.7/8 Nº 16/17 - 003-688 - jul02/jun03 → 3

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Juiz André Vicente Pires Rosa

Membros: Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Juiz Alexandre Freire Pimentel

Coordenação Técnica e Editorial: *Bel.* Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária – CRB-4/1006)

Revisão: Prof^a Euliane Staudinger – Fone: (81) 32512684

Foto da capa: Arquivo da Bagaço – Pedra Furada (Vale do Catimbau - Buique)

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: 700 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@esmape.com.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
E-mail: bagaco@bagaco.com.br
www.bagaco.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

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2003

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb.FA 20030053
Local P-01
Ch. 00001255 E

CORPO DOCENTE

RECIFE

DIREITO CONSTITUCIONAL I
Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Procurador José Carlos Arruda Dantas
Juiz André Vicente Pires Rosa

SUBSTITUTOS
Procurador Walber de Moura Agra
Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho
Procurador José Carlos Arruda Dantas

DIREITO ADMINISTRATIVO I
Procuradora Eugênia Giovana S. Inácio Cavalcanti
Procurador João Armando Costa Menezes
Procurador Oscar Vilaça de Melo Filho

SUBSTITUTOS
Promotor Josenildo da Costa Santos
Juiz Ailton Alfredo de Souza

DIREITO CIVIL I
Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

SUBSTITUTOS
Juiz Silvío Romero Beltrão
Juiz José André Machado Barbosa Pinto

DIREITO PENAL I
Advogado Guilherme da Rocha Ramos
Delegado José Durval de Lemos Lins Filho

SUBSTITUTOS
Promotora Patrícia de Fátima Oliveira Torres
Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I
Juiz Lúcio Grassi de Gouveia
Juiz Sérgio Torres Teixeira
Juiz Alexandre Freire Pimentel

SUBSTITUTOS

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Roberto da Silva Maia

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Juíza Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão
Advogado João Olympio Valença de Mendonça
Juiz Adeildo Nunes

SUBSTITUTOS

Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juíza Sandra de Arruda Beltrão

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Advogada Cristiana Pragana Dantas
Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior

SUBSTITUTOS

Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior
Juiz José Viana Ulisses Filho

DIREITO EMPRESARIAL I

Professor Luiz de Freitas Lima
Juiz Silvio Romero Beltrão
Juiz Marcos Antônio Nery de Azevedo

SUBSTITUTOS

Juiz Carlos Humberto Inojosa Galindo
Professora Maria Antonieta Lynch de Moraes

ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello
Juiz Eudes dos Prazeres França

DIREITO DA INFORMÁTICA

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Rafael José Menezes

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juíza Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão
Juiz Honório Gomes do Rego Filho

SUBSTITUTOS

Promotora Patricia Carneiro Tavares
Juíza Sandra de Arruda Beltrão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Des. José Antônio Macêdo Malta

SUBSTITUTOS

Professora Paula Maria de Oliveira Mendonça
Juiz Roberto da Silva Maia

DIREITO CIVIL II

Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello
Juiz Ruy Trezena Patu Júnior
Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

SUBSTITUTOS

Juíza Nalva Cristina B. Campelo
Juiz José André Machado Barbosa Pinto

DIREITO PENAL II

Juiz Pedro Odilon de Alencar
Promotora Joana Cavalcanti de Lima
Juiz Laiete Jatobá Neto

SUBSTITUTOS

Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão
Juiz Pedro Odilon de Alencar

DIREITO EMPRESARIAL II

Juiz Silvio Romero Beltrão
Advogado Vaudrilo Leal Guerra Curado
Juiz Francisco de Assis Galindo

SUBSTITUTOS

Advogado Vaudrilo Leal Guerra Curado
Juiz Silvio Romero Beltrão

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Juiz José Viana Ulisses Filho
Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior

SUBSTITUTO

Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho

DIREITO ADMINISTRATIVO II
Promotor Josenildo da Costa Santos
Procurador Oscar Vilaça de Melo Filho
Procurador Marcos Antônio Rios da Nóbrega

SUBSTITUTOS
Promotor Josenildo da Costa Santos
Juiz Ailton Alfredo de Souza

DIREITO CONSTITUCIONAL II
Procurador Walber de Moura Agra
Juiz Jackson Borges de Araújo
Procurador André de Albuquerque Garcia

SUBSTITUTOS
Procurador José Carlos Arruda Dantas
Professora Adriana Coutinho Rocha

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES CÍVEIS
Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juíza Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio
Juiz Eudes dos Prazeres França
Juiz Carlos Magno Cysneiros Sampaio

SUBSTITUTOS
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Juiz Roberto da Silva Maia

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO
Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Juiz Luiz Carlos de Barros Figueiredo

SUBSTITUTOS
Juiz Silvio Romero Beltrão
Juiz José André Machado Barbosa Pinto

DIREITO ELEITORAL
Juiz Mauro Alencar de Barros
Juiz Paulo Henrique Martins Machado

SUBSTITUTO
Des. Leopoldo de Arruda Raposo

DIREITO PENAL III
Advogado Guilherme da Rocha Ramos
Procurador Antônio Carlos de Vasconcelos Coelho Barreto Campello
Juiz Ailton Alfredo de Souza

SUBSTITUTOS
Juiz Rafael Ribeiro Nogueira Filho
Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III
Procurador Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves

SUBSTITUTOS
Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Roberto da Silva Maia

DIREITO PROCESSUAL PENAL III
Promotora Patrícia Carneiro Tavares
Juíza Sandra de Arruda Beltrão

SUBSTITUTOS
Juíza Sandra de Arruda Beltrão
Juiz Ailton Alfredo de Souza

TEORIA GERAL DO DIREITO
Professor Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida
Doutor João Maurício Adeodato

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES PENAS
Juíza Fernanda Moura de Carvalho
Juiz Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz Flávio Augusto Fontes de Lima

SUBSTITUTA
Juíza Sandra de Arruda Beltrão

DIREITO CIVIL III
Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte
Juiz Silvio Romero Beltrão
Juiz Eurico de Barros Correia Filho

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juiz Alberto Flávio Barros Patriota
Des. Leopoldo de Arruda Raposo

SUBSTITUTOS

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte
Juiz Eurico de Barros Correia Filho

MEDICINA LEGAL

Médico Legista Railton Bezerra de Melo
Médico Legista Clóvis César de Mendoza

SUBSTITUTOS

Juíza Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão
Médico Legista Railton Bezerra de Melo

DIREITO DO CONSUMIDOR

Promotora Rosana Grimberg
Des. Nelson Santiago Reis
Juiz Luiz Mário de Góes Moutinho

SUBSTITUTA

Juíza Nalva Cristina Barreto Campello

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juíza Silvania Esperia da Silva

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE

CORPO DOCENTE

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES CÍVEIS
Des. José Antonio Amorim

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES PENAS
Dr. Gilvan Macêdo dos Santos

TEORIA GERAL DO DIREITO
Juiz Tomás de Aquino Pereira de Araújo

DIREITO ADMINISTRATIVO I
Procurador José Carlos Arruda Dantas

DIREITO CIVIL I
Juíza Ane de Sena Lins

DIREITO CIVIL II
Juíza Ane de Sena Lins

DIREITO CIVIL III
Promotor Luiz Gustavo Simões V. de Melo

DIREITO CONSTITUCIONAL I E II
Procurador José Carlos Arruda Dantas

DIREITO COMERCIAL
Juiz Damião Severiano de Sousa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I
Promotor Frederico José Santos de Oliveira

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II
Juiz Brasília Antônio Guerra

DIREITO PENAL I
Juiz Gleydson Gleber de Lima Pinheiro

DIREITO PENAL II
Juiz Fernando Raposo
Juiz Cláudio da Cunha Cavalcanti

DIREITO PROCESSUAL PENAL I
Juiz Joaquim Francisco Barbosa

DIREITO PROCESSUAL PENAL II
Promotor Keyller Toscano de Almeida

DIREITO TRIBUTÁRIO I
Juiz José Fernando Santos de Souza
Procurador Olímpio José de Oliveira Neto

PRÁTICA JURÍDICA PENAL
Juíza Jacinea Ferreira de V. Granja

DIREITO DO CONSUMIDOR
Juíza Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

MEDICINA LEGAL
Médico Legista Xisto Zeno Valones

DIREITO ELEITORAL
Juíz Gleydson Gleber de Lima Pinheiro

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Juíza Marínes Marques Viana

***“As palavras voam, os escritos
permanecem”.***

(Provérbio latino)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

TEORIA

O MANDATO DO § ÚNICO DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988 E A PRIMEIRA FASE DA EVOLUÇÃO DOS
TRATADOS DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA
Adonis Costa e Silva 23

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS
CONFERIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI
Cecília Lou 49

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE
INTELLECTUAL
Clarice Marinho Martins de Castro 87

A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO
PARA AFERIÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS
Cláudia Oliveira Pachú 115

O PERITO E AS PERÍCIAS – SUA IMPORTÂNCIA PARA A JUSTIÇA
Clóvis Cezar de Mendoza 137

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA
SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO
Cristiano Jacques de Lima Araújo 165

MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – A NOVA MAIORIDADE CIVIL:
REFLEXOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS
Damásio de Jesus 191

| | |
|---|-----|
| A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS: O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE <i>Daniel e Silva Meira</i> | 209 |
| O PARTIDO POLÍTICO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA <i>Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti</i> | 217 |
| DEFINIÇÃO DE DIREITO – UMA PONTE ENTRE FLAVIO LOPEZ DE OÑATE E LUIS RECASENS SICHES <i>Fernando Monteiro</i> | 229 |
| ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA <i>Hélio Sílvio Ourem Campos</i> | 281 |
| O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL <i>Ivan Luiz da Silva</i> | 311 |
| AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO <i>DIFUSO</i> À SEGURANÇA PÚBLICA <i>J.E. Carreira Alvim</i> | 325 |
| A ACÇÃO POPULAR NO DIREITO PORTUGUÊS <i>José Lebre de Freitas</i> | 345 |
| O FUTURO DO “DIREITO MORAL” <i>José de Oliveira Ascensão</i> | 377 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR <i>José Viana Ulisses Filho</i> | 409 |
| ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: SUPERAÇÃO DA SOBERANIA OU APENAS MODIFICAÇÃO DE SUA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA? <i>Luciana Fernandes Portal de Lima</i> | 463 |
| MULTAS ASTREINTES: UM INSTITUTO CONTROVERTIDO <i>Luciano Marinho de Barros e Souza Filho</i> | 489 |

| | |
|--|-----|
| O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO SOBREVIVE <i>Luiz de Freitas Lima</i> | 513 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO PRESO? <i>Rafaella Oliveira Pinto de Campos</i> | 533 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| A PRECLUSÃO EXTINTIVA DO DIREITO NO PROCESSO COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES <i>Ricardo de Oliveira Paes Barreto</i> | 559 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA <i>Sílvio Neves Baptista</i> | 573 |
|--|-----|

PRÁTICA

| | |
|--|-----|
| EXECUÇÃO. BANCO. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. FINANCIAMENTO. NOVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO. EMBARGOS. PROCEDÊNCIA <i>Antonio Vital de Moraes</i> | 609 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| DIREITO COMERCIAL. FACTORING - EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE. <i>Jorge Américo Pereira de Lira</i> | 623 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO <i>José André Machado Barbosa Pinto</i> | 635 |
|--|-----|

| | |
|-------------------------|-----|
| ÍNDICE ONOMÁSTICO | 653 |
|-------------------------|-----|

Apresentação

É com satisfação que oferecemos à comunidade jurídica mais um número da **Revista da Esmape**. Desta vez, correspondendo a um ano de edição (v. 7/8, n. 16/17, jun. a dez.2002 e jan. a jul.2003), tornando-a uma publicação especial e simbólica, já que o semestre em que não a colocamos em circulação marca o período em que estivemos reunindo recursos financeiros para adquirirmos a nossa sede própria. Conseguimos!

São oito anos de edições ininterruptas.

Durante esses anos, a **Revista da Esmape** foi referência, modelo e incentivo para o surgimento de outras revistas jurídicas no país; fomentou a produção intelectual de juristas pernambucanos ; ofereceu oportunidades aos novos escritores, entre eles nossos alunos; agregou colaboradores de outros estados e de universidades estrangeiras; atendeu as pesquisas de estudiosos e enriqueceu o acervo de diversas instituições e bibliotecas, as quais relacionamos nas páginas seguintes. Tudo isso, juntamente com as cartas e mensagens que fomos recebendo, traduz a repercussão da nossa Revista, além de confirmar o respeito e seriedade com que a elaboramos.

A **Revista da Esmape**, nos seus próximos números, continuará com a sua periodicidade semestral.

Recife, junho de 2003

Des. Jovaldo Nunes
Diretor

INSTITUIÇÕES QUE RECEBEM A REVISTA DA ESMAPE

- Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano – PE
- Assessoria Jurídica da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – PE
- Associação Catarinense do Ministério Público
- Associação Cearense dos Magistrados
- Associação do Ministério Público de Pernambuco
- Associação dos Delegados de Polícia de Pernambuco
- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
- Associação dos Magistrados Brasileiros – DF
- Associação dos Magistrados Catarinenses
- Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – 6.^a Região - PE
- Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1.^a Região – RJ
- Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – SC
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação dos Magistrados do Paraná
- Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 13.^a Região – PB
- Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – DF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Banco do Brasil S/A – Cais do Apolo
- Biblioteca “Juiz Petrônio Maranhão”. Justiça Federal de 1.^a Instância. Seção Judiciária de Pernambuco
- Biblioteca “Pontes de Miranda” - Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco
- Biblioteca Carvalho de Mendonça - Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro
- Biblioteca Central da Universidade da Amazônia – PA
- Biblioteca Central Julieta Carteador - Universidade Estadual de Feira de Santana
- Biblioteca Central Pe. Aloísio Mosca de Carvalho, S.J. - Universidade Católica de Pernambuco
- Biblioteca Central Prof. Pinto Ferreira - Sociedade Caruaruense de Ensino Superior. Faculdades de Direito e Odontologia de Caruaru
- Biblioteca da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Câmara Municipal do Recife
- Biblioteca da Comunidade Evangélica Luterana – SP
- Biblioteca da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda – PE
- Biblioteca da Delegacia Regional do Trabalho - PE
- Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife
- Biblioteca da Faculdade dos Guararapes
- Biblioteca da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Procuradoria Regional do Trabalho – PE
- Biblioteca da Receita Federal - PE
- Biblioteca da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura do Recife
- Biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira
- Biblioteca do Bureau Jurídico
- Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo
- Biblioteca do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco
- Biblioteca do Instituto João Alfredo de Andrade – MG
- Biblioteca do Magistrado Escritor. Tribunal de Justiça de Pernambuco
- Biblioteca do Ministério Público de Pernambuco
- Biblioteca do Senado Federal
- Biblioteca Joaquim Amazonas – Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco
- Biblioteca Joaquim Nabuco - Secretaria de Cidadania e Política Social do Estado de Pernambuco
- Biblioteca Nylo Dornelas Câmara - Associação de Ensino Superior de Olinda
- Biblioteca Prof. Everardo da Cunha Luna - Procuradoria Regional da República da 5.^a Região
- Biblioteca Ten. Cel. José Chrispiniano R. C. Brandão – Seção Judiciária de Pernambuco - Petrolina
- Centro de Estudos Jurídicos – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

- Centro de Estudos Jurídicos “Juiz Ronaldo Cunha Campos” – MG
- Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça – MG
- Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas – DF
- Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho – ES
- Escola da Magistratura do Amapá
- Escola da Magistratura do Distrito Federal
- Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Núcleo Nova Friburgo
- Escola da Magistratura do Paraná
- Escola da Magistratura do Trabalho – AL
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas (SP)
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – SP
- Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – DF
- Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – RJ
- Escola da Magistratura Trabalhista da 5ª Região – BA
- Escola da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – PE
- Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região – SP
- Escola de Magistratura Federal da 5ª Região – PE
- Escola dos Magistrados da Bahia
- Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes” – MG
- Escola Judicial da Magistratura do Trabalho – MT
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – DF
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG
- Escola Nacional da Magistratura – DF
- Escola Paulista da Magistratura
- Escola Superior da Magistratura “Des. Almir Carneiro da Fonseca” – PB
- Escola Superior da Magistratura Catarinense
- Escola Superior da Magistratura de Sergipe
- Escola Superior da Magistratura do Acre
- Escola Superior da Magistratura do Amazonas

- Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão
- Escola Superior da Magistratura do Pará
- Escola Superior da Magistratura do Piauí
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Mossoró
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Natal
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Trabalho – PB
- Escola Superior do Ministério Público da União – DF
- Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Facultá di Giurisprudenza. Dipartimento di Studi Giuridici. Università Degli Studi di Pavia – Itália
- Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- Fundação Biblioteca Nacional (Depósito Legal)
- Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul
- Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
- Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris – PR
- Instituto dos Advogados de Minas Gerais
- Instituto dos Magistrados de Pernambuco
- Instituto dos Magistrados do Brasil – RJ
- Instituto dos Magistrados do Ceará
- Instituto Metropolitano de Altos Estudos – SP
- Justiça Federal de 1ª Instância – PI
- Ministério Público do Estado de São Paulo
- Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República.
- Procuradoria da República - Brasília
- Procuradoria-Geral de Justiça de Pernambuco
- Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas
- Superior Tribunal de Justiça – DF
- Supremo Tribunal Federal – DF
- Tribunal de Alçada Criminal – SP

- Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
- Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
- Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Subdiretoria do Foro de Petrolina
- Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
- Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
- Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
- Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins
- Tribunal de Justiça do Estado do Acre
- Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
- Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
- Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
- Tribunal de Justiça do Estado do Pará
- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
- Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região – Pernambuco
- Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - DF
- Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG
- Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco
- Tribunal Regional Federal da 1ª Região – DF
- Tribunal Regional Federal da 2ª Região – RJ
- Tribunal Regional Federal da 3ª Região – SP
- Tribunal Regional Federal da 5ª Região - PE

Correspondências

Recebidas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

OFÍCIO Nº 23/2001/DI/BL/SED/TRE 2ª REGIÃO - Rio de Janeiro, 25 de maio de 2001.

Senhor Presidente,

Indago de Vossa Excelência da possibilidade de esta Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, receber, como doação, a coleção de sua excelente "Revista da ESMAPE" editada pela Escola de Magistratura desse estado e, também, a inclusão em seu cadastro de recebimentos regulares.

Saliento que a alta qualidade editorial da Revista da ESMAPE, e o interesse de nossos leitores nos encorajaram a encaminhar esta solicitação. Caso nosso pedido possa ser atendido, segue abaixo o nosso endereço:

Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Rua do Acre, 80, 8º Andar, Biblioteca
CEP. 20081-000 - Centro - Rio de Janeiro/RJ
A/C Cesar Gundim - Supervisor de Periódicos

Na oportunidade renovo protestos de estima e consideração

Atenciosamente,
Neli Meneses Paes Leite
Neli Meneses Paes Leite

Diretora em exercício da Divisão de Biblioteca

Exmo. Sr. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

MD, Presidente da Comissão Editorial da Revista da ESMAPE

V/C Sra. Dra. Joseane Duarte Soares



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO


OFÍCIO ESMPU Nº 544

Brasília, 19 de novembro de 2002.

Senhores Coordenadores,

Agradeço a remessa do exemplar da Revista da ESMape, nº 15 -jan/jun 2002, cumprimentando-os pela qualidade e relevância das matérias selecionadas, e pela oportuna homenagem ao Tribunal de Justiça de Pernambuco em razão do seu 180º aniversário.

Atenciosamente,


SANDRA CUREAU
Subprocuradora-Geral da República
Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Prezado Senhor,

Recebemos e agradecemos a publicação abaixo relacionada:

REVISTA DA ESMape V.7, N.15, 2002

Informamos que as publicações editadas por essa conceituada Instituição são fontes de informação de fundamental importância para os nossos usuários internos e externos.

Atenciosamente

Eliana Candeira Valois
CRB-3/271



ESTADO DO MARANHÃO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA

Ofício nº 267/BTJ/2002

São Luís, 26 de agosto de 2002.

Da: Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
A : Esmape
Assunto: Pedido de doação de obras

Prezado(a) Senhor(a),

Ao cumprimentá-lo(a), sirvo-me do presente para solicitar vossos bons préstimos no sentido de que fossem enviados a esta Egrégia Corte de Justiça, alguns exemplares de cortesia para complementar o nosso acervo de periódico do seguinte título: **Revista da Esmape**, preferencialmente a partir do início de 2002 em diante, pois as referidas obras são de grande interesse dos Magistrados, Assessores Jurídicos, professores universitários e estudantes de Direito deste Tribunal. Ressalvo que a maioria dos nossos usuários são professores universitários e alunos universitários, desta forma as referidas obras serão divulgadas.

Certo de vossa colaboração , antecipadamente agradeço.

Atenciosamente,


Patrícia Bandeira de Melo Costa
Chefe da Biblioteca

Biblioteca@tj.ma.gov.br



ESTADO DE GOIÁS
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Ofício nº 320/CCS/PR

Goiânia, 28 de agosto de 2001.

Senhor Coordenador:

Recebi com especial satisfação o exemplar da Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, volume 6, nº 13 - jan/jun. de 2001.

Agradecendo pela atenção, apresento os protestos de meu elevado apreço.

Atenciosamente,

Desembargador **BYRON SEABRA GUIMARÃES**

Presidente



ESMAPN
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO RN

Ofício nº 052/01 - DI

Natal, 11 de abril de 2001.

Senhor Coordenador,

Apraz-me acusar e agradecer o recebimento de um exemplar da REVISTA DA ESMAPE, n.12 -- jul./dez. de 2000, recentemente lançada, que passará a integrar o acervo da nossa Biblioteca.

Parabenizando a todos que fazem a ESMAPE, pela excelência e qualidade da revista, aproveito a oportunidade para expressar-lhe protestos de elevado apreço e consideração.


Juiz *Virgílio Fernandes de Macêdo Júnior*
Diretor

Florianópolis.05 de dezembro de 2002

Prezada Senhora:

Agradeço a gentileza da remessa da Revista da Esmape, v. 7, n. 15, jan/jun 2002, que será objeto de minha atenta, passando a integrar em seguida o acervo da Biblioteca da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público.

Atenciosamente,

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti
Presidente da ACMP

Prezada Senhora

Queremos muito agradecer a doação da publicação destinada ao acervo da Biblioteca Central da UNAMA. Doação como esta nos engrandecem e enriquece o acervo bibliográfico da Instituição, com informações de valor inestimável. Agradecemos penhoradamente sua colaboração e colocamo-nos à disposição naquilo que se fizer necessário.

Aproveitamos o ensejo para reiterar-lhe protestos de alto apreço e distinta consideração.

Atenciosamente,

Lanalucia Soares

Bibliotecária – Seleção e Aquisição

Prof. Amador Paes de Almeida

Rua Heitor de Moraes, 978 - Pacaembu
CEP 01237-000 - São Paulo - SP
Fone/Fax: (011) 3862.4728

Prezada Senhora,

Recebi, prazerosamente, o exemplar nº 15, da excelente revista da ESMAPE. Contudo, conquanto tenha tido a publicação de um artigo no nº 13, pg. 21, não recebi o exemplar correspondente, pelo que solicitaria a gentileza de enviar um número correspondente.

Tão logo me permita o tempo, enviarei, com muito prazer, uma colaboração.

Com admiração e respeito, do


AMADOR PAES DE ALMEIDA

Subject: RES: Revista da ESMAPE
From: Luciana Araujo Reis <LUCIANAAR@stf.gov.br>
Date: Mon, 16 Sep 2002 18:47:20 -0300
To: "esmape" <esmape@fisepe.pe.gov.br>

Prezada Senhora

Em primeiro lugar, muito obrigada pela sua resposta ao nosso e-mail. A Biblioteca do STF tem interesse em manter no seu acervo as revistas publicadas pelas Escolas de Magistratura, devido à qualidade e atualidade dos textos produzidos. A Revista da ESMAPE não integra nosso acervo, porém temos interesse em recebê-la para inseri-la em nossa coleção. Gostaríamos de saber como proceder para obtermos este título.

O outro pedido nosso, foi quanto a possibilidade de recebermos (02) dois exemplares do volume 5 da Revista da ESMAPE. Tal pedido tem por finalidade atender a uma solicitação da Presidência do Tribunal, que nos solicitou, por doação, um exemplar deste volume, mas infelizmente não tínhamos nenhum nem para empréstimo.

Nosso endereço completo é:

Supremo Tribunal Federal / Coordenadoria de Biblioteca
A/C Sra. Maria Tereza Machado Teles Walter
Praça dos Três Poderes, Anexo II - 1º andar
Cep: 70.175-900 Brasília-DF

Tel.: (0XX61) 217-3526

Fax: (0XX61) 217-3512

E-mail: biblioteca@stf.gov.br

Desde já, muito obrigada pela atenção,

Luciana Araujo Reis (Bibliotecária Chefe da Seção de

Periódicos)

Assunto: Depósito Legal na Biblioteca Nacional

De: Depósito Legal <deplegal@bn.br>

Data: Fri, 13 Dec 2002 11:52:22 -0200

Para: esmape@fisepe.gov.br

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco
Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

Prezada Senhora

Vimos nesta oportunidade, confirmar e agradecer o recebimento da "Revista da Esmape, v. 7, n. 15, jan./jun. 2002", para fazer parte do acervo hemerográfico da Fundação Biblioteca Nacional, em cumprimento a Lei do Depósito Legal.
Esperando merecer a mesma atenção no envio dos próximos números, antecipamos agradecimentos.
Atenciosamente,

Virgínia Freire da Costa
Chefe do Depósito Legal
/r.

Prezado Dr André.

Primeiramente, agradecemos o envio da Revista Esmape n15, tem sido de incontestável valor cultural para todos os que frequentam nossa escola (EMERJ - III Núcleo Friburgo). Fato que nos alegra bastante.

Da mesma forma, em data recente, criamos um site jurídico (www.netflash.com.br/justicavirtual) com artigos de diversos professores e profissionais do direito de nossa comunidade jurídica. O site está tendo uma visitação maravilhosa...

Sem abusar de sua boa vontade, solicitaria a V.Exa que nos enviasse trabalhos de sua autoria, bem como (se possível trabalho de outros Magistrados, especialmente do Juiz Jorge Américo Lira).

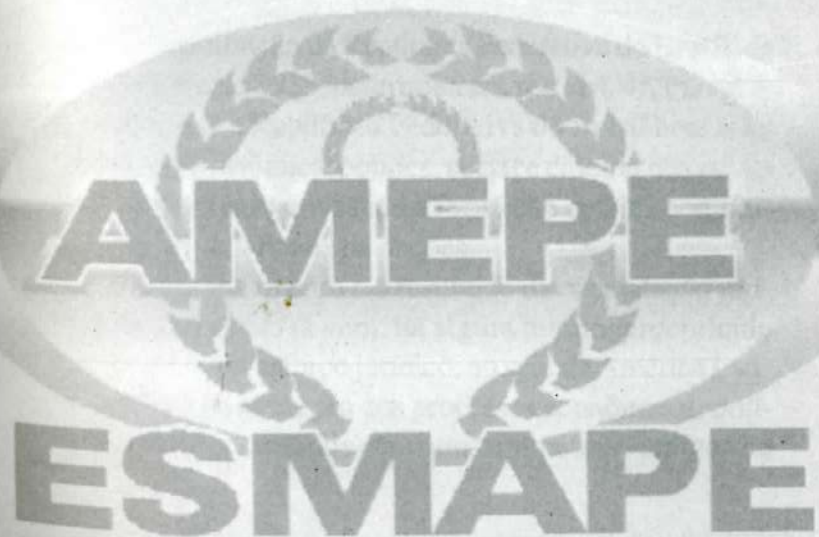
Esperamos que goste do site e que o recomende, bem como aguardaremos ansiosos pelos artigos.

Saudações Acadêmicas

Ronaldo Pedrosa
Juiz de Direito - Friburgo - RJ
Diretor do III Núcleo da EMERJ

Antonio Aurelio Duarte
Expositor da EMERJ
Diretor Cultural do III Núcleo

TEORIA



O MANDATO DO § ÚNICO DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A PRIMEIRA FASE DA EVOLUÇÃO DOS TRATADOS DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA

Adonis Costa e Silva

*Doutor em Direito e Mestre em Direito Comunitário pela
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO; 2. OS PROCESSOS LATINO-AMERICANOS DE INTEGRAÇÃO ANTERIORES AO MERCOSUL. 2.1. A assim chamada primeira geração de Instituições Latino-Americanas de Integração; 2.1.1. O Mercado Comum Centro-Americano; 2.1.2. A ALALC; 2.1.3. O Grupo Andino.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, determina em seu Art. 4º, Parágrafo Único, que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Esse mandamento é o resultado da constatação jurídica de que o país já vem, há algum tempo, procurando desenvolver um esforço jurídico, no seio da América Latina, em face da evolução dos processos econômicos, políticos, sociais e culturais ocorridos nos países vizinhos do

continente, no sentido de se adequar aos novos rumos que o chamado Direito da Integração vem delineando, a fim de moldar a configuração dos Estados voltados para os novos tempos.

Tal mandato obriga os juristas brasileiros a buscar referenciais para entender como se processou e se está processando a evolução desse processo de integração jurídica, a fim de bem entender e cumprir a determinação constitucional brasileira.

Para tanto, examinemos a evolução do processo de integração latino-americano, neste segmento, em sua primeira fase.

2. OS PROCESSOS LATINO-AMERICANOS DE INTEGRAÇÃO ANTERIORES AO MERCOSUL

2.1. A assim chamada primeira geração de instituições Latino-Americanas de Integração

As primeiras instituições latino-americanas com caráter supranacional surgiram no ano de 1951, quando foi criado o Comitê Centro-Americano de Cooperação Econômica e a Organização de Estados Centro-Americanos – ODECA.

Como assinala VERGARA ESCUDERO, em outubro de 1951, o Presidente Oscar Osório, de El Salvador, convocou os ministros de Relações Exteriores dos países da América Central para uma conferência, a fim de que deliberassem sobre a criação de um Sistema Regionalista Centro-Americano. O resultado imediato daquela Conferência foi a formulação da Carta de El Salvador, que es-

tabeleceu a Organização de Estados Centro-Americanos – ODECA, firmada pelos representantes dos cinco países centro-americanos, no dia 14 de outubro de 1951, na Cidade de El Salvador.

Durante a etapa inicial do programa de integração centro-americano, que abrangeu o período que vai desde 1951 até 1957, foram celebrados vários Tratados bilaterais de livre comércio entre os países do istmo. Esses acordos tiveram uma acentuada influência posterior na criação do Mercado Comum Centro-Americano, devido ao fato de que uma série de disposições contidas no Tratado Multilateral de Livre Comércio e Integração Econômica, posteriormente absorvidas pelo Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, fizeram deste último o instrumento básico para reger o movimento de integração da América Central, tendo então servido de base ideológica para a subscrição posterior dos Tratados de Tegucigalpa, em 1958, e o de Manágua, em 1960, respectivamente.

Já em agosto de 1952, os cinco ministros de Economia dos países da América Central haviam se reunido a fim de constituir o Comitê de Cooperação Econômica do Istmo Centro-Americano, ao qual foi atribuída a função de dirigir como órgão coordenador e assessor os futuros programas de integração econômica¹. Segundo HERREIRA, se poderia muito bem considerar que o Mercado Comum Centro Americano estava destinado a cumprir um papel similar ao que desempenhou o BENELUX na formação do Mercado Comum Europeu, quer dizer, o de um

¹ Cf. VERGARA ESCUDERO, Eduardo. *Bases Institucionales y Jurídicas del Mercado Común Centroamericano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969. p. 8-13.

núcleo inicial de integração que agrupava economias do mesmo grau de desenvolvimento e com uma corrente relativamente importante de comércio recíproco².

A partir de 1960, se produziu uma notável proliferação de instituições dedicadas a promover os esquemas de integração regional e se fizeram sentir vários processos de integração, dos quais se destacam três, que configuraram a primeira geração das instituições de integração econômica que se desenvolveram na América Latina: o Mercado Comum Centro Americano, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio e o Grupo Andino. A propósito, alguns entendem que, nesse contexto, já os Estados Unidos há muito tempo apoiavam, no plano internacional, a idéia de associação, caracterizada pelo fato de que em uma economia política orgânica as elites públicas e privadas cooperariam no trabalho de administrar econômica e socialmente a sociedade, uma vez que essa supranacionalidade refletiria uma característica do federalismo estadunidense, no qual o governo federal está dotado de poderes e recursos financeiros independentes, embora com vinculação política com os Estados membros integrantes daquele pacto³.

Em relação às instituições caribenhas de integração econômica, se desenvolveram, em particular, a Associação de Livre Comércio do Caribe, transformada, ao fim de cinco anos, em Comunidade do Caribe e Mercado Comum do Caribe, além do Mercado Comum do Caribe Oriental.

2 Cf. HERRERA, Felipe. Prólogo. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 44-45.

3 Cf. HOGAN, Michael J. *The Marshall Plan - America, Britain, and the reconstruction of Western Europe, 1947-1952*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 4-8.

Todas essas instituições de integração de primeira geração seguiram um caminho similar: numa primeira fase alcançaram um auge sem precedentes nas relações comerciais entre os países sócios e, a partir de certo momento, todas elas entraram em declive. Genericamente, as causas do declive em todos os processos de integração econômica podem ser resumidos em vários pontos; os motivos políticos marcaram o esfriamento das relações entre os países, pois no princípio da década de 1980, a quase totalidade daqueles países tinha regimes ditatoriais, o que fez, por exemplo, com que o Chile, que sofreu um Golpe de Estado em 1973, abandonasse a sua filiação ao Grupo Andino ao fim de dois anos. A tudo isso deve ser acrescentada a crise mundial de meados e final da década de 1970, que supôs, entre outras coisas, a redução da demanda externa dos produtos da área, havendo se manifestado uma deterioração relevante dos termos de intercâmbio e maciças fugas de capital que levaram a uma crise da dívida pública; toda essa série de fatos paralisou, praticamente, a totalidade dos esquemas de integração latino-americanos⁴.

Como destaca ALMEIDA, o papel da integração é estabelecer uma fluidez do mercado que, por um lado, evite os efeitos de monopólio ou de quase-monopólio de uma industrialização em mercados limitados e, por outro, conduza as firmas empresariais até escalas de produção e a uma especialização que sejam eficientes; em síntese, é a integração que conduz à complementação. Por isso, tem-

4 A respeito das causas da crise no processo de integração da América Latina, cf. SCHAPOSNIK, Eduardo Carlos. *As teorias da integração e o MERCOSUL - Estratégias*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1997. p. 9-23.

se assinalado freqüentemente como um obstáculo a isso a falta de harmonização das políticas e, na realidade, em linhas gerais, essa é mais uma consequência de outros obstáculos à liberalização do comércio⁵. Além disso, as políticas econômicas mantidas naqueles países não possibilitaram as mudanças estruturais das economias que permitissem a adaptação a uma nova situação de crise econômica mundial. Finalmente, produziu-se também uma crise institucional das múltiplas comunidades econômicas, originada pela postura negativa no sentido de dotar as instituições supranacionais com um mínimo de poder e a provê-las de um certo grau de decisão, com o fito de coordenar e criar uma frente comum contra os problemas; tal falta de poder das instituições levou a uma ineficiência com relação aos custos e benefícios derivados da integração, o que criou um foco de tensão entre os países associados.

De um ponto de vista estritamente jurídico, já assinou MARTÍN QUERALT que se a situação do Direito, e mais concretamente do Direito Público, for eventualmente de crise, seja devido ao distanciamento do legislador, por conseguinte da lei, da regulação dos problemas que a sociedade considera mais urgentes; seja pela distância entre as previsões normativas e a realidade social; seja porque não haja separação de poderes, nem em consequência esses sejam independentes uns dos outros, de modo que a lei não seja expressão da vontade popular, nem, definitivamente, o Direito se apresente como um conjunto de ideais de Justiça de uma sociedade em um determinado momento de sua história, constituindo estes fatores os que

5 Cf. ALMEIDA, Rómulo. Comercio regional libre. In : *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México : Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 114-127.

levam ao descrédito do Direito como motor essencial da realidade social; se alguém quiser tornar verdadeiro o desejo de estabelecer uma ordem econômica e social justa, deve dispor dos mecanismos precisos para que essa se torne uma realidade⁶.

2.1.1. O Mercado Comum Centro-Americano

Os antecedentes do acordo econômico que configurou o Mercado Comum Centro-Americano são encontrados, pela primeira vez, na ODECA de 1951, a qual, ainda que com um caráter de cooperação basicamente política, tentava articular, pela primeira vez, no istmo centro-americano um entendimento econômico. O Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, instrumento normativo básico do Mercado Comum Centro-Americano, também chamado Tratado de Manágua, foi subscrito no dia 13 de dezembro de 1960 por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua, tendo entrado em vigor em junho de 1961 para El Salvador, Guatemala e Nicarágua, e para Honduras em abril de 1962, tendo esta abandonado a instituição em 1971; já para Costa Rica, passou a vigorar em setembro de 1963. O espírito da Carta firmada pelos cinco países ficava resumido no seu Artigo Primeiro, no qual se afirmava que os países membros são uma comunidade econômica e política que aspira à integração da América Central.

6 Cf. MARTÍN QUERALT, Juan. *La primacía del Derecho en las relaciones entre la Hacienda Pública y los contribuyentes*. Valencia : Universitat de València/Servei de Publicacions, 1995. p. 9-10.

A propósito, lembra HERRERA que são três as etapas que, comumente, definem o processo histórico e jurídico de formação de blocos econômicos e políticos surgidos do agrupamento de nações soberanas menores: a cooperação, a integração e a unificação. Já uma concepção dinâmica da integração obriga a distinguir diversas acepções, pois é um caminho que tem diferentes fases, e através do tempo, do processo de unificação, sendo o estado de integração um nível de profundidade no qual se encontra o processo em um determinado momento, e seu estudo corresponde ao do grau de integração conseguido em alguma das fases, uma vez que a finalidade da integração, ou o seu objetivo final é a consecução da união das diferentes partes, sejam elas econômicas, políticas ou jurídicas^{7, 8}.

Os objetivos fundamentais do Tratado de Manágua tinham uma dupla intenção: por uma parte, e desde uma perspectiva política, se pretendeu abrir uma via que buscasse a unidade dos países centro-americanos; por outra, desde uma perspectiva econômica, o objetivo fundamental era conseguir uma aceleração do processo de desenvolvimento econômico e social; dessa forma, se pretendia aumentar as relações comerciais entre os países que conformavam a associação; o Mercado Comum Centro-Americano foi um dos mais avançados processos de integração latino-americanos, exercendo-se sua estratégia no desenvolvimento de uma zona de livre comércio e no

7 Cf. HERRERA, Felipe. *Prólogo*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 46-54.

8 Cf. VILASECA I REQUENA, Jordi. *Los esfuerzos de Sísifo - La integración económica en América Latina y el Caribe*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 1994. p. 23.

tabelecimento de uma tarifa externa comum, a fim de criar uma União Aduaneira entre os países; além disso, se pretendia estabelecer um esquema compensador para facilitar o fluxo de pagamentos entre os países e buscar, também, assentar as bases da liberalização de movimentos, tanto de pessoas como de capitais.

Como já havia notado MIKESELL, os problemas da balança de pagamentos que tiveram sua causa na integração econômica regional se dividem em duas categorias principais: primeira, as alterações que experimenta a balança de pagamentos dos países integrantes do grupo regional, em razão dos esforços mesmos da integração; e segunda, os efeitos que os desequilíbrios da balança de pagamentos produzem no esforço de integração. No período de pós-guerra, a balança de pagamentos geral dos distintos países latino-americanos experimentou oscilações consideráveis, as quais foram devidas, em parte, às mudanças nas condições do mercado mundial dos principais produtos básicos de exportação, e em parte a fatores internos. À medida que avança, no entanto, o processo de integração econômica entre os países latino-americanos, é provável que tanto as balanças de pagamentos gerais como as intra-zonais se vejam afetadas, cada vez mais, por transações invisíveis e movimentos de capital, pois a maior mobilidade da mão-de-obra e da empresa, inevitavelmente, dará lugar ao aumento das transações invisíveis. Por outro lado, o incremento do comércio e a criação de mercados requererão maiores movimentos intrazonais de capital de inversão direta; e a liberalização dos controles de câmbio para facilitar os pagamentos comerciais também resultará, provavelmente, em maiores movimentos de

A. PINTO já observou que a integração pode alcançar-se por caminhos diversos, porém exige, necessariamente, certos requisitos ou condições básicas: entre elas está, por certo, a infra-estrutura física e econômica. Também figura, destacadamente, a chamada estrutura institucional, ou seja, o que os especialistas chamam o sistema institucional e jurídico necessário para levar adiante o processo de integração de maneira eficaz; de modo que se deveria observar a realidade vigente em América Latina para chegar a consolidar fórmulas jurídicas adequadas à região, que contribuíssem ao êxito da política de integração. Assim, por meio das normas jurídicas, poderiam ser reguladas as novas relações geradas pelo maior e acelerado intercâmbio. Além disso, o conceito de integração admite diferenciações e matizes como, em primeiro lugar, que o processo pode ser global, ou também chamado horizontal, do qual se compreende a totalidade das atividades de uma área econômica determinada, ou setorial, também chamada parcial ou vertical, em que se inclui só um ou vários setores; por outro lado, a integração pode ser regional, caso em que incluiria a totalidade de uma zona ou continente que tenha elementos comuns, ou sub-regional, se o processo alcança somente uma parte da mesma zona geográfica, caso em que variáveis de tipo econômico ou político não permitam abordar conjuntamente a área completa. É evidente que são distintos os requerimentos ou os problemas que são levantados no campo jurídico e institucional, se o processo de integração segue por um ou por outro caminho, uma vez que as normas jurídi-

cas que regulam a política das nações interessadas e as criações do tipo institucional que intervenham em tal processo deverão adequar-se a tais realidades sociais; o processo de integração requer uma legislação adequada à nova situação¹².

Um informe da CEPAL, que se ocupou dos principais motivos pelos quais fracassou esse processo de integração, os dividiu em dois grupos: primeiro, os problemas reais da distribuição não eqüitativa dos benefícios e dos custos atribuíveis à integração, assim como às contradições entre os objetivos da política nacional a curto prazo e os compromissos de integração, sendo de destacar entre esses problemas o da rigidez do ordenamento jurídico do processo e o aproveitamento insuficiente das potencialidades oferecidas pela integração econômica; e segundo, os problemas de atitude que se manifestaram no ceticismo sobre os resultados e as perspectivas do processo¹³. Genericamente, contudo, a crise do mercado Comum Centro-Americano pode ser atribuída a alguns fatores específicos: um primeiro fator foi a falta de ampliação dos alcances do processo, pois todo processo de integração há de ser dinâmico e tem que ir superando etapas com uma tendência a alcançar maiores quotas de integração¹⁴; no caso do Mercado Comum Centro-Americano, ainda que durante os primeiros seis anos de sua existência

12 Cf. A. PINTO, Francisco. *Necesidad de un sistema institucional y jurídico para la integración latinoamericana*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 165-191.

13 Cf. VILASECA I REQUENA, Jordi. *Los esfuerzos de Sísifo - La integración económica en América Latina y el Caribe*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 1994. p. 79.

14 Cf. MOORE, Ben. *Algunas implicaciones para América Latina del experimento de integración europea*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 73-102.

se desenvolveu em grande parte o Tratado de Manágua, desde os inícios da década de 1970 não se dotou a instituição de novos objetivos. Ao deixar o funcionamento do livre câmbio à mercê das forças do mercado, originaram-se grandes distorções no que diz respeito à distribuição dos custos e dos benefícios; tampouco existiu uma autoridade supra-nacional, e essa poderia ter sido necessária para corrigir os problemas derivados das distorções, pois toda ação de redistribuição requer algumas ações em comum¹⁵.

No início da década de 1970 todos os países dependiam comercialmente do Mercado Comum Centro-Americano, em porcentagens por cima de 20% de seu comércio total; a partir de 1975, o persistente aumento da interdependência comercial com os Estados sócios foi estancada e todos os países diminuíram suas relações. Todavia, em 1980 esse comércio aumentou de novo; unicamente em El Salvador e em Nicarágua foram alcançados os níveis de 1970, observando-se importante aumento do grau de implicação de cada país com seus associados e ficando claro o impacto que teve a criação do Mercado Comum Centro-Americano como plataforma de fomento do comércio. Os países centro-americanos, historicamente, não haviam realizado um modelo de desenvolvimento para dentro e sempre haviam mantido seu caráter primário-exportador, porém, com a integração econômica, a ampliação do mercado permitiu que o processo de industrialização e substituição de importações,

.

15 Cf. GONZÁLEZ CANO, Hugo N. *La armonización de los impuestos al consumo en el MERCOSUR. Hacienda Pública Española*, Madrid, n. 134, p. 96-97, 3-1995.

quase de maneira espontânea, adquirisse forma numa escala regional. A criação do Mercado Comum tornou necessária uma política comercial comum e para isso os países associados se comprometeram a não subscrever com outros Estados convênios ou tratados contrários aos princípios, ao espírito e ao objetivo da integração econômica, além de se obrigarem a manter a Cláusula de Nação Mais Favorecida nos acordos bilaterais com terceiros países. Os resultados derivados do Tratado de Manágua foram sem dúvida muito importantes e não há esquemas de integração entre países subdesenvolvidos que tenham tido um êxito comparável ao do Mercado Comum Centro-Americano no decênio de 1960¹⁶. Os principais logros obtidos no istmo centro-americano como resultado do processo de integração, segundo a Secretaria Permanente do Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, foram a criação de um volume de intercâmbio intra-associativo que foi de, aproximadamente, uma quinta parte e, em algumas ocasiões, chegou até mais de 30% do comércio total da América Central.

2.1.2. A Alalc

As negociações para redigir o Convênio constitutivo definitivo da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC foram iniciadas no final da década de 1950, tendo Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai firmado, em 18 de fevereiro de 1960, o

.

16 Cf. VILASECA I REQUENA, Jordi. *Los esfuerzos de Sisifo - La integración económica en América Latina y el Caribe*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 1994. p. 74-75.

Tratado de Montevideu, que implicou a sua criação; não obstante, esse Tratado não entrou em vigor até 1 de junho de 1961, quando Colômbia e Equador também o firmaram, nascendo a ALALC, pois, de um pacto entre nove países. Depois, Venezuela firmou a Ata de Adesão em 1966 e em 1967, e também incorporou Bolívia; com esses onze países ficou configurado o processo de integração mais amplo do mundo subdesenvolvido, seja pelo número de países associados, seja pelo tamanho de seus membros.

Como já lembrou A. PINTO, a criação institucional que representa tal Associação, nascida do Tratado de Montevideu, constitui uma novidade e um esforço meritório dos Governos signatários e daqueles que, posteriormente, aderiram a ele; não obstante, não é menos certo que, junto a uma área preferencial, essa corresponde à forma mais débil de integração, além do que há, doutrinariamente, incompatibilidades entre a Zona de Livre Comércio e a Comunidade Econômica como expressão mais avançada de integração, pois uma e outra fórmula obedecem a concepções diferentes sobre a natureza dos intercâmbios internacionais¹⁷.

Também já havia referido HERRERA que o Tratado de Montevideu procurava lograr a integração regional, mediante a liberalização do intercâmbio existente através de negociações periódicas para estabelecer rebaixas de gravames e atenuar outras restrições ao comércio recíproco e, desse modo, o processo de integração se limitava ao campo comercial, ainda que uma região em proces-

17 Cf. A. PINTO, Francisco. *Necesidad de un sistema institucional y jurídico para la integración latinoamericana*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 194-197.

so de desenvolvimento exige uma ação muito mais ampla do que a estritamente tarifária. O Tratado de Montevideu constituiu, à sua época, um avanço positivo para a complementação regional, isto é, cumpriu um efeito catalítico de fundamental importância. Porém, à medida que se aprofunde o exame do Tratado, suas limitações se destacarão, em particular as quatro essenciais que são as seguintes: primeira, a liberação do comércio como prevista no Tratado tendia a condicionar os avanços da integração à solução dos conflitos que as situações existentes geravam em cada país, ao fazer-se a confrontação de interesses entre esse país e o resto da região; segunda, a influência do Tratado sobre a destinação dos recursos de inversão se produz de maneira indireta e a longo prazo, o que implicava que o Tratado não poderia dar uma resposta rápida e efetiva à necessidade de complementar o desenvolvimento nacional dos diversos países; terceira, o logro do desenvolvimento equilibrado e equitativo constitui um dos principais objetivos da integração regional e o Tratado de Montevideu oferecia uma solução que não resultava operativa na prática; e quarta, a técnica da negociação de produto por produto era um caminho difícil de transitar¹⁸.

Os países da Associação eram todos sul-americanos e, com exceção do México, territorialmente vizinhos, e nesse sentido, na década de 1960, pode-se considerar uma situação atípica em relação aos restantes processos de integração, pois a ALALC representava 95% do total da extensão da América Latina e Caribe, e contava com quase 90% de sua população. Além disso, em 1968, a

18 Cf. HERRERA, Felipe. *Prólogo*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 31-40.

produção total dos associados, em termos de PNB em dólares, a preços correntes do mercado, representava mais de 90% do total de América Latina e Caribe, bem como realizava ao redor de 80% do comércio latino-americano, podendo-se afirmar que qualquer coisa que incumbisse à ALALC afetaria, necessariamente, a totalidade da América Latina, o que caracteriza já a importância que supôs a criação dessa Associação econômica.

As razões pelas quais se criou a Associação podem ser sintetizadas, genericamente, assim: primeira, a existência histórica de um sentimento de unidade latino-americano nascido na época da independência colonial de cada país; segunda, a influência dos movimentos integradores na Europa Ocidental e, muito especialmente, da Comunidade Econômica Européia¹⁹; terceira, o esgotamento, num âmbito nacional, do modelo do desenvolvimento da industrialização por substituição de importações, que obrigou a buscar mecanismos de ampliação de mercados²⁰; e quarta, as dificuldades crescentes em que tropeçou, no final da década de 1950, o comércio entre os próprios países latino-americanos.

A Associação Latino-Americana de Livre Comércio foi concebida como um Tratado²¹ sobre o comércio recíproco entre os signatários, estipulando a eliminação gradual, em um período menor que doze anos, a partir da entrada

19 A respeito da idéia de que o Tratado de Roma se constituiu em um exemplo para o processo associativista latino-americano, cf. RUIZ MORALES, José Miguel. *La Integración Económica Iberoamericana - Perspectivas y Realidades*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1968. p. 39-48.

20 A respeito da medição dos graus de desenvolvimento de um mercado, cf. SERENI, Emilio. *Capitalismo y Mercado Nacional*. Barcelona: Editorial Crítica, 1980. p. 40-42.

21 A respeito do desenvolvimento do Tratado de Montevidéu, cf. GRIEN, Raúl. *La Integración Económica como alternativa inédita para América Latina*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 247-264.

em vigor do Tratado, de todos os gravames e restrições que incidiam na importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante. A liberalização do comércio devia ser efetuada mediante negociações destinadas a estabelecer umas listas nacionais que especificassem as listas de produtos para os quais se havia de estabelecer as concessões tarifárias anuais que cada país outorgaria aos demais, e uma lista comum que incluísse todos os produtos a respeito dos quais as partes contratantes aceitassem, de maneira coletiva, a eliminação por completo dos direitos aduaneiros, encargos e outras restrições que pesassem sobre o intercâmbio dentro da área de livre comércio, em um período de tempo que não deveria exceder os doze anos. O funcionamento das listas nacionais supunha que cada país se comprometeria a conceder, anualmente, aos demais membros da ALALC reduções nos direitos aduaneiros e nos encargos equivalentes a 8% da média ponderada aplicável a terceiros países, podendo ser retirada a liberalização do comércio se os produtos incluídos nas listas nacionais estivessem em situação especial. Tais cláusulas de salvaguarda eram contempladas, somente, quando a liberalização do comércio causasse ou ameaçasse causar prejuízos graves a determinadas atividades produtivas de significativa importância na economia nacional de um país e em caso de uma situação seriamente desfavorável na balança de pagamentos. Com respeito à lista comum, as discriminações comerciais entre os países membros haveriam de ser reduzidas em 25%, durante os primeiros três anos, em termos de valor adicionado ao comércio entre os países membros e, nos seguintes três anos, a redução teria que alcançar 50%. Ao fim de nove anos, as discriminações co-

merciais dos produtos incluídos na lista comum não poderiam superar 25%, e nos três últimos anos do período transitório, a liberalização haveria de ser completa, quer dizer, a redução das travas comerciais teria que alcançar os 100%. Para os produtos incluídos na lista comum, diferentemente dos que estavam nas listas nacionais, o Tratado propunha a eliminação completa de qualquer tipo de discriminação comercial entre os países integrantes e, ao fim dos doze anos do período transitório, essa eliminação teria que ser considerada final e irrevogável, não se aplicando cláusula de salvaguarda alguma, as quais estavam contempladas nas listas nacionais. Como a zona estava formada por países com grandes diferenças²² no seu desenvolvimento global, na estrutura produtiva e na disponibilidade de infra-estruturas físicas e comunicações, assim como em seu nível educacional, na capacidade técnica e na adaptabilidade às mudanças e aos desafios propostos pela integração²³, considerou-se necessário estabelecer diferenças entre os países, no tocante aos graus de aproveitamento das facilidades subministradas através de uma zona de livre comércio, de modo que o Tratado de Montevidéu²⁴, levando em conta as diferenças existentes no tocante ao nível de desenvolvimento

22 A respeito das conseqüências para a construção de esquemas de integração na região, dadas as diferenças de tamanho e nível de desenvolvimento, cf. GANA BARRIENTOS, Eduardo. *Procesos de integración subregional y coordinación de políticas macroeconómicas*. Información Comercial Española. *Revista de Economía*, Madrid, n. 732/733, p. 131/142, agos./sept. 1994.

23 A respeito dos fundamentos e das conseqüências do processo de integração latino-americano, cf. GUZMÁN, Gabriel. *El desarrollo latinoamericano y la CEPAL*. 1. ed. Barcelona: Editorial Planeta, 1976, p. 185-189.

24 O Tratado de Montevidéu representou uma solução de compromisso entre uma corrente que advogava pelo estabelecimento imediato de um Mercado Comum regional e outra que insistia em que deveria chegar-se, de um modo gradual, a tal Mercado Comum, começando-se pela formação de uma zona de livre comércio com objetivos modestos; cf. GARCÍA REYNOSO, Plácido. *Prólogo*. In: *Hacia la integración acelerada de América Latina*. 1. re. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. p. XI-XV.

dos países, estabeleceu a categoria de países com menor grau de desenvolvimento relativo, considerando inicialmente como tais a Bolívia e o Equador, incorporando posteriormente o Paraguai e o Uruguai, aos quais foram aplicados tratamento diferenciado. Essas medidas de apoio buscavam facilitar a resposta dos países relativamente menos desenvolvidos às vantagens oferecidas pela liberalização do intercâmbio, assim como defender a débil e incipiente estrutura econômica desses países, levando-se em conta os efeitos da perda de recursos fiscais que representava o estabelecimento de uma zona de livre comércio.

O Tratado de Montevidéu²⁵ pretendia fazer desse um ponto de partida para um futuro processo de maior alcance, quanto ao nível de integração, e desde esse ponto de vista o Tratado contemplava a criação, dentro da zona, de pequenos grupos que representassem maiores graus de integração, espírito que deu lugar, por exemplo, à criação do Grupo Andino. Os êxitos que alcançou essa instituição tiveram certa relevância no princípio: com um mecanismo de liberalização do comércio caracterizado por uma negociação produto por produto, nas listas nacionais foram alcançadas mais de onze mil concessões nos primeiros anos. Porém, na metade da década de 1960, as concessões começaram a declinar persistentemente, devido a que no princípio haviam sido negociados os produtos de fácil resolução em termos de redução de gravames, surgindo os problemas com uma série de produtos sobre os quais os países não chegavam a acordos, pois se era fácil nego-

25 A respeito dos objetivos do Tratado de Montevidéu, cf. BARBOSA, Rubens Antonio. *América Latina em Perspectiva: A Integração Regional da Retórica à Realidade*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1991. p. 59-62.

ciar os produtos que os países não produziam, quando chegou a hora dos que eram produzidos por cada um deles, bem como aqueles que se pensava produzir no futuro próximo, praticamente, nunca foi possível chegar a um acordo. Com respeito à lista comum, os prazos também não foram cumpridos, e apesar disso, se for considerado que os países latino-americanos tinham uma forte tradição protecionista, o simples fato de entrar nas negociações já significava um avanço importante. Um dos êxitos fundamentais alcançados, por exemplo, durante o período de 1960 a 1980, foi o aumento do comércio intrazonal durante estes vinte anos de existência da Associação Latino-Americana de Livre Comércio. De forma definitiva, observa-se que o Tratado de Montevidéu supôs o fomento do comércio intra-ALALC, o que permitiu aumentar sensivelmente o comércio dos países integrantes da Associação até a década de 1970, começando, a partir daí, a observar-se certa paralisação do comportamento comercial global. Não obstante, outro dos êxitos mais significativos da ALALC foi a criação de um mecanismo de pagamentos e créditos recíprocos para ajudar a financiar²⁶ o comércio intra-ALALC e, ainda que tal idéia não tenha partido originariamente do Tratado de Montevidéu, os países membros do mesmo adotaram em 1965 um sistema de crédito mútuo e de compensação multilateral de pagamentos, mecanismo com o qual foram solucionados os problemas históricos de déficits temporários e recíprocos de balança de pagamento entre os países da região.

26 Cf. HERMAN, Mauricio. *Financiamiento de la integración económica regional*. In: *Factores para la integración latinoamericana*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 128-136.

2.1.3. O Grupo Andino

Outro marco no processo de integração latino-americano foi o Acordo de Cartagena²⁷, também chamado Pacto Andino, subscrito em 26 de maio de 1969 e firmado entre os seguintes países: Bolívia, Colômbia, Chile, Equador e Peru; em 1973, com o denominado Consenso de Lima, se incorporou ao grupo a Venezuela e, em 1976, o Chile retirou sua filiação.

O Grupo Andino foi constituído por países localizados geograficamente na Cordilheira dos Andes e todos os sócios já pertenciam à ALALC. Sua intenção era aprofundar o processo de cooperação e integração latino-americano e, em conjunto com o sistema de integração centro-americano, constituíram os dois mais avançados processos nesse sentido. Porém, o Tratado de Cartagena, como indica seu Artigo Primeiro, tinha também outros objetivos específicos: em primeiro lugar, promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países membros; em segundo, acelerar seu crescimento mediante a integração econômica; em terceiro, facilitar sua participação no processo de integração previsto no Tratado de Montevidéu; e em quarto lugar, estabelecer condições favoráveis para a conversão da ALALC num Mercado Comum; tudo isso com a finalidade de buscar um melhoramento persistente no nível de vida dos habitantes da sub-região.

27 A respeito do surgimento do Acordo de Cartagena a partir da idéia de um acordo sub-regional impulsionado pelos países médios e menores que se consideravam preteridos dentro da ALALC, cf. GRIEN, Raúl. *La Integración Económica como alternativa inédita para América Latina*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 316-329.

O Grupo Andino foi constituído como uma União Econômica de países médios e pequenos da América Latina, que buscavam avançar em seu processo de desenvolvimento industrial para nivelar-se com os países de maior desenvolvimento como Argentina, Brasil e México, e logo poder entrar, em igualdade de condições, num Mercado Comum Latino-Americano. Como na ALALC, uma das ambições do Grupo Andino era a liberalização do intercâmbio de mercadorias entre os países membros. Além disso, considerava a necessidade de estabelecer uma Tarifa Externa Mínima Comum, ao mesmo tempo em que aspirava a ultrapassar os aspectos comerciais e fomentar a harmonização de políticas²⁸ econômicas e sociais, bem como estabelecer uma programação conjunta do processo de industrialização sub-regional e, por último, desenvolver uma série de programas destinados a acelerar o desenvolvimento do setor agropecuário. Assim, o Acordo se baseava em dois mecanismos fundamentais: primeiro, a criação de uma União Aduaneira e, segundo, a programação industrial. Ao segundo desses mecanismos, estabelecido como um instrumento de planificação e orientação do mercado, destinou-se um papel prioritário, em sua qualidade de meio para obter uma distribuição equitativa dos benefícios da integração.

Genericamente, o Grupo Andino²⁹ não pode ser considerado um Mercado Comum, já que não prevê a livre circulação de capitais e pessoas. No entanto, ultrapassa a mera União Aduaneira, devido ao fato de que pretende coordenar

.

28 Cf. JAGUARIBE, Helio. *Coordinación de las políticas nacionales*. In: **Factores para la integración latinoamericana**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 152-164.

29 A respeito das reais motivações que conduziram à criação do Grupo Andino, cf. GRUNWALD, Joseph; WIONCZEK, Miguel S.; CARNOY, Martin. **La integración económica latinoamericana y la política de Estados Unidos**. México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1973. p. 67-71.

políticas setoriais de toda índole, dando realce à política industrial. Outra característica do Grupo Andino, sob a concepção de um tratamento diferenciado aos países de menor desenvolvimento relativo, proposta pela ALALC, é a instauração de um tratamento específico à Bolívia e ao Equador, devido ao seu baixo nível de desenvolvimento com relação aos outros países. O programa de liberalização de mercadorias foi estabelecido de maneira automática e irrevogável, e ainda que se apresentasse como um processo lento, em verdade pode ser considerado o maior sucesso dessa associação de países, uma vez que sua cobertura se estendeu a 60% do universo aduaneiro e os 40% restantes foram constituídos, principalmente, pelos produtos manufaturados, já que ficaram reservados para os programas setoriais de desenvolvimento previstos pelo Tratado. Além disso, e ainda que os países estivessem em um processo de liberalização de comércio estabelecido no marco da Associação Latino-Americana de Livre Comércio, com uma lista comum e listas nacionais, no Grupo Andino se pretendia acelerar o processo, pois, diferentemente do primeiro, o procedimento de negociação deveria ser automático. No entanto, o estabelecimento da Tarifa Exterior Comum sofreu muitos problemas; já no Tratado inicial foram estabelecidas duas etapas: na primeira, se pretendia estabelecer uma Tarifa Externa Mínima Comum num período transitório de dez anos; na segunda, que deveria começar em 1980, se estabeleceria a Tarifa Externa Comum definitiva; porém, durante a primeira década do Tratado não houve acordo a respeito dessa questão.

No Acordo de Cartagena foram propostos dois objetivos em matéria de desenvolvimento³⁰ e de progra-

.

30 A respeito do desenvolvimento industrial no Acordo de Cartagena, cf. GRIEN, Raúl. **La Integración Económica como alternativa inédita para América Latina**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 339-341.

mação industrial conjunta: em primeiro lugar, deveria ser perseguida uma maior expansão, especialização e diversificação da produção industrial; em segundo lugar, deveria ser buscada a necessidade de melhorar a produtividade e utilizar de maneira mais eficaz os fatores produtivos, aproveitando-se melhor as economias de escala e uma distribuição equitativa dos benefícios. Em relação ao fomento e desenvolvimento industrial, explicitado no Convênio constitutivo, foram aprovados quatro Programas Setoriais de Desenvolvimento Industrial; apesar disso, foi precisamente o caráter industrial do processo de integração que motivou que se deixassem de lado outros aspectos da mesma, como o setor agro-pecuário e os setores sociais. De qualquer maneira, os problemas fundamentais daquele processo foram os relacionados com a adoção de uma Tarifa Externa Comum, pois foram fixados níveis tarifários demasiadamente elevados, razão pela qual os países não estavam dispostos a aplicá-los, uma vez que se registravam oficialmente tarifas nacionais bem abaixo daquelas definidas pela associação. Além disso, foram concedidas exonerações da Tarifa Externa Comum em favor da Bolívia e do Equador, o que provocava fortes distorções na concorrência sub-regional. Na prática, isso nunca chegou a permitir a aplicação das tarifas externas comuns. O Pacto Andino, buscando concretizar algumas das mais ambiciosas finalidades fixadas no seu tempo, empreendeu um processo de transformação, passando a constituir os países do Acordo de Cartagena a Comunidade Andina, em março de 1996³¹.

31 Cf. GONZÁLEZ-OLDEKOP, Florencia. *La integración y sus instituciones – Los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p. 157.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONFERIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Cecília Lou

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO – 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO – 2.1. A prática comprovada de ato infracional como pressuposto da aplicação da medida socioeducativa de internação: corolário do princípio da legalidade – 2.2. As hipóteses legais de aplicação da internação segundo os princípios da legalidade e da reserva legal – 2.3. A grave ameaça e a violência à pessoa como requisitos legais da medida de internação – 2.4. A reiteração na prática de infrações de natureza “grave” como pressuposto da internação – 2.5. A figura da “internação-sanção” – 3. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEDE DE REMISSÃO, SOB QUALQUER HIPÓTESE – 4. CABIMENTO DA INTERNAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE MEDIDA INICIALMENTE APLICADA – 5. A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA: HIPÓTESES LEGAIS E PRESSUPOSTOS DA DECRETAÇÃO – 6. CONCLUSÃO – 7. REFERÊNCIAS

Àqueles que são os efetivos destinatários de qualquer trabalho cujo escopo seja uma melhor compreensão, para uma mais eficaz e correta aplicação dos princípios e normas instituidores dos Direitos e Garantias preconizados pela chamada Doutrina da Proteção Integral – que ora informa o Direito da Criança e do Adolescente; em particular, àqueles que se encontram em conflito com a lei, na esperança de que se trilhem caminhos que levem à concretização do ideal da ressocialização, que motiva todos os esforços.

1. INTRODUÇÃO

Prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) as hipóteses legais de aplicação da medida socioeducativa de internação, tendo sempre como pressuposto, nos termos do art. 114, a prática de ato infracional pelo adolescente, devidamente comprovada no âmbito de procedimento especial instaurado para sua apuração, observados ainda – segundo o art. 122 e seus incisos, todos desse Diploma Legal – outros requisitos, sobretudo a devida atenção ao princípio da excepcionalidade da aplicação dessa medida extrema.

De se notar, pela relevância da mudança ocorrida na seara do Direito da Criança e do Adolescente que, com o advento do ECA, estas hipóteses de imposição da medida extrema, desde então, não mais se confundem com aquelas que devem ensejar apenas a adoção de medidas específicas de proteção. Nisso consiste, aliás, uma das mais significativas modificações que se verifica nessa matéria, estabelecidas à luz das garantias processuais agora conferidas ao adolescente em conflito com a lei.

Ressalte-se ser corolário da adoção da Doutrina da Proteção Integral (consagrada no art. 1º do ECA) o estabelecimento desses pressupostos legais de aplicação da medida privativa de liberdade, que deve estar vinculada necessariamente à prática de ato infracional, e não mais a um conceito genérico e subjetivo de “situação irregular do menor”, antes suscetível de ser fundamento bastante para a imposição da medida de internação, segundo as disposições do funesto Código de Menores (Lei nº 6.697/79). A orientação doutrinária refletida na Lei nº 8.069/90, in-

clusive, já teria informado a instituição de direitos e garantias na própria Carta Política de 1988, na esteira da Normativa Internacional que, já na vanguarda dessas mudanças legislativas internas, apontava as novas diretrizes do Direito da Criança e do Adolescente.

É certo que, passados mais de 12 anos do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, poderia afigurar-se já sem propriedade acentuar o que esse Diploma Legal trouxe de inovação, nessa matéria. Contudo, ressaltar essas mudanças ainda parece ter alguma pertinência, na medida em que ainda são enormes os conflitos entre a lei e a sua prática – a par dos conflitos entre o adolescente e a lei. E isso se esclarece pelo fato de que essa (a lei) não tem o condão de transformar de imediato a realidade social em suas bases, a qual ainda continua a se impor com todas as suas contradições, e nem mesmo transforma de imediato a ideologia dominante, embora seja certo que o novo tratamento legal dado ao tema, por si, já sinalize no sentido da construção de uma nova realidade, que no entanto pressupõe a transposição de enormes barreiras de ordem econômica, política e também ideológica, já que persistem os fatores socioeconômicos em certa medida determinantes da criminalidade e, em particular, da delinquência infanto-juvenil.

Insta assinalar que a franca adoção da Doutrina da Proteção Integral, com a qual se buscou harmonizar a legislação infraconstitucional pertinente ao tema infância e juventude, formalmente decorreu da assinatura, pelo Brasil (em 26.01.90), da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20.11.89, cujo texto foi aprovado entre nós pelo

Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.90, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 99.710, de 21.11.90, sendo sob a égide dessa Doutrina que se deve interpretar e aplicar toda legislação instituída a partir de então, acerca desse tema.

Nessa direção, a Lei nº 8.069/90, como a maior expressão normativa infraconstitucional dessa orientação doutrinária, preconiza direitos fundamentais, inerentes à dignidade e ao respeito que devem ser assegurados à criança e ao adolescente, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos, sobretudo, em sede constitucional. E, nesse elenco de garantias, destaca-se a magnitude do direito à liberdade, no qual ainda reside o fato de que a sua restrição, maior ou menor, implica óbice ao exercício regular de outro direito essencial ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, qual seja, o direito à convivência familiar e comunitária. Por força de tudo isso, a imposição de qualquer medida privativa de liberdade, além de se sujeitar ao princípio da legalidade, subordina-se ainda ao da excepcionalidade e, também, à exigência de demonstração da extrema necessidade de sua aplicação.

De destacar-se, na referida Lei Estatutária, a propósito, as disposições insertas no Capítulo destinado às GARANTIAS PROCESSUAIS, em particular o art. 15 e o art. 16 e seus incisos; e, dentre essas garantias, destaca-se a do devido processo legal, de observância imprescindível para legitimar qualquer privação à liberdade daquelas pessoas em processo de desenvolvimento, que estejam em conflito com a lei. Aliás, mesmo a pessoa huma-

na que não é destinatária de proteção especial por parte do Estado e, também, da família e da sociedade (nos termos do art 227, da Lei Maior) tem assegurado, constitucionalmente, que a privação da sua liberdade só será admissível com o devido processo legal, consoante inciso LIV, do art. 5º, da Magna Carta.

Portanto, mesmo uma decisão advinda de autoridade judicial em tese competente, não poderá legitimar qualquer restrição desse sagrado direito, se não for vinculada às hipóteses legalmente previstas, as quais consistem em situações excepcionais, em que a conduta do adolescente, por conflitar com a lei, ofendendo gravemente a ordem pública e, sobretudo, provocando a intervenção do Estado a fim de promover a própria ressocialização que se pretende, subsume-se a qualquer das hipóteses previstas no art. 122, principalmente, em seus incisos I e II, da Lei nº 8.069/90.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

2.1. A prática comprovada de ato infracional como pressuposto da aplicação da medida socioeducativa de internação: corolário do princípio da legalidade

Inicialmente, cabe ressaltar que o princípio da legalidade – que tem na teoria da tipicidade uma das suas mais importantes aplicações – é a pedra angular de qualquer concepção de devido processo legal, seja no Direito Penal, seja na matéria em comento, na qual esse princípio

figura entre as garantias processuais conferidas ao adolescente em conflito com a lei.

Nessa direção, a filosofia que orienta o Direito da Criança e do Adolescente, sobretudo a matéria atinente à apuração de prática infracional e à aplicação das medidas socioeducativas, tem como base a observância do princípio da tipicidade, como desdobramento do princípio da legalidade, cuja adoção se acha refletida, de forma indubitosa, no art. 103, da Lei nº 8.069/90, na medida em que esse dispositivo traz a definição de ato infracional como a conduta correspondente a crime ou contravenção penal, não se admitindo mais a aplicação de qualquer das medidas previstas no art. 112 (em particular as inculpidas nos incisos I a VI) sem que a conduta do adolescente – apurada no procedimento especial de que tratam os arts. 171 *usque* 190, do ECA – subsuma-se àquele conceito.

Aliás, como preconiza o art. 114, também desse Diploma Legal, afigura-se insuficiente a adoção de conceitos subjetivos e imprecisos como “situação irregular do menor” ou “desvio de conduta”, para justificar a imposição de qualquer medida socioeducativa, especialmente se restritiva da liberdade do adolescente.

Oportuno ressaltar também, com pertinência ao aspecto da “tipicidade” que, sendo o dolo integrante do tipo ao qual a conduta do adolescente há de se subsumir, sob pena de não se adequar ao conceito de ato infracional, é de se reconhecer que a presença de qualquer excludente desse elemento subjetivo – que como sabido não mais integra a culpabilidade e, logo, não é atingido pela ausência de imputabilidade – torna “atípica” a conduta, descaracterizando, portanto, o ato infracional (salvo se tratar-

se de erro de tipo evitável, estando prevista legalmente a infração na forma culposa), com todas as conseqüências que disso devem decorrer em qualquer caso, sob pena de afronta aos princípios basilares compreendidos no princípio (maior) do devido processo legal.

Outro aspecto a ser considerado, ainda no tocante à prática infracional e à eventual aplicação de medida socioeducativa dela decorrente (mormente a de internação, em se tratando de atos que se subsumam a tipos cujas elementares sejam a violência à pessoa e a grave ameaça), e que também guarda relação com o princípio da legalidade e da reserva legal, é a presença de qualquer das excludentes de ilicitude, de modo que, se age em legítima defesa, estado de necessidade ou no exercício regular de direito, há de ser dispensado ao adolescente tratamento análogo ao concedido ao adulto, julgando-se improcedente a representação.

Da mesma forma, diante de qualquer das demais causas de exclusão da culpabilidade – a par da inimputabilidade por presunção absoluta, que já recai sobre o adolescente –, na medida em que seria suscetível de afastar por completo a responsabilidade penal acaso se tratasse de crime, impõe-se a não aplicação de qualquer medida socioeducativa propriamente dita.

Nessa linha, também o erro de proibição invencível, dada a ausência da potencial consciência da ilicitude, que não se confunde com a questão da inimputabilidade já objeto de presunção absoluta em face da menoridade, deverá ensejar as mesmas conseqüências (no tocante à prática infracional pelo adolescente) que decorrem da exclusão de qualquer reprovação ao imputável, como coro-

lário do princípio da legalidade, que também se deve observar na espécie, para restar afastada a pretensão socioeducativa.

E assim se deve entender porque o que torna especial a situação do autor do ato infracional é a sua condição de pessoa humana em desenvolvimento (de inimputável, em face da adoção de critério biológico ensejador da presunção absoluta), enquanto os outros elementos do crime permanecem intocáveis, de modo que, quando um deles não se configure (a par da ausência já constante de um dos requisitos da culpabilidade), devem ser afastadas as conseqüências da prática infracional, em particular a aplicação de qualquer medida socioeducativa propriamente dita, porquanto não se satisfizeram as exigências constantes dos arts. 103 e 114, da Lei Estatutária.

Em todos esses casos, pois, afigura-se admissível apenas a aplicação de medidas de proteção, porquanto essas se justificam em qualquer hipótese, pelo seu próprio escopo e natureza.

Em suma, na medida em que o art. 103, do Diploma Estatutário, define ato infracional como a conduta correspondente a crime ou contravenção penal, “tomou de empréstimo” desses conceitos pertencentes ao Direito Penal, não estritamente a mera descrição do tipo, mas também os outros elementos integradores do conceito normativo de crime (ou contravenção), excetuando-se apenas aquele que se presta exatamente a distinguir a infração penal da infração praticada pelo adolescente: a inimputabilidade, definida pelo critério meramente biológico.

Cumprir aduzir ainda que, se a incapacidade para responder pela infração perpetrada ainda decorrer de ou-

tra causa de inimputabilidade, que não a simples condição de adolescente, é de se levar em consideração o grau de comprometimento da sua capacidade de compreensão do caráter socioeducativo das medidas dessa natureza, através da competente perícia, a fim de, se for o caso, ser aplicada ao adolescente tão-somente a medida protetiva que se afigure necessária, em particular o tratamento adequado ao caso, à luz do que já indica o § 3º, do art. 112, da Lei nº 8.069/90.

Aliás, essas considerações acerca da relevância de outras causas de exclusão dos demais elementos do crime, em se tratando de ato infracional, parecem apontar para o afastamento de quaisquer dúvidas acerca da necessidade de instauração do incidente para exame de sanidade mental do representado que apresente indícios de doença ou transtornos mentais; assim como parece elucidar a questão em torno de a hipótese prevista no referido § 3º do art. 112 afastar, ou não, a aplicabilidade de outra medida (socioeducativa, dentre as elencadas nos incisos constantes do mesmo dispositivo), justificando tal acuidade o escopo de se harmonizar a pretensão socioeducativa com a necessidade de observância a todas as garantias processuais que, repita-se, são conferidas, também, aos adolescentes em conflito com a lei.

Insta, ainda, fazer alusão aos atos infracionais cometidos com violência à pessoa, porém, perpetrados culposamente. Nesses, embora o resultado possa consistir em lesão até mesmo grave à integridade física ou até levar à morte da pessoa-vítima, embora o contexto, enfim, seja de violência, o elemento subjetivo não enseja o mesmo reproche e desvalor que merece a conduta dolosa que traga

as mesmas conseqüências, de modo que – em que pese o ECA, no inciso I, do seu art. 122, não faça qualquer distinção quando enuncia ser pressuposto para aplicação da internação a prática infracional com violência à pessoa e conquanto não se trate de imposição de pena em sentido estrito –, em sendo culposos os atos infracionais, inobstantes as graves conseqüências que possam ocasionar à vítima, não devem servir de fundamento para a medida socioeducativa mais severa com fulcro naquele dispositivo estatutário.

Aliás, essa concepção parece coerente ante o fato de que a própria legislação penal – na qual a pena tem nítido sentido punitivo em função, sobretudo, da culpabilidade do autor do crime – nunca comina para crimes culposos pena de reclusão, a admitir, para cumprimento da pena privativa de liberdade, o regime inicial fechado, com o qual a internação, no Direito da Criança e do Adolescente, guarda análoga proporção, como resposta estatal para a prática do ato infracional, malgrado as diferentes naturezas e escopos de tais institutos.

E não se diga que tais concepções seriam inaplicáveis nessa seara, porquanto, como cediço e já aqui ressaltado, toda especificidade do ato infracional e suas conseqüências, em relação ao crime, acham-se ligadas à culpabilidade, ou mais propriamente à sua ausência, ante a falta de um de seus elementos; distinção que não se relaciona ao dolo, que se sabe integrar outro elemento da infração penal, segundo a Teoria Finalista, da qual decorreu o desenvolvimento da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

Em suma, pode-se afirmar que a situação especial do autor de ato infracional – ante a Teoria do Crime – implica se considerar sua condição de inimputável (por presunção absoluta), a qual é suficiente para afastar a responsabilidade penal e determinar sua submissão ao procedimento e às medidas previstas na legislação especial; enquanto a presença das excludentes da tipicidade ou ilicitude de sua conduta, ou mesmo de qualquer outra das excludentes da culpabilidade, hão de afastar até mesmo a pretensão socioeducativa, sob pena de se violarem as garantias de observância ao princípio da legalidade e de se dispensar ao adolescente censurabilidade maior, num certo sentido, que aquela incidente sobre o imputável, já que, em situações análogas, a conduta desse não se enquadraria no conceito de crime, afastando a aplicação de qualquer sanção.¹

Isso sem prejuízo da adoção, em favor do adolescente, de medidas de cunho exclusivamente protetivo, como prevê o ECA, porquanto essas não têm como pressuposto sequer a cogitação de prática infracional e, em sua essência, são despidas de qualquer conteúdo sancionador.

1 No sentido do texto, MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção – A inimputabilidade do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 58: 'A doutrina pátria, especializada na área de menores, acolhe o entendimento de Antolisei, quando afirma (Cavaliere, 1972) "que o menor está todo, inteiro, no Direito Penal" (p. 35-40). Com isto, não pretende o autor opor-se a um sistema próprio para os imaturos, mas demonstrar que o juiz de menores deve reconhecer as causas de justificação objetivas e subjetivas, após observação do tipo".

2.2. As hipóteses legais de aplicação da internação segundo os princípios da legalidade e da reserva legal

Conforme se ressaltou, em conformidade com a Doutrina da Proteção Integral, a interpretação e aplicação daquelas hipóteses legais inseridas no art. 122, bem como dos pressupostos insculpidos em seus incisos, com a conseqüente aplicação da medida de internação, só se podem fazer de forma legítima considerando-se as garantias processuais conferidas ao adolescente em conflito com a lei.

Assim, na medida em que o adolescente em tais condições – nos termos dos arts. 110 e 111 do Diploma Estatutário, e também na conformidade com o citado inciso LIV do art. 5º, da Lei Fundamental – é sujeito do direito fundamental ao devido processo legal, que pressupõe outras tantas garantias processuais, é forçoso concluir que, na relação processual que se estabelece com a instauração da ação socioeducativa, ainda que o fim a que se visa consista na ressocialização do adolescente, há de ser observado o princípio da legalidade, no qual se insere ainda o da reserva legal, sobretudo, para o caso de imposição de qualquer medida restritiva à sua liberdade.

Com efeito, dispõe o ECA:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Afigura-se incompatível, pois, com os atuais paradigmas do Direito da Criança e do Adolescente, no nosso ordenamento jurídico, a absoluta “discrecionabilidade”, que era comum nos nefastos tempos em que vigia o malsinado Código de Menores, orientado pela Doutrina do Menor em Situação Irregular; impõe-se, assim, o reconhecimento de que a atual previsão legal das hipóteses de aplicação da medida socioeducativa de internação – sempre se pressupondo a prática comprovada de ato infracional – representou inegavelmente um avanço, aliás, imprescindível para que não restassem seriamente afrontados os princípios que são inerentes à garantia constitucional do devido processo legal.

2.3. A grave ameaça e a violência à pessoa como requisitos legais da medida de internação

A propósito do que dispõe o inciso I, do art 122, verifica-se que a grave ameaça e a violência contra a pessoa, como elementares da infração praticada pelo ado-

lescente, constituem hipóteses legais suscetíveis de ensejar a aplicação da medida socioeducativa de caráter mais gravoso.

No tocante à **violência** a que se refere o dispositivo em comento, é oportuno registrar que deve abranger a violência presumida, a qual, no âmbito do Direito Penal, por força de norma de adequação típica mediata, acarreta a subsunção de algumas condutas – em princípio atípicas – a certas figuras delituosas, das quais a violência constitui elementar. Isso decorre, simplesmente, do fato de o art 103, do ECA dispor que a definição de ato infracional corresponde à dos crimes e contravenções penais, sem quaisquer restrições para essa correspondência, de modo que, se a norma de extensão completa o tipo penal, também haverá de integrar o conceito de ato infracional, para todos os efeitos.

Entrementes, sem deixar de considerar a importância dessa previsão expressa dos pressupostos legais de aplicação de dita medida, é de se reconhecer que, em certos aspectos, tal previsão vislumbra-se destoada de algumas tendências do nosso ordenamento jurídico, mais particularmente do Direito Penal e Processual Penal, referência essa que, aliás, não é imprópria, aqui, porquanto essa legislação – destinada aos imputáveis – não pode ser de todo ignorada ou afastada no tratamento legal da situação do adolescente – inimputável – em conflito com a lei, mormente que, como adrede se ressaltou, por força do que dispõe o já citado art. 103, as condutas infracionais configuram-se na medida em que correspondem às diversas figuras típicas previstas na legislação penal.

Aliás, essa orientação representa o mínimo da segurança jurídica que a observância ao princípio da legalidade visa a assegurar, decorrente da garantia de que não poderá ficar ao talante das autoridades estabelecer, quiçá para cada caso, o conceito de prática infracional (ou de simples conduta ou situação irregular) pelo adolescente, porquanto, se não se impõe ao adolescente pena em sentido estrito, as medidas socioeducativas, sobretudo as restritivas de liberdade, não deixam de ter conteúdo também sancionador, a despeito de serem instituídas para ter caráter essencialmente ressocializador.

Pois bem, a propósito dos preceitos contidos no art. 122, da Lei nº 8.069/90, é oportuno registrar que, com o advento da Lei nº 9.099/95 – refletindo a tendência à despenalização e à descriminalização, do Direito Penal Mínimo –, o inciso I, daquele dispositivo, dada a sua generalidade ao prever a possibilidade de aplicação da excepcional medida de internação em face da prática de ato infracional perpetrado com grave ameaça ou violência à pessoa, acaba por trazer a possibilidade, em tese, de internação pela prática de simples lesão corporal leve, quando a propositura da ação penal pela prática de tal conduta, hoje, acha-se condicionada à representação da vítima, dada a sua menor potencialidade ofensiva, cabendo ao aplicador do Direito evitar, em tais casos, a desproporção entre a ofensa ao bem jurídico tutelado e a resposta estatal, ainda que considerando não se tratar propriamente de pena.

Quanto à **grave ameaça**, as mesmas considerações tecidas em relação à violência, como elementar de infrações tidas como de menor potencial ofensivo, em face da filosofia do Direito Penal Mínimo, hão de ser feitas à gra-

ve ameaça, porém, não como elementar de qualquer infração, mas como tipo autônomo ao qual corresponda o ato infracional, vislumbrando-se igualmente desproporcional, nesse caso, a aplicação da internação, com base no inciso I, do art. 122, do ECA.

Aliás, a Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, reforça a tendência à despenalização já sinalizada, sobretudo, pela Lei nº 9.099/95, trazendo um novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, ao aumentar o *quantum* da pena máxima cominada ao crime, para o fim de serem submetidos ao procedimento especial naqueles juizados (embora não procedam quaisquer eventuais dúvidas quanto à aplicabilidade desse novo conceito pela Justiça Estadual, por força, principalmente, dos princípios da isonomia e da proporcionalidade).

Retomando-se o tema específico em comento, atenta-se que, já em outra hipótese, por força desse mesmo inciso do art. 122, do ECA, é de se reconhecer que inexistente previsão legal de aplicação da medida de internação, em comento, diante da prática de ato infracional correspondente ao tipo de tráfico de entorpecentes, inobstante a sua extrema gravidade que, aliás, ensejou sua definição, na legislação própria, como crime equiparado aos hediondos, não se concebendo que se engendre o argumento de que se estaria diante da hipótese de um tipo de violência contra a sociedade (e não contra a pessoa, em particular) para justificar a imposição da internação.

Contudo, a inadmissibilidade de aplicação da medida socioeducativa de caráter mais gravoso nesse caso, por falta de previsão legal para tal (em não sendo o caso

de “reiteração”), incompatibiliza-se, não só com a inegável gravidade do ato praticado, mas também com o fato de que, não raro, o adolescente envolto em tais práticas infracionais acha-se inserido em contexto que aponta em princípio para a excepcional necessidade da privação de sua liberdade como forma de se viabilizar a sua reeducação.

De qualquer forma, a impossibilidade é irrefutável, decorrente da necessidade da observância ao princípio da legalidade e da reserva legal, cuja ofensa não se deve admitir em um Estado de Direito, nem mesmo a pretexto de se promover a pretendida ressocialização, sob pena de se negar ao adolescente em conflito com a lei a efetiva condição de sujeito dos direitos e das garantias que lhe foram legalmente conferidos, à luz da Doutrina da Proteção Integral.

2.4. A “reiteração” na prática de infrações de natureza “grave” como pressuposto da internação

Além das questões adrede suscitadas, a prática judiciária, no tocante aos procedimentos especiais de apuração de atos infracionais, evidencia outra dificuldade, com a qual se deparam os atores desses processos, sobretudo o aplicador do Direito, na exegese da expressão “**reiteração**” no cometimento de outras infrações graves que, aliás, configura outra das hipóteses de aplicação da medida socioeducativa de internação. É que o legislador estatutário, atento às distinções que se deve notar entre os conceitos e definições contidos na Legislação Especial (ainda que indubitavelmente guardem certas semelhanças

e afinidades com a Legislação Penal e Processual Penal), preocupou-se em usar terminologia distinta para certos institutos previstos na Legislação Estatutária, em atenção às suas especificidades, decorrentes, diretamente, da condição especial do adolescente.

Assim, como previsto no inciso II, do citado art. 122, na “reiteração” residiria um *plus* de gravidade, suscetível de ensejar a aplicação da medida extrema, mesmo no caso de o ato infracional – de que se tiver tratando – não houver sido praticado com grave ameaça ou violência à pessoa, já que essas hipóteses seriam, por si só, bastantes para fundamentar a aplicação da medida, como se depreende do inciso I, daquele dispositivo. Mas, é de se indagar (e nisso é que reside a questão) se, para a configuração desse pressuposto – “reiteração” –, faz-se imprescindível que haja pelo menos outra sentença, transitada em julgado, contendo decisão pela procedência de representação oferecida em ação socioeducativa, em face da prática de pelo menos outro ato infracional considerado de natureza (também) grave.

Vislumbra-se imperativa a conclusão, a propósito, no sentido de que, se para a caracterização desse pressuposto bastasse a existência de procedimentos de apuração de atos infracionais em curso, vale dizer, se fosse bastante a presença de “maus antecedentes infracionais”, mormente considerando-se as graves conseqüências que disso podem decorrer para o *status libertatis* do representado, gritante seria a afronta ao princípio da presunção de inocência, insculpido na própria Carta Política como direito fundamental da pessoa humana, e que é insito à garantia do devido processo legal, de que é titular o ado-

lescente em conflito com a lei, aliás, por expressa previsão no próprio Diploma Estatutário, como já sobejamente ressaltado.

Demais disso, parece não ter sido intenção do legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente satisfazer-se com simples informações sobre procedimentos especiais em trâmite para a configuração desse pressuposto inserto no inciso II do art. 122, mormente que, quando quis referir-se àquelas, no *caput* do art. 179 da referida Lei nº 8.069/90, fez alusão ao termo “antecedentes”, donde se pode, talvez, deprender que, segundo o ECA, a idéia de “reiteração” – como não poderia deixar de sê-lo – guarda afinidade com o termo “reincidência”, com todas as implicações e exigências que disso decorrem, guardadas as especificidades de cada instituto e matéria, malgrado respeitáveis doutrinadores assim não entenderem.²

Outra questão, ainda referente à disposição contida no aludido inciso, e que decorre de certa imprecisão ao se prever o tipo de ato infracional, cuja “reiteração” poderá ensejar a aplicação da medida em comen-

2 SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito Penal Juvenil – ADOLESCENTE A ATO INFRACIONAL** – Garantias Processuais e Medidas Sócio-Educativas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 109: “A respeito da reiteração, faz-se oportuno destacar que este conceito não se confunde com o de reincidência, que supõe a realização de novo ato infracional após o trânsito em julgado de decisão anterior. Por este entendimento se extrai que reiteração se revela um conceito jurídico de maior abrangência que o de reincidência, alcançando aqueles casos que a doutrina penal define em relação ao imputável como “tecnicamente primário”.

No mesmo sentido: SILVA, José Luiz Mônaco. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 190: “A segunda causa que autoriza a imposição de medida de internação vem descrita no inc. II (...). Note que o legislador fala em reiteração e não em reincidência. As expressões não são sinônimas, como poderia parecer a muitos. O conceito de reincidência é tomado de empréstimo do art. 63 do Código Penal... Já a reiteração outra coisa não é senão a repetição de condutas delituosas, sem que haja prévia sentença penal com trânsito em julgado, isto é, sentença que não comporte qualquer tipo de recurso.”

to, diz respeito a quais seriam atos infracionais de natureza “grave”, ensejando que se perquiria sobre o critério de que se servirá o intérprete e aplicador do ECA para essa definição.

A doutrina, a propósito, tem esclarecido que se deve tomar por base o tipo penal – ao qual corresponda o ato infracional – cuja pena cominada seja a de reclusão³.

De qualquer forma, em que pese a inexistência expressa da distinção na própria Lei Especial, faz-se mister a adoção de uma exegese e prática uniformes, fundadas em critério que se afigure razoável e coerente. Esse apontado, a propósito, leva à conclusão de que a prática de ato infracional correspondente a crime punido com detenção – a exemplo do porte de arma nas formas do *caput* e § 1º do art. 10, da Lei nº 9.437/97–, assim como os correspondentes a contravenções penais, nunca deverão ensejar a aplicação da medida de internação ao cabo do procedimento especial (ainda que se esteja diante de “reiteração”), por faltar a “gravidade” passível de justificar a imposição da medida mais severa, sobretudo porque a aplicação dessa subordina-se ao princípio da excepcionalidade, a teor do § 2º, do art. 122, do ECA.

Certo que se poderia argüir que, em alguns casos, em que a completa ausência de respaldo familiar, a intensa vivência do adolescente nas ruas, a dependência de substâncias entorpecentes, ou até mesmo a própria dificuldade do socioeducando em responder aos incentivos à sua escolarização e profissionalização, em princípio, poderão

3 CURY, Garrido & MARÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p.112: “Em regra, os crimes apenados com reclusão.”

contribuir para a ineficácia de outra medida que não seja privativa de liberdade, contexto em que a internação poderia se mostrar adequada, por possibilitar um acompanhamento mais sistemático. Mas, ainda assim, inadmissível a imposição da medida constrictiva, por ser característico da normativa atual que a mera necessidade de proteção não é pretexto aceitável para a privação da liberdade do adolescente, se ausentes as hipóteses legais autorizadoras da internação.

2.5. A figura da “internação-sanção”

Além das hipóteses legais previstas nos incisos I e II, do citado art. 122, verificado o descumprimento reiterado e injustificado da medida não privativa de liberdade inicialmente aplicada, concebe-se a imposição da dita “internação-sanção”, no curso do processo de execução, a qual se vislumbra, portanto, ter nítido caráter instrumental. Acha-se inculpida no inciso III desse mesmo dispositivo legal, tendo como pressuposto a ineficácia ou inadequação da outra medida imposta.

Nessa hipótese, segundo se defende na doutrina, não se faz necessário que o procedimento de apuração tenha versado sobre ato infracional perpetrado com grave ameaça ou violência à pessoa, prescindindo-se também da “reiteração” em prática de ato infracional de natureza “grave”.⁴ Prevalece, portanto, a natureza instrumental que a “internação-sanção” destina-se a ter, nesse caso, justificando ser o prazo máximo previsto consideravelmente mais

4 Ob. cit, p.113: “Aplica-se independentemente do ato infracional praticado.”

exíguo que o daquelas outras hipóteses. Depreende-se, pois, do citado dispositivo, que somente após a aplicação de outra medida socioeducativa menos gravosa e constatando-se a incapacidade reiterada e injustificada do adolescente de ajustar-se às condições a ela inerentes, é que se poderia, após observado o princípio da ampla defesa, aplicar a medida instrumental de internação pelo prazo máximo de 03 meses.

Em suma, a “internação-sanção”, em face de sua natureza eminentemente instrumental, constitui incidente de execução, não se prestando, portanto, seu pressuposto fático (ou legal) a fundamentar a decretação de internação provisória, assim como também não se afigura apropriada para ser aplicada ao cabo do procedimento de apuração de ato infracional, na sentença que julgou procedente a representação, dada a distinta natureza e escopo da medida de internação em cada uma dessas hipóteses.

De qualquer forma, vislumbra-se inadmissível a imposição, pela autoridade judiciária, da medida constritiva prevista no inciso III, do art. 122, sem oportunizar ao adolescente justificar-se – inclusive através de defesa técnica por advogado – pelo descumprimento da medida que lhe fora imposta por ocasião da sentença ou mesmo por força de substituição de uma medida por outra no curso do processo de execução, sob pena de inconcebível afronta ao princípio da ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal, mormente que aquele dispositivo legal ressalta, claramente, que o descumprimento, suscetível de ensejar a “sanção”, deverá ser “injustificável”.

3. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEDE DE REMISSÃO, SOB QUALQUER HIPÓTESE

Quanto à medida de internação pelo prazo máximo de 03 anos, sua aplicação por ocasião de remissão concedida é expressamente vedada, nos termos do art. 127, *in fine*, do ECA.

Já no tocante à hipótese de internação instrumental prevista no inciso III, do art. 122, da Lei nº 8.069/90, talvez caiba algum questionamento, em face de algumas opiniões doutrinárias acerca do tema.

É cediço que o art. 127, do Diploma Estatutário (que trata do instituto da remissão, no âmbito do processo de apuração de ato infracional), representa exceção à regra geral contida no art. 114, dessa mesma Lei – o qual reza ser pressuposto para a imposição das medidas previstas nos incisos II e VI, do art. 112, a exigência de provas suficientes da autoria e materialidade da infração, em conformidade com a ressalva feita, aliás, na parte final desse mesmo dispositivo.

Insta registrar que a exceção não implica violação ao princípio do devido processo legal – nos termos instituídos nos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Lei Fundamental –, em face da permissão legal para aplicação de medidas socioeducativas sem o reconhecimento judicial da prática infracional, porquanto nenhuma das medidas permitidas ferem o *status libertatis* do socioeducando, cabendo ainda revisão judicial de ditas medidas, caso não se mostrem adequadas a promover a ressocialização e a proteção a que se visa (art. 128).

Questiona-se, pois, a possibilidade da chamada “internação-sanção”, no caso de a medida – injustificadamente descumprida – haver sido imposta em face de remissão (dentre as autorizadas no citado art. 127). E a conclusão que se impõe, a propósito, é no sentido da inadmissibilidade da aplicação de tal medida, em face das garantias processuais conferidas ao adolescente sobre quem recaem indícios da prática de ato infracional.

Tal conclusão decorre do fato de, à luz dos citados incisos LIV e LV, art. 5º, da Lei Maior, o adolescente – como titular do direito fundamental insculpido nessa norma legal – não poder ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, porquanto, se a remissão (concedida como forma de exclusão do procedimento, ou após seu início, acarretando a sua extinção ou suspensão) não prevalece sequer para efeito de antecedentes, dada a ausência da certeza jurídica que só advém com o reconhecimento judicial da procedência da representação, com maior razão não deve autorizar a imposição de restrições à liberdade, a qualquer título.

É que o reconhecimento ou comprovação da prática infracional – o qual, aliás, requer o trânsito em julgado da respectiva sentença – constitui pressuposto integrador do princípio do devido processo legal (e relaciona-se particularmente ao do estado de inocência) que, por seu turno, é condição para a legalidade da privação da liberdade de qualquer pessoa.

A propósito, é de se depreender que o legislador, ao dispor que a remissão não implicará “necessariamente o reconhecimento ou a comprovação do ato infracional”, parece admitir que, eventualmente, sua concessão poderá

implicar isso. Contudo, essa previsão afigura-se impossível, juridicamente, uma vez que não se concebe que a autoridade judiciária conceda remissão (após concluída a instrução probatória, já que nem se deve cogitar de “comprovação ou reconhecimento da responsabilidade” se sequer tiver sido iniciado o procedimento) e, concomitantemente, reconheça a procedência da representação, sob pena de restar descaracterizado o instituto em comento, pensado inclusive para não prevalecer sequer para efeito de antecedentes.

Com efeito, atentando-se para a natureza jurídica e o escopo da remissão, só se pode pensar em sua concessão – ainda quando concedida após instrução probatória que “aponte” ser provável a prática da infração pelo representado – se não foi reconhecida a procedência da representação. Do contrário, não se tratará de remissão, em sua essência, mas de autêntica sentença de mérito com a consequente aplicação das medidas socioeducativas cabíveis.

Conclui-se, pois, que a remissão “nunca implicará o reconhecimento da comprovação da autoria e da materialidade da infração” e isso significa não se ter completado o devido procedimento legal, autorizador da imposição de maiores restrições à liberdade do representado. Ou, noutro falar, não se pode conceber a aplicação de medida privativa de liberdade, por força de remissão (ainda que se trate da medida instrumental consistente na “internação-sanção”) em caso de descumprimento das medidas não constritivas à liberdade, aplicadas quando da sua concessão. Isso porque, dentre os pressupostos do devido processo legal, consta o

imprescindível reconhecimento da materialidade e da autoria da infração, exigência inerente ao princípio da presunção de inocência, enquanto garantias processuais que, como deveras enfatizado, não podem deixar de ser reconhecidas ao adolescente em conflito com a lei, mormente que sujeito de proteção especial, nos termos da Doutrina da Proteção Integral, refletida na Carta Magna e no Diploma Estatutário.

Dessa forma, a possibilidade de revisão judicial das medidas aplicadas por força de remissão (como prevê o art. 128 e ainda segundo a previsão geral de substituição das medidas a qualquer tempo, contida no art. 99, c/c o art. 113) esbarra na impossibilidade de se impor medida privativa (ou mesmo quando apenas restritiva) de liberdade ao adolescente, como aliás ressalta o citado art. 127, *in fine*, também do ECA, ao vedar expressamente até mesmo a aplicação da semiliberdade. Aliás, talvez bastasse atentar que esse dispositivo não estabelece qualquer exceção a essa vedação, a permitir que, pelo menos, se cogite da possibilidade de se aplicar a “internação-sanção” ao adolescente que tenha descumprido, injustificadamente, medida imposta em face de remissão, em que pese existir respeitável posição doutrinária em contrário.⁵

5 SARAIVA, João Batista da Costa, *ob. cit.*, p. 62: “Assim, apurado o descumprimento da medida em meio aberto, de forma injustificada e reiterada, cabível a regressão, com aplicação da chamada internação-sanção, independentemente de aquela medida haver sido originada em sentença que julgou o processo de conhecimento ou haver sido originada de decisão homologatória (remissão concertada pelo Ministério Público) ou concessiva de remissão (concedida pelo Juiz no curso do processo de conhecimento).”

4. CABIMENTO DA INTERNAÇÃO POR “SUBSTITUIÇÃO” DE MEDIDA INICIALMENTE APLICADA

É oportuna a referência a outra questão pertinente à aplicação da medida privativa de liberdade, e que diz respeito à possibilidade de aplicação da medida de internação pelo prazo máximo de 03 anos, na hipótese de descumprimento da medida inicialmente aplicada. É dizer, indaga-se a hipótese, não de “internação-sanção”, de caráter instrumental e pelo prazo máximo de 03 meses, prevista no inciso III, do art. 122, do ECA; tampouco se discute se seria possível a mera “regressão” para a internação inicialmente imposta, após concedida a progressão para medida menos gravosa, se verificar-se a incapacidade do adolescente de cumpri-la.

Questiona-se, em verdade, a admissibilidade da imposição da medida socioeducativa de internação pelo prazo máximo de 03 anos – ainda que quando da sentença que julgou procedente a representação haja sido aplicada outra medida –, mediante substituição desta no curso do processo de sua execução, uma vez verificada a incapacidade do socioeducando em cumpri-la adequadamente.

A jurisprudência, que parece ainda atrelada à idéia da regressão, prevista no Direito da Execução Penal, tem agasalhado mais francamente a hipótese do retorno do adolescente à internação inicialmente imposta; ou admitido apenas a aplicação da chamada “internação-sanção”, no caso de constatar-se a incapacidade de ajustamento a qualquer das demais medidas impostas.

Contudo, sem desatentar que ao adolescente em conflito com a lei não de ser asseguradas todas as garantias

processuais legais, na aplicação das medidas socioeducativas, leva-se em conta, sobretudo, as necessidades do socioeducando como pessoa humana ainda em desenvolvimento, assim como a evolução desse processo em face do atendimento que lhe for proporcionado com vistas a promover a sua ressocialização. Para atender a esse desiderato é que o legislador estatutário previu a possibilidade da substituição das medidas a qualquer tempo, em face dessa dinâmica do processo de reeducação, nos termos do art. 99, em sua combinação com o art. 113, da Lei nº 8.069/90. A propósito, a doutrina já expressou franco posicionamento nessa direção.⁶

O cerne da questão consiste, pois, na compreensão do instituto da “substituição” como sendo mais abrangente que o da “regressão”. Com efeito, a regressão seria espécie do gênero substituição, pressupondo aquela o retorno à medida inicialmente imposta ao adolescente, após concessão da progressão para outra mais amena, à qual não se tenha ajustado.

É que, atento à condição especial daqueles em processo de desenvolvimento, o legislador foi além, para permitir ao julgador afastar a aplicação da internação ainda

6 MAIOR, Olympio Souto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. 3.ed São Paulo: Malheiros, 2000. p. 367: “No referente à substituição, a qualquer tempo, da medida anteriormente aplicada..., constata-se ter havido o estabelecimento de exceção à regra geral indicativa da imutabilidade das decisões, consistente no ditame de que, uma vez proferida a sentença, a mesma se torna irretirável para o julgador, por ter este, no caso, esgotado sua função jurisdicional. É que – ainda impulsionado pela idéia da prevenção e da proteção social das crianças e adolescentes (incluindo-se, aí, o adolescente autor de ato infracional) – optou o legislador do estatuto por não revestir as decisões determinantes da aplicação de medidas protetivas ou sócio-educativas com o manto da coisa julgada. Em razão disso e objetivando a estrita adequação às necessidades concretas do adolescente (levando-se em conta as mutações imanentes ao seu processo de desenvolvimento), poder-se-á proceder à substituição da medida anteriormente imposta, alterando-se, assim, o conteúdo de qualquer sentença...”

quando em tese cabível, a fim de – observando o princípio da excepcionalidade que a informa – aplicar outra medida não privativa de liberdade, sem que isso obste a possibilidade de, constatada a incapacidade do socioeducando de cumprir a outra medida imposta, proceder-se a sua “substituição” pela internação pelo prazo máximo de 03 anos.

Cabe ressaltar que essa possibilidade de substituição não se confunde com a aplicação da “internação-sanção”, cujo caráter é essencialmente instrumental, a qual é admissível ainda que ausentes as hipóteses autorizadas da internação por prazo não superior a 03 anos, de que tratam os incisos I e II, do art. 122, conforme já demonstrado.

Impõe-se, todavia, para que seja cabível a questionada “substituição”, que se trate de infração perpetrada com grave ameaça ou violência à pessoa, ou de reiteração na prática de ato infracional de natureza grave, haja vista serem pressupostos inafastáveis para a imposição da medida em questão.

E não se diga que essa possibilidade de substituição, ora defendida, afrontaria a coisa julgada, porquanto, como bem já esclareceu a doutrina, a sentença que julgou procedente a representação, no tocante à imposição da medida imposta, nunca transita em julgado. Obviamente que seria inconcebível a apuração de “fato ou prova nova” dos requisitos legais autorizadores da internação – como se a instrução probatória perdurasse indefinidamente –, para servir de fundamento à imposição da medida mais severa.

Entretanto, se quando da sentença a internação já seria, em tese, cabível, por estarem presentes as hipóteses legais que a autorizam, e apenas fora afastada atendendo-se ao seu caráter excepcional, porém, posteriormente vem a afigurar-se necessária em face da verificação de inadequação da medida menos severa aplicada, não se vislumbra ofensa à idéia de segurança jurídica que se pretende alcançar com a imutabilidade da coisa julgada, porquanto, na espécie, respeitados os princípios da legalidade e os demais que são informativos do devido procedimento legal, há de se considerar o escopo ressocializador na aplicação das medidas socioeducativas.

Fosse o caso de prevalecer o caráter retributivo da medida, sim, é que a sentença do processo de conhecimento seria o único momento oportuno para a avaliação da “sanção” adequada, enquanto resposta penal para a infração praticada, assistindo ao “condenado” o direito à imutabilidade da natureza da pena imposta e do *quantum* estabelecido. É que, sem prejuízo das garantias processuais do socioeducando, não se deve olvidar as especificidades de cada matéria e seus respectivos institutos, assim como o escopo de cada procedimento. Até porque, mesmo no processo de execução penal, essa segurança jurídica é mitigada, em certas situações legalmente previstas.

Destarte, afigura-se em tese cabível, no curso do processo de execução, a “substituição” da medida originalmente imposta na sentença proferida ao cabo do procedimento de apuração do ato infracional, pela de internação pelo prazo máximo de 03 anos, desde que tenham sido reconhecidas, já por ocasião da sentença, as hipóteses

previstas no art. 122, incisos I e II, do ECA. No sentido da possibilidade dessa substituição já se observam posicionamentos jurisprudenciais.⁷

Esse parece ser o espírito da lei, na parte que permite a “substituição” da medida a qualquer tempo, sem que com isso restem violadas as garantias processuais que se conferiu ao socioeducando.

5. A INTERNACÃO PROVISÓRIA: HIPÓTESES LEGAIS E PRESSUPOSTOS DA DECRETAÇÃO

Sobre o tema, cabe ainda referência à questão de se vislumbrar imprescindível a presença dos pressupostos legais insertos nos incisos I e II, do art. 122, para a decretação da internação provisória do adolescente que figure como representado em ação socioeducativa, porquanto, não havendo, inicialmente, qualquer perspectiva de o infrator vir a ter a sua liberdade cerceada ao término do procedimento de apuração do ato infracional, não se

.....

7 FRANCO, Alberto Silva et all. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. I, p. 442: “Substituição de medida sócio-educativa de liberdade assistida originalmente imposta e que não vem sendo cumprida pela medida de internação por prazo indeterminado – Possibilidade a qualquer tempo – Inteligência dos artigos 99, 100 e 113 do estatuto da Criança e do Adolescente, observando o pressuposto contido na primeira parte do artigo 114 do mesmo estatuto – Condutas que demonstram inadequação do menor ao regime a ser submetido, autorizando a substituição, ainda que por medida sócio-educativa de internação, por prazo indeterminado. (TJSP – Câm. Esp. – AI 53.259-0 – Rel. Álvaro Lazzarini – j. 24.02.2000)”.

No mesmo sentido, ob. cit. p. 345: “Adolescente que descumpriu reiterada e injustificadamente as várias medidas sócio-educativas anteriores, evadindo-se por várias vezes, do estabelecimento para o qual foi enviado, tendo incorrido, inclusive, no cometimento dos atos infracionais equivalentes a furto qualificado e tentativa de roubo, mostrando-se inadaptado ao convívio social – Conversão da medida de semiliberdade em internação por prazo indeterminado – Possibilidade – inoocorrência de constrangimento ilegal – Precedente (STJ – 5ª T. – HC 13.194 – rel. José Arnaldo da Fonseca – j. 05.09.2000 – DJU 09.10.2000, p. 168).

concede a medida cautelar, sob pena de essa já representar sanção maior do que a que eventualmente lhe poderá advir, ao final, com a comprovação da prática infracional. Aliás, parece orientar-se por essa mesma lógica o Código de Processo Penal, ao prever que o “réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança”, no caso de infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, ou quando, mesmo nessas hipóteses, não exceder a 03 meses (art. 321, I e II).

Ora, *mutatis mutandis*, com muito mais razão, na seara do procedimento especial de apuração de ato infracional, em que a imposição da internação tem escopo essencialmente ressocializador e deve ser sempre informada pelo princípio da excepcionalidade – em atenção à condição do adolescente, de pessoa em desenvolvimento –, é de se entender descabida a medida provisória na ausência das hipóteses legais dos incisos I e II do art. 122, ainda mais se tratando de restrição à liberdade antes da comprovação da prática infracional.

Cabe ainda ressaltar a acuidade do legislador, ao dispor sobre essa medida cautelar, no art. 108, do ECA, condicionando-a ao prazo improrrogável de 45 dias, além de pressupor a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, sem que se dispense a devida fundamentação da decisão, que (por exigência expressa da lei) deverá conter a demonstração da “necessidade imperiosa da medida”, não sendo bastante, pois, a simples presença daquelas hipóteses legais, nem mesmo diante da verossimilhança da imputação, porquanto há ainda exigências que decorrem do interesse da medida em consideração ao es-

copo ressocializador de todo o processo instaurado em favor do adolescente. E não apenas o interesse social que fundamenta a decretação da prisão provisória, lá no processo penal. Daí exigir a lei a especificação dos motivos ensejadores da medida excepcional, em cada caso, levando-se em conta, sobretudo, as necessidades do representado, diante do escopo maior que é a sua ressocialização.

Por derradeiro, ainda sobre os pressupostos para a decretação da internação provisória, não se afigura suscetível de fundamentar essa medida cautelar a disposição legal inserida no inciso III, do art 122, que trata da medida de “internação-sanção” (de natureza eminentemente instrumental), a ser aplicada no curso da execução, em face do descumprimento “da” medida anteriormente imposta quando da sentença que deu cabo ao procedimento de apuração, julgando procedente a representação, ademais que sujeita a um prazo máximo diferente do previsto para a medida provisória.

Com efeito, não se vislumbra como aquela hipótese fática do descumprimento da medida imposta (na ausência de quaisquer das situações descritas nos incisos I e II) pudesse servir de fundamento para o decreto de internação provisória, que, aliás, verifica-se já em procedimento diverso, de apuração de outro ato infracional praticado, até porque a internação instrumental é típica da fase de execução (da qual constitui incidente) de medida não privativa de liberdade antes aplicada, o que por si só evidencia as diferenças e aplicabilidade diversa dos dois institutos.

6. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, ressalta-se que, diante do atual enfoque dado ao Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, é de ser repudiada a adoção de quaisquer medidas arbitrárias, contra a liberdade do adolescente em conflito com a lei – a quem agora se confere, pelo menos formalmente, a condição plena de sujeito de direitos, em particular na relação processual –, nem mesmo a pretexto de “protegê-lo em face de sua situação ou conduta irregular”.

Aliás, é insita ao sistema jurídico de qualquer Estado que se diga Democrático de Direito – ademais com a clara adoção da Doutrina da Proteção Integral como diretriz para as garantias especiais conferidas à criança e ao adolescente na própria Magna Carta e na legislação infraconstitucional – a necessidade de efetivação dos direitos inerentes à sua condição de sujeito (e não mais de mero objeto) da relação processual.

Destarte, só são concebidas como legítimas a exegese e a aplicação das disposições Estatutárias, em particular daquelas pertinentes às medidas privativas da liberdade do adolescente, se guardarem efetiva harmonia com os princípios da legalidade e da reserva legal, bem assim da ampla defesa e do contraditório, da presunção de inocência, entre outros que são informativos e inerentes ao princípio (maior) do devido processo legal, insculpido no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, como direito fundamental da pessoa humana, sobretudo, daquela ainda em processo de desenvolvimento, a quem o Estado, a família e a sociedade devem destinar efetiva proteção

especial, cuidando de seus interesses com absoluta prioridade, em conformidade com o que reza o art. 227, da CF/88, e o art 5º, do ECA.

Do contrário, ressuscita-se a filosofia do malfadado Código de Menores que, lamentavelmente, ainda paira em algumas decisões como terrível fantasma, do qual não conseguimos nos desvencilhar passados estes 13 anos!

7. REFERÊNCIAS

a) LIVROS

CABRAL, Edson Araújo et all. **Sistema de Garantia de Direitos** – Um caminho para a proteção integral. Recife: [s.n.], 1998. (Coleção Cadernos CENDHEC, v.8.)

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CURY, Munir; GARRIDO Paulo; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CURY, Munir et all. **Estatuto da Criança do Adolescente Comentado** – Comentários Jurídicos e Sociais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; FELTRIN, Sebastião Oscar. **Estatuto da criança e do adolescente**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 270-292, 1994.

FRANCO, Alberto Silva et all. **Leis Especiais e sua interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 3.)

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec – Instituto Airton Senna, 1998.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção – A inimizabilidade do Menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional - Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Sócioeducativas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Moacir Mota da, VERINESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo, LTR, 1998.

VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Apuração do Ato Infracional à Luz da Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002. (Série Fundamentos Jurídicos.)

VERINESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique: **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

b) LEGISLATIVAS

- Lei nº 3.689, de 03.10.1941 (Código de Processo Penal).
- Lei nº 6.697, de 10.10.1979 (Código de Menores).
- Lei nº 7.209/84 (Código Penal Brasileiro).
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Convenção da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20.11.1989.
- Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
- Lei nº 8.072, de 25.07.1990 (dispõe sobre os Crimes Hediondos).
- Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990.
- Decreto Presidencial nº 99.910, de 21.11.1990.
- Lei nº 9.099, de 25.09.1995 (dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e dá outras providências);
- Lei nº 9437, de 20.02.1997 (define crimes de porta de arma e assemelhados, e dá outras providências).
- Lei nº 10.259, e 11.07.2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Clarice Marinho Martins de Castro
Professora Colaboradora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP.

O presente trabalho busca efetuar uma breve análise do tema direito de propriedade intelectual, a seu tanto livre do rigorismo técnico-jurídico, dando ênfase ao caráter histórico e socioeconômico de que se reveste esse novo ramo da Ciência do Direito, contextualizando-o na nossa realidade e na esfera internacional.

SIGNIFICADO DO TERMO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, ESPÉCIES E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito de propriedade intelectual tem por objeto a tutela de bens imateriais, de natureza intelectual e de conteúdo criativo, assim como suas atividades conexas, passíveis de exploração econômica. Os bens imateriais ou incorpóreos existem no plano das idéias, da imaginação ou do raciocínio, e podem adquirir valor econômico, gerar direitos e obrigações e tornarem-se objeto de relações jurídicas. Aliás, apenas nas vésperas do século XX foi que os juristas germânicos consagraram a noção da imaterialidade da obra literária.

A divisão clássica estabelece uma bipartição dos direitos que cuidam da proteção de bens imateriais em: direitos autorais e direito de propriedade industrial. O

direito de propriedade intelectual seria hoje o gênero; os direitos autorais e os de propriedade industrial, as principais espécies. Todavia, no nosso direito positivo, os direitos autorais encontram-se ainda estudados no direito civil e os de propriedade industrial como especialidade do direito comercial. Tito Fulgêncio mantém a distinção. De igual sorte, Haroldo Valladão estuda os direitos de autor em capítulo separado daquele dedicado ao direito industrial internacional, referente às patentes de invenção, marcas e correlatos.

Em uma sistematização mais recente da matéria, nos informa Maristela Basso:

Em todas as concepções históricas acerca dos direitos dos autores, artistas e inventores, existem elementos comuns, que desembocam no reconhecimento dos direitos sobre as produções intelectuais, através da visão do monopólio, destacando os aspectos públicos destes direitos, ou através da ótica dos direitos de "personalidade" ou de "propriedade", colocando em relevo seus aspectos privados. Todas as teorias reconhecem a necessidade de proteção das criações imateriais. Daí por que entendemos que todas elas possam ser agrupadas em tomo de uma proposição comum, já que todas estão a serviço de uma melhor proteção desses direitos. Propomos uma visão integradora que pode ser facilitada pelo direito internacional, especialmente através do TRIPS, que faz parte do Acordo da OMC. O próprio título já revela seu conteúdo: "Acordo Sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio", que abrange!:

1 BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63.

- a) o direito do autor e direitos conexos;
- b) as marcas;
- c) as indicações geográficas;
- d) os desenhos industriais;
- e) as patentes;
- f) a topografia de circuitos integrados;
- g) a proteção de informação confidencial;
- h) o controle de práticas de concorrência desleal em contratos".

Impõe-se, no particular, maiores cuidados com a distinção das espécies básicas da matéria -direitos autorais e propriedade industrial.

No discernimento de Patricia Del Nero:

A doutrina, de um modo geral, caracteriza a propriedade industrial² como sendo a soma dos direitos que incidem sobre as concepções ou as produções da inteligência, trazidas à indústria para sua exploração ou para o proveito econômico de quem as inventou ou as imaginou. A propriedade industrial envolve a proteção assegurada pelo Estado às marcas e às patentes (que são atribuídas às invenções).³ [O grifo é nosso].

2 Lei nº 9.279/96 - Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal.

3 DEL NERO, Patricia. *Propriedade Intelectual A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 41.

Pela relevância do tema, vale acentuar que os direitos autorais representam um ramo da ciência jurídica que disciplina os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, e os direitos conexos ao autor, ou seja, o dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.⁴

A propósito do assunto, Tobias Barreto, criador da polêmica “Escola do Recife”, introduziu entre nós a expressão direitos autorais, impugnada por Rui Barbosa, na Réplica. Alguns estudiosos lembram que Tobias reivindicava até um vocábulo de maior amplitude, como “direitos do pensamento”.

A síntese do professor José de Oliveira Ascensão expressa bem a realidade objeto de nossas apreciações: “O homem, à semelhança de Deus, cria. A criação literária

4 Lei nº 9.610/98 - Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressar por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I. os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II. as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III. as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV. as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V. as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI. as obras audiovisuais sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII. as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII. as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX. as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X. os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI. as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII. os programas de computador
- XIII. as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Art. 89 As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

e artística recebe a tutela do Direito de Autor”. E prossegue, com rara acuidade:

*Porque corresponde a uma atividade particularmente nobre, a tutela conferida pelo direito de autor é a mais extensa e a mais apeteçada de todas as tutelas, dentro dos direitos intelectuais.*⁵

Não é em vão que os direitos autorais ou o *copyright* foram eleitos como o mecanismo mais eficiente de proteção tanto dos bens produzidos nas grandes indústrias culturais, a exemplo dos filmes cinematográficos ou dos fonogramas, quanto das informações que circulam nas novas plataformas de comunicação digital, como na Internet.⁶

A proteção aos direitos autorais surge de imediato quando um trabalho original é expresso por algum meio ou fixado em qualquer suporte, tangível ou intangível, independente de registro, que tem a função, para os países signatários da Convenção de Berna, de apenas conferir maior segurança às obras. O detentor dos direitos autorais (não sendo necessariamente o criador), goza do direito exclusivo de reprodução, adaptação, publicação, execução e exibição de seu trabalho, excetuando-se o uso legítimo da obra, ou seja, o de utilização pela sociedade, independentemente de autorização, com a finalidade educacional e não lucrativa; pode ceder ou licenciar no todo ou em parte, com objetivos comerciais.

O autor dispõe dos direitos patrimoniais, que se referem à exploração econômica de sua obra, acima expressos. E mais, dos direitos morais, que gozam de estreita vinculação entre a pessoa do autor e sua criação intelectual, a exemplo

5 ASCENSÃO, José de Oliveira. 2 ed. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. p. 3.

6 É bom lembrar que, no contexto deste artigo, estabelecemos uma sinonímia entre os vocábulos direitos autorais e *copyright*.

do direito de reivindicar a paternidade da obra, de conservá-la inédita ou não permitir sua modificação. Eles são ainda largamente contemplados em nossa legislação, de origem romano-germânica, e que segue a orientação traçada pela Convenção de Berna. É digno de nota que, nem com a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna, foram recepcionados pela legislação norte-americana os direitos morais do autor. Persiste o entendimento de que é o direito de reprodução – *copyright* – a pedra de toque do sistema. Por força, portanto, dos Estados Unidos, os direitos morais presentes na Convenção de Berna não foram incorporados nas regras do TRIPS, que dão novas diretrizes internacionais para o setor.

Conquanto os termos direitos autorais e *copyright* no mais das vezes coexistam no âmbito internacional como sinônimos, para melhor compreensão da temática é de fundamental importância a distinção. O direito de autor, de origem romano-germânica, também conhecido como continental europeu, tem como origem a tutela do criador. Já o *copyright*, do *Common Law*, significa um privilégio de reprodução e sempre acolheu a transferência da proteção autoral à empresa.

A primeira Constituição do Brasil, de 25.03.1824, protegia o inventor, mas não o autor ou artista. Porém, a Carta Magna de 24.02.1891 – República, já cuidava das duas espécies: direito de propriedade industrial e direitos autorais. A partir de então, todas as constituições federais tratam da matéria. A Constituição de 1988 disciplina o assunto no seu art. 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII e XXIX.

O Código Penal dispõe de capítulo referente aos crimes contra a propriedade imaterial – arts. 184 a 195 -

que versa sobre os crimes contra a propriedade intelectual e contra a propriedade industrial.

A regulamentação material dos direitos de autor já ocorreu no Código Civil de 1916 e desde 1973 foi sancionada a Lei nº 5.988, que cuidava da matéria. Em 19.02.1998, foi editada a Lei nº 9.610, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, atendendo as novas demandas internacionais.

Em 14.05.96 entrou em vigor um novo Código de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279, que veio a substituir a Lei nº 5.772, de 1971. A nova regulamentação traz em seu bojo uma série de alterações para a área.

O regime jurídico de proteção ao programa de computador veio a ser primeiramente regulamentado no Brasil em 1987, por intermédio da Lei nº 7.646. Em 19 de fevereiro de 1998, foi sancionada a Lei nº 9.609, que cuida da proteção da propriedade intelectual do programa de computador, sua comercialização no país e dá outras providências. A tutela do *software* é a conferida a obras literárias mediante a legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país. A nova lei passou a considerar os resultados do Acordo TRIPS, do qual o Brasil é signatário.

ORIGENS HISTÓRICAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Para uma compreensão exata da matéria, torna-se imprescindível uma visão panorâmica de suas origens.

Na opinião autorizada de Edward Ploman e L. Clark Hamilton, as raízes da moderna concepção de *copyright*

remontam à Grécia antiga, ao direito antigo judaico e ao sistema romano de publicação.⁷ Por sua vez, Arnold Hauser sustenta que a propriedade intelectual surgiu na Grécia, no século VI a. C., quando uma nova concepção do individualismo surgiu em todos os campos da vida cultural e em virtude do desenvolvimento do comércio e da sociedade urbana. Na verdade, à época, os livros eram raros e não há evidência de que um sistema de *copyright* existisse, porém, a noção da preservação da criatividade individual já se encontrava.⁸ No Talmude hebraico, malgrado o caráter oral das informações, para cada inserção de novos princípios a serem adotados no corpo da legislação civil e religiosa, era essencial a referência ao nome dos colaboradores. Victor Hazen chega até a admitir que o reconhecimento ao direito de atribuição de autoria representaria uma forte relação do direito judaico com o sistema internacional de *copyright*.⁹ Há ainda indícios de que em Roma, conquanto não se registre o instituto do direito de autor no direito romano escrito, nos longes do século III d.C., em que o comércio de trabalhos literários representa uma parcela expressiva da Roma ilustrada, alguns autores firmavam contrato de edição com os editores.¹⁰

Caminho diverso foi trilhado na Índia antiga, onde não o temos notícias de qualquer registro de direito de autor. Aliás, as grandes obras-primas tanto filosóficas,

7 PLOMAN, E; HAMILTON, L Clack. *Copyright: Intellectual Property in the Information Age*. London: Routledge and Kegan Paul, 1980.

8 HAUSER, Arnold. *The Social History of Art*. New York: Alfred Knopf, 1952. p. 87.

9 HAZEN, Victor. *The Origins of Copyright*. *Ancient Jewish Law*, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., 18:1, 1970.

10 PLOMAN, E; HAMILTON, L. Clark, ob. cit.

quanto literárias eram anônimas. Na cultura oral de Bali, até recentemente, as obras intelectuais eram vistas como uma expressão do pensamento coletivo. Assim, o conhecimento artístico não poderia estar centralizado nas mãos de apenas uma classe, a intelectual. Apesar da China haver desenvolvido a escrita durante o terceiro milênio antes de Cristo e ter introduzido o papel no mundo, a técnica da escrita estava a serviço do império e não tinha fins literários. É digna de nota a singular circunstância de a República Popular da China haver adotado uma legislação de direitos autorais apenas em maio de 1991, por força das pressões oficiais do governo norte-americano.¹¹

No medievo europeu, não se registra a noção de propriedade intelectual para tutela das obras literárias ou artísticas por vários fatores: pela relação de produção adotada, pela específica organização de produção literária, pelo modo dominante de comunicação, que era oral, e pelo papel da cultura na sociedade. Na verdade, a Igreja Católica Romana centraliza a produção, preservação e disseminação do conhecimento literário e artístico dentro dos mosteiros, que desenvolveram métodos de empréstimo e troca de manuscritos e cedo descobriram o valor de suas bibliotecas. Por conseguinte, o acesso aos manuscritos disponíveis nos mosteiros beneditinos, precursores no ramo, demandava terra, gado, dinheiro ou outros privilégios. Em virtude disso, George Putnam afirma que a prática de exigir pagamento para o direito de copiar os manuscritos representa o primeiro embrião do sistema de

11 BETTIG, Ronald V., *Copyright Culture The Political Economy of Intellectual Property*. Colorado: Westview Press, 1996. p.12, 13 e 219.

copyright europeu. Contudo, advoga Bettig a tese de que as crônicas monásticas e as músicas da igreja não exigiam direitos de propriedade intelectual, pois os monges que funcionavam ora como autores e estudiosos, ora como reprodutores dos manuscritos não buscavam a atribuição da autoria em si, mas a conservação da imagem do monastério como entidade moral, que tinha o dever de preservar o mundo divino.¹²

Com o advento da secularização da vida social, já no século XII, o comércio dos manuscritos da Europa iniciou-se em Paris, para daí aparecer em outras cidades universitárias. O comércio de livro foi então organizado em torno das universidades, em centros urbanos que começavam a prosperar e, sobretudo, baseado na reprodução de trabalhos de autoridades religiosas e autores clássicos. Porém, as cópias dos textos eram feitas a mão e por livreiros, autorizados com regras rigorosas pelas universidades, e que, por honorários, organizavam a reprodução de textos em favor dos interessados que buscavam obras.

Com o declínio da cultura cristã e o surgimento de uma classe burguesa, as universidades perderam o controle da reprodução, surgindo, então, os livreiros que começaram a explorar o mercado das obras de cunho científico, político, jurídico, moral e literário. Assim, os livreiros foram capazes de acumular o capital, fruto do negócio desenvolvido e investir na invenção da tecnologia da máquina impressora. O fruto da criatividade de Johann Gutemberg, financiada pelo mercador Johann Fust, simboliza o alvorecer do sistema capitalista.

.
12 BETTIG, ob. cit., p. 13

Veneza é considerada a primeira cidade na Itália, e praticamente, a pioneira na Europa em que o comércio de impressão e publicação se toma expressivo. Em 1469, John of Speyer introduziu a máquina impressora em Veneza. Em razão disso, a Academia Veneziana concedeu-lhe o privilégio exclusivo de edição por um prazo de 5 anos. O governo da cidade, ao deferir privilégios dessa ordem, buscava importar novas técnicas industriais e estimular o crescimento do comércio e da indústria local. Leis similares regulando o mercado da impressão e da publicação tomaram-se usuais em diversos países europeus no século XVI. Por conseguinte, entendemos que tais garantias de exclusividade conferidas pelo Estado são as precursoras do sistema legal de *copyright*.

A tecnologia da impressão chegou à Inglaterra em 1476. Desde os seus começos já se encontra a regulamentação do governo no sentido de incentivar o desenvolvimento do comércio de livro. Legislação posterior trata das licenças para as editoras, dos direitos de patentes para diferentes títulos e classes de livros e ainda da censura. Em 1557, a Coroa concede às empresas do ramo de papelaria monopólio de impressão e publicação pelo prazo de 150 anos. De início, a lei britânica protege os direitos econômicos dos editores e dos livreiros, inexistindo qualquer referência à proteção ao próprio autor em seus trabalhos de criação. A importância dos autores começa a surgir tão-somente quando os editores esgotam as edições das obras clássicas e medievais que estavam em domínio público e começam a buscar trabalhos novos e originais para atender a demanda do mercado de livros já existente. Vale, ainda, ressaltar que há registros na história de que, a partir da segunda metade do século XVII, os

editores começam a remunerar os autores pelo direito de cópia e publicação de seus trabalhos. Em 1725 Daniel Defoe observa que a atividade do escritor começa a se tornar um ramo considerável do comércio inglês.

Os historiadores, em geral, mencionam o Estatuto da Rainha Anne, de abril de 1710, como o primeiro diploma legal do *copyright* nos moldes que hoje se concebe o instituto.¹³

É inegável que a regulamentação concedida pelos governos para a indústria de impressão assumiu a forma do monopólio das patentes de invenção, um direito exclusivo para operar em determinado setor da indústria ou produzir certos tipos de mercadoria.

As leis de patentes e *copyright* auxiliaram a expansão do domínio das atividades da criatividade humana que poderiam se tomar mercadoria. O *copyright*, em particular, refletiu a existência da nova tecnologia de impressão que permitiu a fixação de um trabalho literário em um meio tangível, como o livro, e que poderia ser massivamente produzido em uma escala sem precedentes na história e com grande valor de mercado.¹⁴

Qual se vê,

*a história do copyright sugere que há uma relação essencial entre o nascimento do capitalismo, a transformação dos trabalhos do domínio da arte e da literatura em mercadoria e o nascimento da imprensa.*¹⁵

13 O Estatuto da Rainha Anne ou o "Copyright Act" é conhecido como "An Act for the Encouragement of Learning and for Securing the Property of Copies of Books to the Rightful Owners Thereof" in BETTIG, ob. cit., p. 17 e ss.

14 Na gênese do sistema de proteção da propriedade intelectual, observa-se que os mecanismos de salvaguarda são basicamente os conferidos pelo copyright, que significa "direito de reprodução". O direito de autor europeu-continental ou ainda referenciado como de origem romano-germânica, busca preservar o direito natural do autor, traduzido nos seus direitos morais, que independem de seus direitos patrimoniais.

15 BETTIG, ob. cit.

No início da história da edição dos livros, nenhuma compensação era paga aos autores em virtude do sistema de *copyright* não contemplar tais direitos. Esse sistema surgiu para atender aos interesses da indústria. Daí, a oportuna lição do mestre lusitano José de Oliveira Ascensão:

*Dá-se um privilégio, ou monopólio, ao impressor. O que significa que a ratio da tutela não foi proteger a criação intelectual mas sim, desde o início, proteger os investimentos. A tutela do autor só surge com o estatuto da rainha Ana, na Grã-Bretanha, em 1710. Então o autor apodera-se do privilégio da indústria. Hoje, teremos de perguntar se no final a indústria não se apoderou da tutela do autor.*¹⁶

A INDÚSTRIA CULTURAL

O intercâmbio cultural não é um fenômeno recente. Uma ligeira incursão na antropologia cultural corrobora a assertiva. Porém, para os cientistas sociais, situação nova surgiu com as revoluções industriais que dotaram as nações civilizadas de maquinarias aptas à geração de produtos culturais e de meios de difusão de alta eficiência.

A Escola de Frankfurt, considerando de extrema relevância a questão da industrialização da cultura, voltou sua atenção para o estudo do novo fenômeno, chegando até a cunhar a expressão "indústrias culturais", por volta de 1947. Salienta a Escola os aspectos negativos da modernidade industrial e estigmatiza a larga reprodução dos bens culturais, que ameaça a criação artística.

16 ASCENSÃO, ob. cit. p. 04.

Analistas como Patrice Flichy [1980], Bernard Miège [1986], Gaétan Tremblay [1990] consideram que as indústrias culturais apresentam o seguinte perfil:

a) elas necessitam de grandes meios financeiros; b) utilizam técnicas de reprodução em série; c) trabalham para o mercado, ou, em outras palavras, elas mercantilizam a cultura; e d) são baseadas em uma organização do trabalho do tipo capitalista, isto é, elas transformam o criador em trabalhador e a cultura em produtos culturais.

Por fim, prossegue Jean-Pierre Warnier, em seu brilhante ensaio acerca do assunto, definindo como indústrias culturais as:

que produzem e comercializam discursos, sons, imagens, artes e qualquer outra capacidade ou hábito adquirido pelo homem enquanto membro da sociedade.¹⁷

As indústrias da cultura (imprensa, empresa de radiodifusão ou de fonograma, *softwares*, dentre outras) distinguem-se da cultura em si. É de lamentar que o objetivo de tais empreendimentos é essencialmente o lucro e não a universalização dos bens intelectuais. A lógica do mercado da comunicação e da informação, em que toda criação torna-se uma mercadoria, opõe-se à da liberalização do acesso à informação e aos produtos intelectuais.

A UNESCO, em 1978, firmou uma “Declaração sobre os Princípios Fundamentais” para, além de outros objetivos, cuidar dos órgãos de informação. Entendeu a organização que a experiência histórica demonstra que o

17 WARNIER, Jean-Pierre. *A mundialização da cultura*. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2000. p. 26 e 27.

livre tráfego da informação é essencial para a preservação do conhecimento e evolução da humanidade, quer do ponto de vista cultural, educacional, científico ou tecnológico. Sob o ângulo sociopolítico, é ainda a pedra de toque para a garantia da democracia. Por conseguinte, o livre acesso à informação seria um princípio cardinal para a humanidade.

Divergindo do rumo traçado pela UNESCO, em 1984, os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e Cingapura retiraram-se da Organização, causando à Entidade um déficit na ordem de 25% da sua receita.

O GATT – Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio, fundado por um tratado multilateral que entrou em vigência em 1948, passou então a assumir o papel de estabelecer a política internacional de comércio cultural. E para alcançar a meta, surgiu o TRIPS – “Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”, sobre o qual falaremos mais adiante.

É irrefutável que, em termos econômicos, o Direito de Propriedade Intelectual e a liberdade de acesso às informações e aos bens culturais de uma nação estão em conflito. É inconcebível, na sociedade em que vivemos, na era da revolução cibernética, renunciar-se às indústrias culturais, ainda que o ônus seja considerável, visto os bens intelectuais transformarem-se cada vez mais em mercadorias.

Impõe-se, portanto, por motivos ético-jurídicos, um equilíbrio de forças para atender os interesses dos verdadeiros criadores dos bens, dos seus investidores e da sociedade que se beneficia com a difusão da cultura e com a industrialização dos produtos culturais.

FUNDAMENTO ÉTICO-JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

De início, vale esclarecer que refoge ao objeto deste estudo a discussão se o conhecimento ou a criação intelectual seria ou não passível de domínio ou propriedade, outrora motivo de aceras controvérsias, considerando que a propriedade tem hoje uma função social, razão pela qual recebe o agasalho de praticamente todas as legislações modernas. A título de ilustração é interessante lembrarmos que é atribuída a John Locke a concepção de que o autor tem o direito ao que produz, por força de um direito natural. Há, todavia, quem conteste tal assertiva, baseado no fato da inexistência em suas grandes obras de semelhante juízo.

O fundamento ético-jurídico da propriedade intelectual repousa na necessidade de harmonização entre o uso público da criação intelectual, considerando-se o destino coletivo das obras, ao lado da tutela dos legítimos interesses econômicos do produtor ou da integridade do indivíduo como ente criador.

Entende-se que, ao ter ciência da existência de uma garantia legal para usufruir, por certo tempo, as vantagens da exploração de invenções ou de criações intelectuais, quer em uma obra literária, artística ou científica clássica, ou no mais moderno cd-rom, o homem sente-se estimulado a criar e a empresa a investir nesse campo. Assim, o retorno pecuniário justifica a exclusividade do domínio do criador ou detentor dos direitos intelectuais.

Admitindo-se uma realidade em que os destinatários das legislações de direito de propriedade intelectual, quer

em âmbito interno, ou no campo internacional, fossem os criadores e artistas e houvesse um mecanismo equitativo de recompensa para os criadores ou inventores e um “lucro justo” para os empresários, teríamos o caminho referendado pelo direito e pela moral. Noutros termos, se ao artista independente ou artesanal ou a um pequeno inventor, por exemplo, fosse conferida uma renda para sua subsistência digna, ao menos por um prazo prescrito na lei, efetivamente, o sistema teria uma função social. A retribuição justa ao criador, além de incentivar a produção intelectual, beneficiaria toda a coletividade.

Aliás, por oportuno, é digno de registro o comentário do professor Ascensão:

freqüentemente, o autor, quanto mais criador, menos capaz é de perseguir economicamente os seus interesses. Por outro lado, a vastidão da tutela autoral faz aguçar as cobiças. Intermediários e empresas de exploração multiplicam-se, considerando que o rendimento do direito de autor é algo demasiado importante para ser deixado aos autores.¹⁸

Na mesma linha de raciocínio, argumenta Bettig:

o sistema de copyright não se opera de acordo com este padrão de equidade. Primeiro, as premissas básicas do copyright foram estruturadas quando a produção intelectual, basicamente, a edição de livros se realizava por meio de um

18 ASCENSÃO, ob. cit. p. 9.

processo bem mais simples, envolvendo um autor negociando com o editor para exploração de trabalho literário. Atualmente, a maioria dos trabalhos artísticos e intelectuais exigem diversos criadores, em regime de trabalho de encomenda. Assim, a exploração da propriedade intelectual basicamente recai para o capitalista que possui a máquina e o material para manufaturá-lo e distribuí-lo. Segundo, sempre houve uma tensão entre o caráter monopolista da propriedade intelectual e seu objetivo de permitir o livre trânsito de informações e idéias. O *copyright* busca restringir o uso do trabalho para aqueles que desejam e podem pagar por ele. Esta exclusividade pode gerar o resultado oposto ao buscado pelo sistema, desde que exacerba a lacuna entre o “rico de informações” e o “pobre de informações”. A incorporação das novas tecnologias de comunicação nessa estrutura de oligopólio representa uma barreira ao desenvolvimento do potencial de crescimento, tanto na forma, quanto no alcance da criatividade artística e intelectual. Esses problemas têm origem na estrutura político-econômica da indústria de comunicação.¹⁹

Thomas Macaulay, historiador britânico, em seu pronunciamento no Parlamento Inglês em 1841,

19 BELLIG, ob. cit. p. 7 e 8.

afirmou que: o copyright é um monopólio, e produz todos os efeitos que a humanidade atribui a este privilégio, que seria tornar as mercadorias escassas, supervalorizadas e de baixa qualidade.

Numa visão mais otimista do processo, merece destaque a posição perfilhada por Manoel Pereira dos Santos:

Tradicionalmente, a propriedade intelectual sempre foi vista como um meio de equilíbrio de interesses entre a sociedade e os indivíduos. No entanto, a globalização da economia revelou que os direitos imateriais objetivam estabelecer um equilíbrio ideal, não apenas entre o interesse da coletividade pela difusão do conhecimento, de um lado, e o interesse do particular pela proteção de seu investimento, de outro lado, mas também dos agentes do mercado de forma a assegurar o livre comércio e o desenvolvimento dos povos, seja no ambiente tradicional, seja no ambiente digital.²⁰ (O grifo é nosso).

De nossa parte, resta reconhecer que vislumbrar uma outra realidade, fática no atual momento da humanidade, seria mera utopia. Há, dessa maneira, uma distância incomensurável entre o ideal e o real. Toca à sociedade persistir no combate para a efetivação dos ideais ético-jurídicos.

20 SANTOS, Manoel Pereira. *O Direito Autoral na Internet. Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Um fenômeno chama a atenção da doutrina: a internacionalização do direito de propriedade intelectual.

Já nos idos de 1883, o polêmico jurista belga Edmond Picard, precursor do anarquismo jurídico, afirmava:

*“A produção do espírito, objeto do direito intelectual, destina-se naturalmente a expandir-se para todos os lugares aonde vai a civilização”.*²¹

A institucionalização da propriedade intelectual surgiu no amanhecer do capitalismo e os seus detentores criaram organizações para governar o comércio global no século XIX. No final do século XX, as indústrias que dependem dos direitos autorais, das patentes ou marcas requerem uma infra-estrutura legal que venha transcender as fronteiras nacionais para permitir-lhes tirar vantagem do capital e dos mercados de trabalho. Afinal, é plausível o interesse da indústria, ao ter acesso ao mercado externo, na convicção da efetiva segurança de seus investimentos.

Desde o século XIX, as Uniões de Paris e de Berna demonstram a necessidade das nações em estabelecer uma normatização de cunho internacional. Surgiram, dessa maneira, a Convenção de Paris de 1883, visando à proteção da propriedade industrial e a Convenção de Berna, de 1886, relativa à salvaguarda das obras literárias, artísticas e científicas.

Em 1967 a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, agência especializada da Organização

21 PICARD, Edmond. *Embryologie juridique, nouvelle classification des droits*. *Journal de Droit Privé de Clunet*, t. X, 1883, p. 566, apud BASSO, Maristela, ob. cit. p.19.

das Nações Unidas – ONU, assumiu a liderança internacional na área.

Até dias recentes, os grandes instrumentos multilaterais do Direito de Propriedade Intelectual eram de responsabilidade da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI.

Em 1994, com a Rodada Uruguaia do Gatt (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), a Organização Mundial do Comércio, diante da ineficácia das convenções da OMPI, decidiu estatuir novos rumos para o setor. Por conseguinte, foi criado um acordo exclusivamente dedicado à propriedade intelectual, conhecido como TRIPS – “Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”. Foi a primeira vez que ocorreu a inserção de tais direitos em um acordo de negociações comerciais da OMC. Assim, o TRIPS representa o marco divisor entre o modelo tradicional dos direitos de propriedade intelectual e o modelo atual, que teve início com a criação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI – em 1967. O TRIPS integra o Acordo Constitutivo da OMC, sendo seu anexo nº 4.

Em boa verdade, tal circunstância deve-se à necessidade de controle da pirataria que atinge os países com forte indústria cultural, notadamente os EUA. E os mecanismos de observância dos direitos presentes no tratado de solução de controvérsias da OMC são bem mais rigorosos para os países que não respeitam a legislação de propriedade intelectual. A OMC dispõe de eficientes mecanismos para aplicação e fiscalização dos acordos internacionais e para solução dos conflitos, com uma corte de resolução de litígios. Na inobservância das decisões prolatadas, a sanção aos países é feita mediante embargos comerciais.

À exceção das nações em desenvolvimento, preocupadas com o pagamento de *royalty* basicamente sobre patentes, marcas e *copyright*, os Estados Unidos, Europa, Japão e todos os demais países industrializados admitiram a necessidade de delegar ao GATT, atualmente a Organização Mundial de Comércio, o controle da eficácia dos direitos de propriedade intelectual.

De início, o Brasil e a Índia posicionaram-se contrários ao TRIPS, por considerarem inadequado o esforço de introduzir a propriedade intelectual em um acordo comercial, elevando os padrões de proteção que conduzem a barreiras econômicas que podem, eventualmente, vir a inibir o avanço das tecnologias de ponta nos países em desenvolvimento, sobretudo nas áreas de saúde e alimentos. Grande número de delegações dos países periféricos manifestaram-se ainda no sentido de que a inserção da propriedade intelectual no GATT iria aumentar a tensão no sistema mundial de comércio. Porém, em 30 de dezembro de 1994, por força do Decreto no. 1.355, o país recebeu o Acordo em nossa legislação interna, sem qualquer ressalva.

A globalização da indústria da comunicação e da cultura, imposta pelos “países globalizantes” diante dos “globalizados”, não é algo novo. Como demonstra Robert Sklar, entre 75% e 90% dos filmes exibidos na maioria dos países ocidentais durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial foram produzidos nos Estados Unidos. Forte foi a batalha de Hollywood contra a pirataria no mercado internacional de filmes reproduzidos por videocassetes.²²

.....
22 SKLAR, R. *An International History of the Medium*. New York: H.N Abrams, 1993, p. 94.

O apoio que o governo norte-americano deu à sua indústria de diversão de filme na batalha contra a pirataria relaciona-se com a definição da política externa para controle e exploração do mercado internacional.

Países como Coréia do Sul, Taiwan e Cingapura desejam estabelecer uma adequada estrutura legal de índole nacional que irá apoiar uma economia baseada na exportação de alta tecnologia e de produtos baseados na propriedade intelectual. A Índia e a China estão ainda procurando maior integração no mercado global e, por conseguinte, têm sido compelidas a abrir seu mercado doméstico e adotar uma infra-estrutura legal compatível a um clima de negócios externos. Essas nações concluíram que, para conseguirem investimentos transnacionais e para serem capazes de participar no mercado global emergente, elas terão que se adaptar às regras assentes. Ademais, com o colapso do sistema geopolítico bipolar, todo país no mundo deve estar envolvido com o nível de competição global capaz de proporcionar um favorável clima de investimento.²³ A nação que não aderir a tal conduta está fadada a ser inserida na periferia do mercado mundial.

Os Estados Unidos da América apenas aderiram à Convenção de Berna em março de 1989, recusando-se, todavia, a aceitar os direitos morais em sua legislação de *copyright*. A indústria editorial de livros era a “pedra no caminho” para o acesso dos norte-americanos à Convenção. Registra-se a hipótese de prazo de 100 anos para proteção de editores, contado a partir da primeira edição do livro publicado nos EUA ou no Canadá. Por

.....
23 BETTIG, ob. cit. p. 220-221.

ironia, não são admitidas no TRIPS as disputas referentes à violação dos direitos morais do autor, oriundos do sistema continental europeu.

Os tratados de livre comércio são um importante veículo na política externa americana para avançar nos interesses dos detentores de propriedade intelectual. O *NAFTA-North American Free Trade Agreement* contém as mais rigorosas regras de direito de propriedade intelectual em defesa da indústria de *copyright*, de patentes e de marcas.

A “irresistível vocação internacional do direito de propriedade intelectual”, na feliz expressão da jurista Maristela Basso, veio a desaguar numa feroz apropriação do mercado do conhecimento e da invenção em mãos dos países de economia avançada.

No contexto atual em que vivemos, não podemos fugir dessa lógica. No que tange ao aspecto jurídico, podemos afirmar que dispomos de um aparato legal que, em tese, atende às exigências do comércio internacional. Lamentavelmente, essa legislação “bem trabalhada” carece de eficácia e por ser uma reprodução acrítica de sistemas distintos, torna-se inaplicável às nossas circunstâncias. Desarte, na prática do comércio externo, nossos interesses são postergados. De todo pertinente afigura-se a indagação: quais as causas desse descompasso entre o nosso Brasil-Emergente e as grandes potências mundiais? Não estamos preparados para a ordem mundial extremamente competitiva, à mingua de uma tecnologia autóctone, condição *sine qua non* para um desenvolvimento pleno.

A MODO DE CONCLUSÃO

Urge considerar-se o direito de propriedade intelectual como elemento essencial aos empreendimentos de bens culturais e instituições de pesquisa e desenvolvimento científico. Outro rumo implicaria agravar a nossa dependência externa, condição inerente a todo país periférico.

Exemplo disso é lembrado pelo professor José Eduardo Faria quando afirma que: “os anos 90 representam o advento de uma nova divisão do trabalho mundial e uma nova organização institucional do capitalismo baseada antes na inovação científica do que na produção industrial. Para superar a crise dos anos 70 e 80, os agentes econômicos não tiveram outra alternativa a não ser investir maciçamente em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, para descobrir novos materiais, conceber novos processos e, com isso, reduzir o impacto do custo do petróleo na composição do preço final dos bens e serviços. A ciência se converte, então, num dos fatores privilegiados de produção, alimentando uma competitividade internacional fundada em ganhos crescentes de produtividade e propiciando a retomada do crescimento”.²⁴

No tocante à regulamentação da propriedade intelectual, não devemos perder de vista as suas profundas implicações socioeconômicas e políticas, mais prementes nesse ramo do Direito do que em outros campos da Ciência Jurídica.

.....

24 DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade Intelectual. A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 15.

Dada a nossa condição econômica, é importante ressaltar que há aqueles que defendem leis rígidas para a propriedade intelectual, desde que se torna possível a atração de capital estrangeiro, gerando retomo na área de inovações em pesquisa e desenvolvimento e auxiliando a economia da indústria, do comércio e, enfim, do país. Por outro lado, há os que se posicionam no sentido de que as leis são economicamente ineficientes e trazem prejuízos para os países de economia emergente. Existe, ainda, outro conflito inerente à regulamentação: as nações industrializadas buscam proteger sua indústria contra a pirataria, permitindo o comércio internacional e os países emergentes procurarem mecanismos que estimulem o progresso tecnológico.

Para o progresso científico e tecnológico de uma nação, essencial ao seu desenvolvimento econômico e social, numa conjuntura universal de globalização, é decisivo o papel reservado à legislação dos direitos de propriedade intelectual. Todavia, tal aparato normativo não deve servir de dócil instrumento para estagnação do conhecimento e da ciência, alargando a distância social e cultural entre as nações industrializadas e as periféricas.

Por fim, é de lembrar a advertência do mestre lusitano José de Oliveira Ascensão quando afirma que os países devem estar atentos às negociações internacionais e nelas terem participação ativa, sob pena de se hipotecar o futuro da nação em benefício exclusivo de quem domina o progresso tecnológico.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira 2 ed. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BETTI, Ronald V. **Copyright Culture The Political Economy of Intellectual Property**. Colorado: Westview Press, 1996.

CORDEIRO, Pedro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos**. Lisboa: Editora Coimbra, 1998.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual A tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GRECO, Marco Aurélio; SILVA MARTINS, Ives Gandra (coordenadores). **Direito e Internet Relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAUSER, Arnold. **The Social History of Art**. New York: Alfred Knopf, 1952.

HAZEN, Victor. The Origins of Copyright in Ancient Jewish Law. **Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.**, 18:1, 1970.

MUJALI, Walter. **A Propriedade Industrial Nova Lei de Patentes**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

P AESANI, Liliana. **Direito e Internet, Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2000.

PICARELLI, Márcia F.S.; ARANHA, Márcio L. (organizadores). **Política de Patentes em Saúde Humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

PLOMAN, E. e HAMILTON, L. Clark. **Copyright: Intellectual Property in the Information Age**. London, Routledge and Kegan Paul, 1980.

SKLAR, R. **An International History of the Medium**. New York: H.N.Abrams, 1993.

TAKACH, George S. **Computer Law**. Toronto: Irwin Law, 1998.

VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade Intelectual de Setores Emergentes**. São Paulo: Atlas, 1996.

WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. São Paulo: Edusc, 2000.

A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO PARA AFERIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Cláudia Oliveira Pachú

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Assistente da Universidade Federal de Campina Grande.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS. 2. A TEORIA PURA DO DIREITO E O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE. 3. A RELAÇÃO ENTRE VALIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA. 4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE ORDEM METODOLÓGICA. 5. REFERÊNCIAS

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Muito se fala nas práxis e na teoria constitucional hodierna sobre o problema das inconstitucionalidades. Porém, um dos pré-requisitos essenciais para compreender como se manifesta tal fenômeno é entender a concepção kelseniana sobre o escalonamento hierárquico das normas jurídicas. Ressalte-se que a questão das inconstitucionalidades se encontra, intrinsecamente, relacionada ao problema da validade destas e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico como um todo. É sob o prisma formal, que Kelsen concebeu o conceito de inconstitucionalidade, bem como o de validade. Mas, será que o critério hierárquico-normativo é o suficiente para caracterizar tais fenômenos?

Preocupado em elaborar conceitos gerais e demonstrar o que há de comum em todos os ordenamentos jurídi-

cos estaduais, Kelsen abstém-se de falar de um conteúdo jurídico, comum a todos os povos. Ao invés disso, põe-se a elaborar uma teoria jurídica preocupada, unicamente, com a forma, sob a qual se apresentam as manifestações jurídicas. E chega a concluir que o que há de comum e perene no direito são as normas, haja vista a inexistência de um requisito de conteúdo mínimo no direito positivo. Dessa forma, afirmava ele a possibilidade de se conhecer o jurídico, através de um método puro, denominado “normológico”. Terá Kelsen conseguido elaborar uma teoria jurídica compatível com o fenômeno jurídico nos moldes em que se apresenta na realidade? Seu conceito de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de validade será parâmetro auto-suficiente para se detectar uma norma inconstitucional?

Mencionada perspectiva de análise do fenômeno jurídico das inconstitucionalidades será complementada pelo prisma pragmático. A teoria e a práxis, idealidade e realidade, serão estudadas, como forma de demonstrar que as inconstitucionalidades, a título de manifestação do jurídico, não se comprazem unicamente com sua teoria, com sua idealidade, mas têm seu lume no mundo da realidade (VILANOVA, 1979:6).

2. A TEORIA PURA DO DIREITO E O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

As inconstitucionalidades, segundo a concepção de KELSEN(1992:130), são oriundas das incompatibilidades verticais ocorrentes dentro de um determinado ordenamento jurídico. O escalonamento hierárquico das

normas jurídicas é o pressuposto necessário para se poder falar de “inconstitucionalidade”, na visão teórico-jurídica de Kelsen. Da norma fundamental, a *grundnorm*, pressuposta como o postulado básico de qualquer sistema normativo, chega-se à constituição como o nível mais alto dentro do sistema. O conceito de constituição é aqui empregado num prisma material, significando um conjunto de regras que regulam a criação de outras normas jurídicas, bem como, até certo ponto, também o conteúdo dessas normas.

É necessário ressaltar que o Direito, no entendimento de Kelsen, é visto como um sistema normativo de tipo dinâmico, sendo a norma fundamental um pressuposto lógico-transcendental. Neste contexto, “transcendental” quer dizer possibilidade do conhecimento ou de uso *a priori* (DINIZ, 1992:2). Essa norma fundamental possui a função de estabelecer a unidade do conjunto de normas postas, dando-lhes validade, uma vez que são derivadas de uma mesma e única norma (KELSEN, 1994:217). Kelsen distingue o sistema dinâmico de normas do sistema estático. Neste, o “fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental”(KELSEN, 1994:217), enquanto naquele, a norma fundamental possui a função de instituir um fato produtor de normas, ou seja, uma regra de acordo com a qual devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado.

Logo, diante do princípio da unidade do sistema normativo jurídico, não se pode admitir a contradição de uma norma superior com uma norma infra-ordenada, pois isso violaria outro princípio, qual seja, o princípio lógico da não-contradição das proposições jurídicas.

Afirma NEVES (1988:25) que a razão de unidade do sistema jurídico é o seu núcleo, funcionando como critério de pertinência das demais normas do ordenamento jurídico. Vale ressaltar que o princípio da unidade do ordenamento jurídico está sendo abordado, em virtude de sua relação intrínseca com o problema da hierarquia das normas jurídicas. Segundo BOBBIO(1995:49), é a norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, ou seja, faz com que um complexo de normas oriundas de diversos órgãos seja considerado um conjunto unitário que pode ser denominado “ordenamento”. Bobbio, apesar de seguir o pensamento de Kelsen, em alguns aspectos, traz inovações à teoria geral do direito e se utiliza, inclusive, de novos termos, ligando, por exemplo, o problema da unidade do ordenamento jurídico ao das fontes do direito, definindo-as como fatos ou atos, dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas, concluindo que a unidade do ordenamento jurídico repousa no fato de que, direta ou indiretamente, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma, que é a norma fundamental. Por sua vez, afirma que “de um ponto de vista histórico, este, da hierarquia das fontes, não é o único modo de determinar a superioridade e a inferioridade das normas”.

KELSEN (1992:36) define a validade de uma norma como a sua existência específica, querendo afirmar que determinada norma possui força obrigatória para aqueles cuja conduta visa a regular. Portanto, validade, existência e vigência são usadas como sinônimas por Kelsen.

A validade de uma norma, ou sua “existência”, se encontra condicionada por alguns fatos: a eficácia global da ordem jurídica, à qual pertence à norma; o fato criador

da norma; bem como, a ausência de algum fato anulando a norma (KELSEN, 1992:51,116). Uma norma não é válida por ser eficaz, pois a validade de uma norma é sempre uma norma e, não, um fato. Logo, a procura de validade de uma norma deve reportar-se sempre à outra norma e, assim, sucessivamente, até chegarmos à Constituição, como o estágio mais alto de uma ordem jurídica. Porém, a indagação por que a Constituição é válida deve ser respondida nos termos da existência de uma *norma fundamental* pressuposta, que lhe concede validade. KELSEN (1992:116) denomina de norma “fundamental” aquela cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Essa norma possui também a função de dizer da “pertinência” ou “não pertinência” de determinada norma ao sistema jurídico. Isso é possível, ao questionar-se se esta norma deriva ou não daquela norma fundamental pressuposta como válida. Nesse sentido assevera:

O fundamento de verdade de um enunciado de 'ser' é a sua conformidade à realidade de nossa experiência sensorial; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental.

KELSEN (1994:217-219;1992:116-117) distingue, ainda, dois tipos de sistemas de normas, conforme a natureza do fundamento de validade, a saber: sistema estático e sistema do tipo dinâmico. Aquele é caracterizado pelo fato de a validade das normas ter como pressuposto a conformidade de seu conteúdo com a norma fundamental,

enquanto o fundamento de validade de uma norma pertencente a um sistema do tipo dinâmico repousa no fato de ela ter sido criada, de acordo com o que prescreve a norma fundamental desse sistema. Portanto, neste último, a norma fundamental não possui, como conteúdo, senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora. Kelsen (1994:221) afirma que uma ordem jurídica tem, essencialmente, um caráter dinâmico, uma vez que sua validade não fica condicionada ao seu conteúdo, ou seja, por este poder ser deduzido através de um raciocínio lógico da norma fundamental, mas, antes, porque o ato de criação das normas jurídicas, nesse sistema, está sujeito a um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer positivas, elementos de uma ordem positiva. Nesse sentido, afirma:

As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior (KELSEN, 1992:117).

Portanto, essa autorização tem um caráter de delegação, sendo a autoridade, sob a qual repousa o poder de criar normas, denominada de autoridade inferior em relação àquela que possui o poder de delegar tal autorização. Uma norma é uma norma jurídica válida, se, apenas, tiver sido criada, segundo uma regra definida. Logo, uma norma, assim criada, pertencerá ao sistema jurídico referido, somente deixando de pertencer ao mesmo, se for anulada de um modo determinado ou, em última análise, pela norma fundamental (KELSEN, 1992:118).

Kelsen afirma que o direito é sempre direito positivo, uma vez que não se fundamenta em uma norma fundamental, presumivelmente, auto-evidente, por ser a expressão da “vontade da natureza” ou da “razão”, mas, antes, por ser criado e anulado por seres humanos, portanto, independente da moralidade e de outros sistemas similares.

Após a exposição feita sobre o dogma da unidade do sistema jurídico, bem como da hierarquia das fontes jurídicas, é necessário abordar o problema da lei inconstitucional. Tal fenômeno se manifesta quando, de acordo com a constituição, uma norma pode, por algum motivo especial, ser anulada de outro modo que não o comum (KELSEN, 1992:15). Foge, dessa maneira, ao princípio da *lex posterior derogat priori* ou, ainda, da *desuetudo*, como forma de anulação da lei. A própria constituição pode prever um órgão que tenha a incumbência de decidir sobre o desrespeito ou não às prescrições que regulam a criação legislativa, bem como, até certo ponto, ao seu conteúdo. Logo, uma norma somente pode ser considerada inválida e, portanto, anticonstitucional, quando houver a desconstituição dessa norma pelo órgão encarregado de tal mister, segundo Kelsen.

3. A RELAÇÃO ENTRE VALIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA

Tentar-se-á, aqui, estabelecer a relação entre uma norma jurídica inconstitucional e a sua validade, partindo do pensamento kelsiano, em que a validade é definida como a existência específica de uma norma. Segundo Kelsen (1992:35-36), “dizer que uma norma é válida é

dizer que presumimos sua existência...”. Portanto, não distinguiu “existência” de validade, enquanto conformidade à norma fundamental do sistema jurídico.

Tal distinção é, todavia, feita por NEVES (1988:41), com fundamento na doutrina de Pontes de Miranda que diferencia existência de validade dos atos jurídicos. Porém, o vocábulo “existência” empregado por Pontes de Miranda foi substituído por “pertinência”, por Neves. Nesse sentido, afirma aquele autor:

... a ‘existência’ de um ato ou norma jurídica, constitui-se por sua entrada no mundo jurídico, podendo isto ocorrer regular ou irregularmente. Quando o ato jurídico ou a norma jurídica entra defeituosamente no ‘mundo jurídico’, há ‘existência’ sem validade (...) os atos e normas jurídicas são válidos quando produzidos regularmente pelos agentes do sistema (órgãos em sentido estrito ou particulares). A invalidade resulta da integração ao mundo jurídico de atos e normas produzidos defeituosamente pelos agentes do sistema

(NEVES, 1988:41,42). Uma norma irregular que ingressou no ordenamento jurídico somente deixa de integrá-lo por invalidade ou se for revogada.

BOBBIO (1995:60) também não distingue entre “pertinência” e “validade”. Para ele, uma norma existe como norma jurídica, à medida que pertence a um ordenamento jurídico. É a primeira condição para se afirmar que uma norma é válida é que ela tenha advindo de uma autoridade, com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas. A validade da norma é representada pela

possibilidade de ser reinserida, não importando, se através de um ou mais graus, na norma fundamental.

Para KELSEN (1992:118), a validade de uma norma jurídica não tem relação com o seu conteúdo, mas, sim, com o fato de ter sido criada de acordo com uma regra definida. Assim, afirma: “A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político.”

Porém, além do fundamento de validade de uma norma, Kelsen também fala em “condição” de validade. Tal distinção entre “fundamento” e “condição” tem por base a diferenciação levada a efeito, na sua teoria pura do direito, entre fato e norma. Para o Mestre de Viena o fundamento de validade de uma norma somente pode advir de outra norma, mas não de um fato. Um “dever-ser” não pode ter por fundamento um “ser”.

Portanto, a fundamentação da validade do ordenamento jurídico-positivo deve ser exclusivamente formal. Daí, a concepção da teoria da norma fundamental para não ter de fundamentar a ordem jurídica em fatos axiológicos, sociológicos, políticos, econômicos, psicológicos, etc, mantendo a neutralidade científica com esse *a priori* lógico (DINIZ, 1995:143). Kelsen não conseguiu, entretanto, manter a disparidade entre as duas categorias, a saber: “ser” e “dever-ser”, pois, mesmo numa visão intra-sistêmica, percebemos que o fato é que dá sustentação à norma fundamental. Somente se pode elaborar a norma fundamental, se houver uma base empírica, sob pena de se pressupor uma norma fundamental que não corresponda à realidade fática. Tal relação, entre validade e eficácia, somente tem razão de ser quando se aborda o direito numa perspectiva dinâmica, pois sob o prisma de uma teoria estática apenas a validade do direito se encontra em questão.

dizer que presumimos sua existência...”. Portanto, não distinguiu “existência” de validade, enquanto conformidade à norma fundamental do sistema jurídico.

Tal distinção é, todavia, feita por NEVES (1988:41), com fundamento na doutrina de Pontes de Miranda que diferencia existência de validade dos atos jurídicos. Porém, o vocábulo “existência” empregado por Pontes de Miranda foi substituído por “pertinência”, por Neves. Nesse sentido, afirma aquele autor:

... a ‘existência’ de um ato ou norma jurídica, constitui-se por sua entrada no mundo jurídico, podendo isto ocorrer regular ou irregularmente. Quando o ato jurídico ou a norma jurídica entra defeituosamente no ‘mundo jurídico’, há ‘existência’ sem validade (...) os atos e normas jurídicas são válidos quando produzidos regularmente pelos agentes do sistema (órgãos em sentido estrito ou particulares). A invalidade resulta da integração ao mundo jurídico de atos e normas produzidos defeituosamente pelos agentes do sistema

(NEVES, 1988:41,42). Uma norma irregular que ingressou no ordenamento jurídico somente deixa de integrá-lo por invalidade ou se for revogada.

BOBBIO (1995:60) também não distingue entre “pertinência” e “validade”. Para ele, uma norma existe como norma jurídica, à medida que pertence a um ordenamento jurídico. E a primeira condição para se afirmar que uma norma é válida é que ela tenha advindo de uma autoridade, com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas. A validade da norma é representada pela

possibilidade de ser reinserida, não importando, se através de um ou mais graus, na norma fundamental.

Para KELSEN (1992:118), a validade de uma norma jurídica não tem relação com o seu conteúdo, mas, sim, com o fato de ter sido criada de acordo com uma regra definida. Assim, afirma: “A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político.”

Porém, além do fundamento de validade de uma norma, Kelsen também fala em “condição” de validade. Tal distinção entre “fundamento” e “condição” tem por base a diferenciação levada a efeito, na sua teoria pura do direito, entre fato e norma. Para o Mestre de Viena o fundamento de validade de uma norma somente pode advir de outra norma, mas não de um fato. Um “dever-ser” não pode ter por fundamento um “ser”.

Portanto, a fundamentação da validade do ordenamento jurídico-positivo deve ser exclusivamente formal. Daí, a concepção da teoria da norma fundamental para não ter de fundamentar a ordem jurídica em fatos axiológicos, sociológicos, políticos, econômicos, psicológicos, etc, mantendo a neutralidade científica com esse *a priori* lógico (DINIZ, 1995:143). Kelsen não conseguiu, entretanto, manter a disparidade entre as duas categorias, a saber: “ser” e “dever-ser”, pois, mesmo numa visão intra-sistêmica, percebemos que o fato é que dá sustentação à norma fundamental. Somente se pode elaborar a norma fundamental, se houver uma base empírica, sob pena de se pressupor uma norma fundamental que não corresponda à realidade fática. Tal relação, entre validade e eficácia, somente tem razão de ser quando se aborda o direito numa perspectiva dinâmica, pois sob o prisma de uma teoria estática apenas a validade do direito se encontra em questão.

Como considerar a norma fundamental um *a priori* lógico, independente da experiência, se, quando ocorre o fenômeno da revolução, a norma fundamental pressuposta deve, necessariamente, dar lugar a outra norma fundamental? Como explicar essa íntima conexão entre o fato e a norma fundamental de um sistema? Não seria o caso de a norma fundamental ter por razão um fato? Kelsen tenta, de toda forma, expulsar tal consideração de sua teoria e é, por esse motivo, que distingue entre “condição” e “fundamento”. O fato constitui-se “condição” da norma fundamental, mas não seu “fundamento”, pois a norma fundamental não possui fundamento de validade, porque sua validade é presumida. Parece que a teoria pura do Direito, ao tentar separar os fatos do Direito, acabou por demonstrar, ainda mais, que o Direito tem, por fundamento último, não uma norma, tida como fundamental, mas sim, um fato da ordem do ser.

O que se pretende demonstrar é a irrealidade, a artificialidade de um método puro reclamado para o conhecimento do direito. Não se pode olvidar a força do irracional, referindo-se à força da vida comum, da *Lebenswelt*, para a objetivação do direito lógico, racional dos dogmáticos (REALE, 1984:55).

A validade de uma norma jurídica não reside, apenas, em haver sido elaborada pela autoridade designada como competente por uma norma superior, em referência à outra norma que lhe é inferior. Não, a validade de uma norma jurídica também está relacionada com a experiência “pré-categorial”, ou seja, com a vida comum dos homens em suas renovadas e constantes relações espontâneas. A “experiência categorial”, representada pelo mo-

mento normativo, não pode ser indiferente à “experiência pré-categorial”. Até mesmo no momento de concretização das normas jurídicas, é visível a influência dos fatores exógenos, como o político e o econômico.

Afirma REALE (1984:56) que:

A semântica jurídica, em suma, como teoria das mudanças dos conteúdos significativos das normas de direito, independentemente da inalterabilidade de seu enunciado formal, não se explica apenas em função do caráter expansivo ou elástico, próprio dos modelos jurídicos, mas, sobretudo, em virtude das variações operadas ao nível da Lebenswelt, na qual o Direito afunda as suas raízes.

Portanto, a norma em si, enquanto racionalização do Direito, não deixa de revelar, constantemente, o seu conteúdo “irracional”. A norma fundamental, sem conteúdo, é uma pretensão de Kelsen que não chega a ser alcançada em sua plenitude. De todo fato, é possível deduzir um conteúdo e, assim, toda experiência fática condicionadora do jurídico traz em si um conteúdo. Não existe um fato vazio de sentido. Isso não quer dizer que o conteúdo da norma fundamental possa servir como parâmetro lógico-dedutivo para elaboração das demais normas do sistema, mas apenas que, até certo ponto, o conteúdo das normas jurídicas está limitado pelo que prescreve a norma fundamental, pois não se crê numa norma fundamental unicamente disciplinadora da autoridade encarregada de elaborar as normas jurídicas de determinada ordem jurídica. A validade das normas jurídicas, na teoria kelseniana, é formal, pois se baseia, unicamente, na legitimidade da autoridade da qual emana a norma, bem como na necessida-

de de formular a idéia de sistema do ordenamento jurídico pois, como é sabido, a realidade não é sistemática. Logo, o sistema jurídico é uma criação da ciência do direito, não, todavia, do direito positivo. "Intra-sistematicamente" é a norma fundamental que concede unidade e validade a um sistema de normas, enquanto "extra-sistematicamente" possui uma função postulatória, ou seja, constitui-se em um postulado que possibilita o conhecimento jurídico-científico.

Kelsen, porém, não deixa de prever, no âmbito de sua teoria, a validade fática, uma vez que um mínimo de eficácia, isto é, um mínimo de adequação das condutas humanas as quais visa a regular, lhe é exigido ou, se tal não ocorrer, a aplicação da norma pelo órgão competente. No entanto, esclarece KELSEN (1992:124) que a ordem jurídica total é que precisa ser eficaz para que se possa falar de validade de suas normas.

Para NEVES (1988:51), no entanto, a eficácia jurídica de uma norma "significa a possibilidade de sua aplicação jurídica, ou melhor, a sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade". Tal não é, entretanto, o conceito de eficácia de Kelsen. Para ele, a eficácia significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas, correspondendo, assim, ao conceito sociológico de eficácia.

É na relação entre eficácia e validade, sob a ótica da teoria pura do Direito, que recaem os questionamentos sobre a possibilidade de um "método puro" para conhecer o jurídico. Será possível, mesmo sob uma perspectiva apenas metodológica, separar os fatos do direito? Kelsen procura, a todo custo, formular um método próprio para a ciência jurídica e, daí, nasce seu método normológico. Por isso mesmo, seus conceitos jurídicos são lógico-for-

mais. Não se preocupa com o conteúdo do direito, gozando o Direito de uma relativa autonomia gnoseológica, no seu entender (Cf. LARENZ, 1969:83).

A validade ou vigência, para ele, estaria localizada no plano do "dever-ser", enquanto a eficácia da norma teria sua localização no plano do "ser". Portanto, "ser" e "dever-ser" são duas categorias que não se identificam, nem são pressupostas uma da outra, segundo Kelsen. Porém, como explicar seu conceito de validade dissociado do seu conceito de eficácia? Como compreender o termo "eficácia" empregado por Kelsen? Ou melhor, como deve ser compreendido o vocábulo "aplicação" na sua definição de eficácia? (Cf. ATALIBA, 1970:35-44).

O que se pretende, ante o exposto, é afirmar que a ineficácia de uma norma não está, necessariamente, vinculada à sua validade. Podem-se encontrar normas constitucionais, formalmente válidas, porém, que não produzem efeitos, por não serem aplicadas devido à insuficiência dos elementos normativos previstos nas mesmas, conforme expõe Ataliba, utilizando-se dos ensinamentos de Meirelles Teixeira. E essas normas constitucionais, geralmente, são encontradas em grande número, face ao caráter geral e abstrato de uma boa parcela dos preceitos constitucionais, haja vista que o entendimento prevalecente na doutrina constitucional é o de que a Constituição deve ser uma espécie de moldura para as demais normas do ordenamento jurídico. Portanto, essas normas não são aplicadas pelos órgãos jurídicos competentes, segundo a ordem jurídica, porque lhes faltam elementos integrativos que somente podem ser buscados em normas complementares, cuja competência, para estabelecê-las é do Legislati-

vo e não, do Judiciário. Uma norma, não podendo ser aplicada pelo órgão jurídico competente é, conseqüentemente, ineficaz, visto que, não sendo aplicada, não produzirá os efeitos previstos.

A validade da norma refere-se, conforme ensina NEVES (1988:51), à “correção ou defeituosidade do ato de produção normativa, enquanto a eficácia diz respeito aos efeitos fáticos irradiados da norma válida ou inválida”. Porém, lembra ainda Neves que a validade pressupõe a pertinência e, assim, a efetividade global do ordenamento constitui-se em condição de validade das normas, em geral, e a eficácia, em particular, de cada uma delas é condição de sua validade específica. A pertinência, segundo Neves, tem a ver com a competência do órgão do qual emana a norma, conforme o núcleo normativo originário ou, segundo BOBBIO (1995:45), de acordo com as fontes do Direito estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Para se falar de eficácia de uma norma jurídica, é preciso indagar se a mesma preencheu todas as condições intra-sistêmicas que lhe permitam produzir seus efeitos jurídicos específicos. Para Neves, a eficácia da lei abrange as seguintes situações: observância, aplicação, execução e uso do Direito. A execução da lei, conforme enfatiza KELSEN (1994), encontra-se estreitamente vinculada a sua aplicação, embora nem sempre esta última esteja ligada a um ato de execução, como se dá no caso da jurisdição voluntária.

Em geral, pode-se falar de eficácia no sentido técnico-jurídico como “concretização normativa do texto legal”. Portanto, nem a pertinência, nem a validade de uma norma se confundem com a sua eficácia. Na teoria kel-

seniana, entretanto, os conceitos de validade e pertinência se confundem, daí, a afirmativa da impossibilidade de encontrarem-se contradições lógicas no ordenamento jurídico e, portanto, normas inválidas no seu interior, uma vez que toda norma somente pertence ao sistema e possui validade, se houver sido elaborada em conformidade com o que prescreve a norma fundamental do sistema e, somente, deixa de pertencer ao sistema, se for expulsa através de ato específico de órgão do sistema, ou caso ocorra sua revogação. Portanto, vigora o princípio geral de que uma norma jurídica é sempre válida, não podendo ser nula, porém, podendo ser anulada, na teoria de Kelsen. Fala, contudo, em diferentes graus de anulabilidade, conforme possua efeitos retroativos ou não, bem como no que tange à legitimidade atribuída pela ordem jurídica para dizer de sua nulidade.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE ORDEM METODOLÓGICA

Kelsen, rejeitando o *sincretismo metodológico*, preferiu optar pela “neutralidade” e pela “autonomia científica” da ciência jurídica a ter que empregar diversos métodos emprestados de outras ciências e, dessa forma, abdicar de sua autonomia.

Porém, o que se visualiza na ciência hodierna é o emprego de diferentes métodos no âmbito de uma mesma ciência sem, todavia, perda da sua autonomia científica. E se questiona se não é preferível o mesclamento de métodos e o conhecimento global do

vo e não, do Judiciário. Uma norma, não podendo ser aplicada pelo órgão jurídico competente é, conseqüentemente, ineficaz, visto que, não sendo aplicada, não produzirá os efeitos previstos.

A validade da norma refere-se, conforme ensina NEVES (1988:51), à “correção ou defeituosidade do ato de produção normativa, enquanto a eficácia diz respeito aos efeitos fáticos irradiados da norma válida ou inválida”. Porém, lembra ainda Neves que a validade pressupõe a pertinência e, assim, a efetividade global do ordenamento constitui-se em condição de validade das normas, em geral, e a eficácia, em particular, de cada uma delas é condição de sua validade específica. A pertinência, segundo Neves, tem a ver com a competência do órgão do qual emana a norma, conforme o núcleo normativo originário ou, segundo BOBBIO (1995:45), de acordo com as fontes do Direito estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Para se falar de eficácia de uma norma jurídica, é preciso indagar se a mesma preencheu todas as condições intra-sistêmicas que lhe permitam produzir seus efeitos jurídicos específicos. Para Neves, a eficácia da lei abrange as seguintes situações: observância, aplicação, execução e uso do Direito. A execução da lei, conforme enfatiza KELSEN (1994), encontra-se estreitamente vinculada a sua aplicação, embora nem sempre esta última esteja ligada a um ato de execução, como se dá no caso da jurisdição voluntária.

Em geral, pode-se falar de eficácia no sentido técnico-jurídico como “concretização normativa do texto legal”. Portanto, nem a pertinência, nem a validade de uma norma se confundem com a sua eficácia. Na teoria kel-

seniana, entretanto, os conceitos de validade e pertinência se confundem, daí, a afirmativa da impossibilidade de encontrarem-se contradições lógicas no ordenamento jurídico e, portanto, normas inválidas no seu interior, uma vez que toda norma somente pertence ao sistema e possui validade, se houver sido elaborada em conformidade com o que prescreve a norma fundamental do sistema e, somente, deixa de pertencer ao sistema, se for expulsa através de ato específico de órgão do sistema, ou caso ocorra sua revogação. Portanto, vigora o princípio geral de que uma norma jurídica é sempre válida, não podendo ser nula, porém, podendo ser anulada, na teoria de Kelsen. Fala, contudo, em diferentes graus de anulabilidade, conforme possua efeitos retroativos ou não, bem como no que tange à legitimidade atribuída pela ordem jurídica para dizer de sua nulidade.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE ORDEM METODOLÓGICA

Kelsen, rejeitando o *sincretismo metodológico*, preferiu optar pela “neutralidade” e pela “autonomia científica” da ciência jurídica a ter que empregar diversos métodos emprestados de outras ciências e, dessa forma, abdicar de sua autonomia.

Porém, o que se visualiza na ciência hodierna é o emprego de diferentes métodos no âmbito de uma mesma ciência sem, todavia, perda da sua autonomia científica. E se questiona se não é preferível o mesclamento de métodos e o conhecimento global do

vo e não, do Judiciário. Uma norma, não podendo ser aplicada pelo órgão jurídico competente é, conseqüentemente, ineficaz, visto que, não sendo aplicada, não produzirá os efeitos previstos.

A validade da norma refere-se, conforme ensina NEVES (1988:51), à “correção ou defeituosidade do ato de produção normativa, enquanto a eficácia diz respeito aos efeitos fáticos irradiados da norma válida ou inválida”. Porém, lembra ainda Neves que a validade pressupõe a pertinência e, assim, a efetividade global do ordenamento constitui-se em condição de validade das normas, em geral, e a eficácia, em particular, de cada uma delas é condição de sua validade específica. A pertinência, segundo Neves, tem a ver com a competência do órgão do qual emana a norma, conforme o núcleo normativo originário ou, segundo BOBBIO (1995:45), de acordo com as fontes do Direito estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Para se falar de eficácia de uma norma jurídica, é preciso indagar se a mesma preencheu todas as condições intra-sistêmicas que lhe permitam produzir seus efeitos jurídicos específicos. Para Neves, a eficácia da lei abrange as seguintes situações: observância, aplicação, execução e uso do Direito. A execução da lei, conforme enfatiza Kelsen (1994), encontra-se estreitamente vinculada a sua aplicação, embora nem sempre esta última esteja ligada a um ato de execução, como se dá no caso da jurisdição voluntária.

Em geral, pode-se falar de eficácia no sentido técnico-jurídico como “concretização normativa do texto legal”. Portanto, nem a pertinência, nem a validade de uma norma se confundem com a sua eficácia. Na teoria kel-

seniana, entretanto, os conceitos de validade e pertinência se confundem, daí, a afirmativa da impossibilidade de encontrarem-se contradições lógicas no ordenamento jurídico e, portanto, normas inválidas no seu interior, uma vez que toda norma somente pertence ao sistema e possui validade, se houver sido elaborada em conformidade com o que prescreve a norma fundamental do sistema e, somente, deixa de pertencer ao sistema, se for expulsa através de ato específico de órgão do sistema, ou caso ocorra sua revogação. Portanto, vigora o princípio geral de que uma norma jurídica é sempre válida, não podendo ser nula, porém, podendo ser anulada, na teoria de Kelsen. Fala, contudo, em diferentes graus de anulabilidade, conforme possua efeitos retroativos ou não, bem como no que tange à legitimidade atribuída pela ordem jurídica para dizer de sua nulidade.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE ORDEM METODOLÓGICA

Kelsen, rejeitando o *sincretismo metodológico*, preferiu optar pela “neutralidade” e pela “autonomia científica” da ciência jurídica a ter que empregar diversos métodos emprestados de outras ciências e, dessa forma, abdicar de sua autonomia.

Porém, o que se visualiza na ciência hodierna é o emprego de diferentes métodos no âmbito de uma mesma ciência sem, todavia, perda da sua autonomia científica. E se questiona se não é preferível o mesclamento de métodos e o conhecimento global do

fenômeno jurídico, ao invés de um monismo metodológico que conduza a conhecer apenas parte do material jurídico (Cf. SMEND, 1985:48). Sim, porque Kelsen não abandona, em nenhum momento de seus estudos, a preocupação com o caráter multifacetado do jurídico. Seus livros *A Democracia* e *O Problema da Justiça*, dentre tantas outras obras, falam pelo Mestre de Viena o que ele não quis falar através da elaboração de sua Teoria Pura do Direito.

Sendo assim, percebe-se que o método normológico não pretende conhecer o Direito total, mas sim, apenas, uma dimensão do jurídico: a normativa. Seu método nos conduz a conhecer a impureza do Direito e, no entanto, nos leva a obter o conhecimento do Direito através de um método puro, ou seja, um método que tenta suprimir os fatos e os valores na manifestação do jurídico e que, todavia, deixa transparecer através de seu elemento mais evidente, a saber, a norma, a existência dessas outras dimensões do jurídico.

Portanto, o conceito elaborado por Kelsen, de validade, se coaduna perfeitamente com sua Teoria Pura do Direito. Porém, como considerar uma norma que contraria a Constituição em qualquer dos seus aspectos como, presumidamente, válida? E a resposta já foi dada neste trabalho, simplesmente, apoiando-se somente no formal, sem levar em consideração o conteúdo.

Daí porque, para a Teoria de Kelsen não existe nulidade *ab initio*, mas, sim, anulabilidade com efeitos retroativos, pois sustenta a tese da não possibilidade da existência de normas inválidas no ordenamento jurídico.

Assim, falar-se de uma lei válida “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Uma lei desse tipo, conforme afirma KELSEN (1994:300), é aquela que, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não apenas pelo princípio *lex posterior derogat priori*, mas também por meio de um processo especial previsto naquela. Porém, enquanto não for revogada, continua sendo válida e, assim, conforme a Constituição. Daí porque, Wroblewski (Cf. AARNIO) afirma que o conceito de validade de Kelsen é unicamente sistêmico, uma vez que tenta afastar-se de uma validade efetiva (ou eficácia), assim como de uma validade ética (ou fundamento axiológico), pois, de acordo com a “Teoria Pura do Direito” *ser e dever-ser* são categorias diferentes. No entanto, Kelsen não conseguiu, de forma cabal, levar tal distinção na sua teoria, nos moldes em que mencionada diferenciação foi elaborada por Kant. Seu conceito de validade demonstra uma relação implícita com o de eficácia, haja vista que a validade formal do ordenamento jurídico depende da eficácia global deste.

Sua teoria não vem sendo adotada pelo Direito Constitucional Brasileiro, pois a declaração de inconstitucionalidade, ocorra em sede de fiscalização concentrada, ou difusa, exceto na hipótese de representação interventiva, implica, em regra, a pronúncia de nulidade do ato atacado. A decisão judicial, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominante, possui caráter unicamente declaratório e não constitutivo negativo (Cf. CLÈVE, 1995:163).

O ato judicial não desconstitui a lei, mas, simplesmente, reconhece a existência de um ato inquinado de vício. E, por esta razão, a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.

De acordo com a fundamentação doutrinária brasileira, acatar a doutrina de Kelsen seria valorizar mais a lei do que a Constituição, uma vez que durante o período de vigência daquela, teria sua eficácia, necessariamente, suspensa. Segundo BUZAID (1958:131),

uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida [...]. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. ESPOSITO observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não têm validade' [grifo nosso]. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula...

A sanção de nulidade e não de anulabilidade do ato normativo viciado constitui um princípio constitucional implícito. O dogma da nulidade absoluta do ato normativo sofre, entretanto, segundo CLÈVE (1995:168), atenuações, em virtude do princípio da justiça, da segurança jurídica, da paz social, etc.

A concepção de que a norma inconstitucional poderá ter, no entanto, efeito prospectivo se encontra positivado no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que dispõe:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Percebe-se, portanto, que dogmas têm que ceder diante do fático, pois, não é possível um pensamento exclusivamente dogmático na jurisdição constitucional. Os órgãos encarregados de interpretar e aplicar os textos constitucionais se deparam com a força do fático e se conscientizam do vazio, do vácuo existente na lei. Logo, necessitam recorrer, constantemente, à criatividade para aplicar o Direito, ou seja, ao fenômeno jurídico global, abrangendo o fato, o valor e a norma.

5. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonable: la justification en droit**. Paris: L.G.D.J./E. Story-Scientia, s/d.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 35-44, jul./set., 1970.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. **Direito natural/Direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VILANOVA, Lourival. Teoria Jurídica da Revolução – Anotações à margem de Kelsen. **Separata do Anuário do Mestrado**, Recife, n. 2 e 3, 1979, v. II e III.

O PERITO E AS PERÍCIAS – SUA IMPORTÂNCIA PARA A JUSTIÇA

Clóvis Cezar de Mendoza

Coordenador da disciplina de Medicina Legal 2 do Departamento de Medicina Social – Centro de Ciências da Saúde/Universidade Federal de Pernambuco. Médico Legista do Instituto de Medicina Legal Antonio Persivo Cunha – Secretaria de Defesa Social de Pernambuco, ocupando o cargo de Gerente técnico-administrativo. Professor de Medicina Legal da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. REVISÃO DOUTRINÁRIA. CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REFERÊNCIAS.

“O perito precisa conhecer toda a legislação, todas as formalidades jurídicas referentes à sua função, para que possa desempenhá-la bem.”

INTRODUÇÃO

Freqüentemente o perito é pressionado pela sociedade ou pelas autoridades constituídas no sentido de apressar a conclusão das suas perícias e questionado em suas explicações; este artigo tem a pretensão de esclarecer aos primeiros, lembrar aos segundos a importância da perícia e a responsabilidade dos peritos e oferecer uma opinião médico-legal na interpretação dos artigos do Código de Processo Penal relativos ao tema.

REVISÃO DOUTRINÁRIA

O processo penal regula a intervenção do Estado e garante a execução da Justiça por meios eficientes, procurando verificar e sanar uma lesão do direito.

O processo pode ser criminal, civil, administrativo e trabalhista.

O processo criminal brasileiro é misto e consta de: INQUÉRITO – se verifica a existência de um crime e se indica um culpado; SUMÁRIO – se verifica o valor das provas colhidas e o JULGAMENTO – o juiz ou o júri exaram a sentença. O perito pode atuar em qualquer fase do processo ou mesmo após a sentença, como por exemplo, na avaliação da periculosidade ou transtorno mental de réus.

No processo civil há várias modalidades. A perícia colabora com a investigação policial na sindicância e em qualquer fase do inquérito, oferecendo provas objetivas para a diligência policial e aumentando a credibilidade das subjetivas, demonstrando a veracidade dos fatos.

Presta esclarecimentos à justiça criminal indiretamente, através da polícia e, diretamente, por despacho do magistrado; à justiça civil somente diretamente, por despacho do juiz; à justiça trabalhista, indiretamente, servindo-se da perícia do INAMPS, ou diretamente, através do perito do juízo.

Os fatos apreciados pela autoridade judiciária podem ser de duas naturezas: TRANSEUNTE (*delicta facti transeuntis*) – os que desaparecem logo depois de produzidos, não deixando vestígios materiais; a sua apreciação é feita por depoimentos de testemunhas e por presunção.

PERMANENTE – (*delicta facti permanentis*) que deixam vestígios materiais, recorrendo-se aos técnicos habilitados para a caracterização e interpretação dos fenômenos existentes (PERITOS).

A perícia deve ser realizada sempre por peritos, para evitar erros ou interpretações dúbias. É preferível deixar de realizar uma perícia do que ser feita por pessoas incompetentes ou inidôneas. Na ausência da perícia, outros meios de prova podem levar o juiz a formar sua livre convicção.

PERITOS – são pessoas habilitadas – com conhecimento e experiência – em determinados assuntos, designadas pela justiça, com a incumbência de ver e descrever (*VISUM ET REPERTUM*) fatos de natureza permanente, cujo esclarecimento é de interesse num processo, determinando a sua natureza, estabelecendo o nexo entre os fatos e o ato ou omissão incriminadora. O perito é solicitado para verificar o fato e explicar os fundamentos da questão discutida, por meio de uma análise técnico-científica com imparcialidade.

Todo profissional ou artista pode ser perito na sua área (pessoa habilitada com conhecimento e experiência). Nas perícias médico-legais o perito é um médico, pela própria natureza do exame a ser realizado (de qualquer especialidade, desde que tenha realizado curso de especialização).

A lei 8.862 de 28/03/94 determina que, não havendo peritos oficiais, o exame será feito por duas pessoas portadoras de curso superior, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica na área.

O Código de Processo Penal inclui os peritos entre os “auxiliares da Justiça”, ou assessores da administração judiciária, sujeitando-os à “disciplina judiciária” (art. 275) e à “suspeição dos Juizes” (art. 280), impedindo, ainda, que as partes intervenham em sua nomeação (art. 276). A investidura dos peritos oficiais advém da Lei, independentemente de nomeação por autoridade policial ou judiciária.

O perito pode recusar-se a realizar uma perícia quando houver justa causa (qualquer ligação, direta ou indireta, por mais remota que seja, com o fato ou com as pessoas envolvidas, alegando suspeição) – art. 277 do CPP e art. 436 do CPC.

No processo penal são indicados dois peritos, de preferência oficiais. No foro civil o Juiz indicará um perito – perito de juízo (art. 145 do CPC), e as partes poderão indicar um assistente técnico, de aceitação espontânea (art. 421, § 1º). Na esfera trabalhista o Juiz indicará um perito.

PERÍCIA MÉDICA – é toda sindicância promovida por autoridade policial ou judiciária, a um ou mais peritos, previamente nomeados e compromissados na forma das leis.

Para a realização das perícias o perito deve ter ao seu dispor: local adequado e tranqüilo para realizar um exame minucioso e não deixar escapar detalhes – exceto nos exames de local de crime onde o perito deve ter uma noção do conjunto do local do fato; material apropriado para cada tipo de perícia e auxiliar competente. Não deve sofrer interferência ou pressões de quaisquer espécies (autoridades, familiares, meios de comunicação).

As perícias são realizadas com métodos técnico-científicos de tal forma que possam ser refeitas por outros, nas mesmas condições, e são utilizados protocolos padronizados.

A perícia deve ser realizada dentro do espaço de tempo mais curto possível desde a produção da infração, para evitar alterações das condições resultantes da produção do fato delituoso, pois as características podem ser modificadas pelo tempo decorrido (equimoses, hematomas, etc.), por condições atmosféricas (calor e frio...), por animais, por dolo ou culpa.

Não é recomendável a realização de perícias em Delegacias de Polícia, pois podem ser alegadas a coação psicológica exercida pelo ambiente e a suspeição de pressões para manipulação do resultado das mesmas (exame de detidos com suspeita de tortura).

Como as perícias serão lidas por pessoas leigas no assunto, o perito deve utilizar-se de linguagem técnica acessível à autoridade requisitante, para evitar o pedido de esclarecimentos posteriores, o que acarretará retardamento dos trâmites processuais.

O periciando poderá recusar o exame, pois ninguém é obrigado a fornecer provas contra si mesmo – o perito deve anotar, colher a assinatura do periciando e comunicar ao juiz.

As perícias podem ser feitas em:

Pessoas: estimativa da idade, diagnóstico de doenças ou deficiência mental, de gravidez, de conjunção carnal, lesões corporais, embriaguês, etc.

Cadáveres: realidade da morte, causa jurídica, cronotanatognose, lesões intra-vitam ou post-mortem, exumações, exames de ossadas, etc.

Animais: lesões que eles produzem, ferimentos que podem apresentar, pegadas deixadas no local do crime, etc.

Coisas: roupas, instrumentos, substâncias orgânicas ou inorgânicas, pêlos, locais de crime, veículos, etc.

FALSA PERÍCIA – é a afirmação contra a verdade, a negação da verdade ou o silêncio sobre a verdade, realizado conscientemente. É crime contra a administração da Justiça, previsto no art. 342 do CPB e punível segundo o CPC no art. 147.

A falha, inconsciente ou involuntária, do perito não configura uma falsa perícia, devendo haver retratação antes que a sentença seja prolatada para evitar sanções.

IMPERÍCIA – é ignorância, falta de conhecimento técnico-científico, conduzindo a uma das formas de crime culposo previsto no art. 18, II do CPB.

PERÍCIA CONTRADITÓRIA – é quando existe divergência entre os dois peritos sobre um mesmo fato – art. 180 CPP e o art. 431 do CPC que trata da divergência entre o perito de juízo e os assistentes técnicos.

Como exemplos ou tipos de perícias médico-legais, pelo foro de atuação, podemos citar:

Criminais – lesões corporais, conjunção carnal, gravidez, ato libidinoso, insanidade mental, determinação de idade, identificação, avaliação de periculosidade para medida de segurança.

Civis – avaliação da capacidade civil (interdição), determinação de paternidade, anulação de casamento, identificação.

Trabalhista – condições de trabalho, acidente de trabalho, doenças profissionais.

Previdenciária – visa a avaliar a capacidade laborativa do segurado. Os peritos oficiais são funcionários do INAMPS.

Administrativa – Os serviços públicos dos três poderes têm serviços próprios (junta médica), para resolver questões administrativas dos seus servidores: posse, licença, benefícios e aposentadorias.

Nos casos de acidente de trabalho com morte, as perícias serão realizadas no IML.

Segundo os tipos de perícias, são **AUTORIDADES REQUISITANTES** das mesmas: Magistrados, Representantes do poder público, Delegados de polícia, Comandantes militares, Chefias administrativas.

LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Civil – Código de Processo Civil; arts. 33, 145 a 147, 420 a 439.

Criminal – Código de Processo Penal; arts. 158 a 184, além das alterações feitas pela Lei No. 8.862/94 (dois peritos oficiais; retirou da autoridade policial o poder de determinar correções no laudo; tornou obrigatório o comparecimento da Autoridade policial ao local de crime – arts. 6º, I e II, 159, 160, 164, 169 e 181 do CPP); art. 77, § 1º da Lei 9.099 de 26/09/95.

Trabalhista – Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto Lei nº 5.452 de 01/05/43) e Normas de Direito Processual do Trabalho (Lei nº 5.584 26/06/70)

CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Do exame do corpo de delito e das perícias em geral

Art. 158 – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Havendo vestígios materiais, é indispensável o exame de corpo de delito direto, elaborado por peritos para se comprovar a materialidade do crime, sob pena de nulidade.

A perícia deve ser determinada pela Autoridade Policial logo que tiver conhecimento da prática da infração penal (art. 6º, VII), ou até a conclusão do inquérito, bem como pelo Juiz, durante a instrução, ou mesmo a requerimento das partes, na denúncia ou queixa, ou no prazo da defesa prévia, ou ainda no final da instrução (art. 499).

Quando não existirem vestígios materiais (*delicta facti transeuntis*), faz-se a prova do crime por outros meios – testemunhas ou documentos (art. 165). Na esfera da Medicina Legal compete ao legista examinar a testemunha para avaliar a credibilidade das informações fornecidas pela mesma: órgãos dos sentidos, sanidade mental, desenvolvimento mental completo, incompleto ou retardamento.

Jurisprudência:

TARS – A não realização do auto de necropsia não conduz à anulação do processo, posto que existente certidão de óbito comprovando a causa

da morte, circunstância reafirmada pelo médico que determinou sua baixa hospitalar e também por aquele que a atendeu quando hospitalizada, este último o atestador do óbito (JTAERGS 95/159).

Nas perícias traumatológicas ou sexológicas, quando o(a) periciando(a) necessita de atendimento médico antes da perícia médico-legal e nas perícias externas, realizadas nos hospitais durante o internamento, o perito médico-legista pode e deve utilizar-se dos dados constantes no prontuário hospitalar para concluir sua perícia; assim como, nas perícias realizadas algum tempo depois do fato delituoso, quando as lesões já estão descaracterizadas, pode usar as informações constantes nas fichas de esclarecimento fornecidas pelos médicos assistentes, sempre após o exame do periciando, para não incidir no art. 119 do Código de Ética Médica – “é vedado ao médico assinar laudos periciais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado ou participado pessoalmente do exame”. Concordamos plenamente com o Professor Genival Veloso de França quando diz:

o máximo que a autoridade pode exigir do perito, em forma de parecer, é a interpretação de alguns pontos mais obscuros ou controversos contidos naqueles documentos, como, por exemplo, a existência ou não do perigo de vida configurado em circunstâncias iguais àquela. Jamais a reconstituição de um quadro, principalmente quando decorrido um tempo.

Jurisprudência:

TJSP – *No crime de lesão corporal de natureza grave é perfeitamente válida a perícia realizada na ficha clínica do ofendido, resultando em laudo de exame de corpo de delito indireto (RT 757/523). TACRSP: De nenhum valor há de ser considerado laudo pericial que se fia, para as conclusões que oferece, em papeleta hospitalar que não se sabe por quem, como e quando produzida. Praxe que tal é de ser frontalmente repelida, sob pena de se frustrar o mandamento da lei. (RT 556/348).*

Art. 159 – *Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.*

§ 1º *Não havendo peritos oficiais, o exame será feito por duas pessoas portadoras de diploma de curso superior, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica.*

§ 2º *Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.*

No foro criminal a aceitação do termo de compromisso é obrigatória pelos peritos não oficiais, principalmente se são funcionários públicos, exceto nos casos de suspeição ou impedimentos legais.

A preferência por peritos oficiais se deve à soma dos conhecimentos científicos e à técnica necessárias para que a perícia tenha credibilidade e o perito, funcionário público,

além de ser imparcial e ter fé de ofício, deverá conhecer todos os aspectos teóricos e práticos da mesma.

Embora a Lei fale de dois peritos para realizar uma mesma perícia, é praticamente impossível pelo volume de perícias realizadas diariamente nos Institutos de Medicina Legal, sendo necessário duplicar ou triplicar o efetivo de médicos e auxiliares para o cumprimento do estipulado. Na prática, funcionando em regime de plantões, os médicos consultam-se uns aos outros durante os exames, e enquanto um deles realiza a perícia (relator), o outro confere e revisa o laudo antes de o assinar (revisor).

Jurisprudência:

Embora o STF tenha definido em sua súmula 361: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência da apreensão, a jurisprudência se tem orientado no sentido de que o enunciado da Súmula 362, “inquinando de nulidade o exame realizado por um só perito, tem como pressuposto a aplicação do § 1º do art. 159 do CPP, isto é, somente se exige a dualidade de peritos quando não sejam eles oficiais. Tratando-se de perito oficial, um será o suficiente para atender-se ao preceito legal”. (RT 529/384).

TJPR:

É revestido de legalidade o laudo de lesões corporais assinado por um só perito, médico legista, designado por ato do Diretor do Instituto Médico Legal, órgão oficial do Estado. (RT 762/691).

STJ:

O laudo pericial assinado por dois peritos (em conformidade com a nova redação do art. 159 do CPP), mas no qual somente uma das assinaturas está identificada, padece de simples irregularidade” (HC 8.079-SP-DJU de 29-3-99, p. 194).

TJSP:

Irrelevante a apuração do nome real do segundo perito que firmou o laudo de exame de corpo de delito, pois este é válido com a assinatura de um só perito oficial. (RT 691/303).

TJSP:

É hábito ser o exame pericial realizado por um só perito e ser o laudo assinado também pelo segundo, que, depois de examinar suas conclusões, com elas concordando, o subscreve (RT 561/340).

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, na impossibilidade de serem escolhidos os que tenham habilitação técnica, o exame pode ser feito por outras pessoas, obrigatoriamente portadoras de diploma de curso superior, nomeadas por autoridade policial ou judiciária. **A ausência do compromisso constitui mera irregularidade.** Sendo leigos na matéria do exame, o escrivão deve lavrar o auto de exame respectivo (art. 179, caput, c.c. o art. 159, § 1º)

Art. 160 – Os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão aos quesitos formulados.

Parágrafo único – Se os peritos não puderem formar logo o juízo seguro ou fazer relatório completo do exame, ser-lhes-á concedido prazo de até 10 (dez) dias. Em casos especiais, esse prazo poderá ser prorrogado, razoavelmente, a requerimento dos peritos.

Como exemplos de perícias que podem exigir um prazo maior, podemos citar: laudos pendentes de parecer de especialistas, aguardando ficha de esclarecimento hospitalar, resultados de exames laboratoriais, odontológicos ou radiológicos. É aconselhável que se estipule um prazo máximo no aguardo de requisições, para evitar maiores atrasos para o processo. Caso não receba os esclarecimentos requisitados em tempo, deve o perito concluir o seu laudo com os dados iniciais, citando o fato no corpo do mesmo.

Art. 161 – O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Em nossa opinião de perito, concordamos que o exame seja realizado em qualquer dia, entretanto, existem algumas perícias tanatoscópicas – corpos putrefeitos, esqueletizados, carbonizados, espostejados ou em casos de maior repercussão como p. ex. chacinas e tortura – que demandam tempo e maior atenção durante a sua realização, além de uma melhor iluminação, preferencialmente luz solar que ressalta mais os detalhes, seja no exame externo como no interno das cavidades naturais. Nesses casos o perito deve impor e justificar a sua opinião profissional, evitando o imediatismo desnecessário, até para que

não sejam requisitadas futuras exumações, pois é ele quem assinará o laudo e será responsabilizado por quaisquer imperfeições ou falhas que possam ocorrer.

Art. 162 – A autópsia será feita pelos menos 6 (seis) horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único – Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para verificação de alguma circunstância relevante.

Na grande maioria dos casos, não há necessidade de esperar seis horas, pois o perito médico-legal está habilitado para diagnosticar a morte real, bastando que realize um exame externo minucioso evidenciando os fenômenos cadavéricos de certeza de morte. O exposto no parágrafo único permite o artifício da realização de perícias tanatoscópicas em locais onde não existem peritos oficiais, apenas com o exame externo, apesar de que na maioria dos casos de homicídios por arma de fogo, ser necessária a realização de exumações para tentar encontrar os projéteis, por requisição do Judiciário. Em alguns casos, em virtude do tempo decorrido entre o fato e a exumação, os vestígios já não mais existem e o legista não tem elementos para determinar a causa da morte, concluindo

o seu laudo, tendo como causa da morte INDETERMINADA e causa jurídica IGNORADA, o que demanda perda de tempo, custos e não esclarece as dúvidas do Judiciário. Na prática diária, quando consultados pela Autoridade Judiciária de localidades onde não existam peritos oficiais, temos aconselhado às mesmas que providenciem a remoção dos corpos para as regionais mais próximas ou mesmo para o IML Sede para evitar contratempos futuros.

Art. 163 – Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que constará do auto.

As exumações realizadas em localidades distantes oferecem certas dificuldades: não existem cemitérios oficiais ou administradores competentes, as sepulturas não são bem demarcadas, não existem delegacias ou postos policiais locais, familiares que poderiam ajudar na identificação da sepultura não residem no local ou são inexistentes.

Temos orientado os colegas que antes de marcarem as exumações, entrem em contato com a autoridade

requisitante e solicitem que providencie os dados referidos no art. 163 ou localize familiares da vítima para que estejam presentes no dia e local aprazados para facilitação da perícia.

Art. 164 – Os cadáveres serão, sempre, fotografados na posição em que forem encontrados.

O registro fotográfico ou filmagem do local do crime grava, para posteriores discussões, como se encontrava o corpo no local, suas vestes ou outros vestígios sobre os quais, porventura, o perito tenha dúvidas, não bastando confiar na memória, além do fato de que podem ajudar o médico-legista sobre determinadas lesões externas descaracterizadas por manipulação indevida das mesmas.

Art. 165 – Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Em alguns casos não é possível a realização de fotografias por: defeito técnico (quebra de equipamento, falta de filmes fotográficos ou mesmo de máquinas fotográficas) ou falta de fotógrafos no local. Na falta de esquemas anatômicos para representação das lesões, é aconselhável que o legista tenha redobrada atenção na descrição pormenorizada, descrevendo nos mínimos detalhes o que foi visualizado para dar condições a quem ler o laudo de mentalizar o que ele examinou.

Art. 166 – Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênera ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

Muitas exumações são realizadas após alguns anos de ocorrido o fato. O legista encontra apenas a ossada ou parte da mesma, não tendo condições de realizar a identificação necropapiloscópica, restando apenas a identificação através dos dentes ou dos testes de DNA. Na maioria dos casos, o falecido não freqüentava regularmente um serviço de odontologia ou o profissional não guardava um arquivamento sistemático dos odontogramas dos seus pacientes.

Na maioria dos estados brasileiros não existem laboratórios capacitados e com credibilidade técnico-científica que realizem os testes de DNA forense ou a Administração Pública não tem recursos destinados para arcar com os custos da realização dos mesmos.

Devido aos avanços técnico-científicos na investigação forense mundial, os testes de DNA passaram a ocupar um lugar de destaque, obrigando o Judiciário, o Ministério Público e a Administração Pública a investirem em

equipamentos e capacitação pessoal na área da Genética Forense.

Na ausência de quaisquer dos meios de identificação do cadáver, temos orientado os colegas a encaminharem as testemunhas ou familiares à Autoridade Judiciária para que seja lavrado o auto de reconhecimento, de identificação do falecido e recebimento do cadáver, anexando uma cópia à documentação do IML.

Art. 167 – Não sendo possível o exame do corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

O Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo chegar ao livre convencimento por outros fatos constantes nos autos. Poderá ser requisitado ao médico-legista o exame das testemunhas, para verificar a sua credibilidade.

Art. 168 – *Em casos de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.*

§ 1º. – *No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.*

§ 2º. – *Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra*

o prazo de 30 dias, contado da data do crime.
§ 3º. – *A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.*

Em algumas perícias o médico-legista não tem condições para determinar de pronto a perenidade das conseqüências da lesão, necessitando esperar que ocorra a resolução da mesma ou que o periciando termine o tratamento médico ou fisioterápico para concluir o seu laudo.

É imprescindível que o médico-legista tenha em mãos o laudo do primeiro exame para conferência dos dados nele relatados e comparação com os achados no momento do exame complementar, até porque nem sempre é o mesmo perito que realizou o primeiro exame. Na prática, encontramos certa dificuldade, pois em muitos casos o primeiro exame foi realizado por peritos leigos, em localidades distantes e a autoridade requisitante não envia a cópia do primeiro exame pericial.

Art. 169 – *Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as conseqüências dessas alterações na dinâmica dos fatos.*

As alterações porventura existentes podem levar o perito a uma conclusão que não relate a verdade dos fatos, e a investigação judiciária pode tomar outro rumo ou conflitar com o resultado da perícia.

Art. 170 – *Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventual*

lidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotografadas, desenhos ou esquemas.

Os materiais biológicos para exames toxicológicos e/ou histopatológicos, colhidos em periciandos vivos ou mortos são guardados por 60 ou 90 dias para possíveis contraprovas; portanto, devido ao grande número de exames solicitados, os institutos de medicina legal devem providenciar uma área considerável com refrigeração adequada.

Art. 171 – Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descreverem os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Este artigo trata de fatos de exclusiva competência do perito criminal, embora possa fornecer subsídios ao legista para suas conclusões.

Art. 172 – Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único – Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio de elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

Assunto de competência dos peritos criminais. Avaliar o prejuízo da vítima para reparação do dano. O parágrafo único fala do exame de corpo de delito indireto.

Art. 173 – No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

No aspecto médico-legal algumas informações poderão ajudar ao legista no exame necroscópico sobre a causa jurídica da morte e, no exame do vivo, sobre o perigo de vida – asfixias por monóxido de carbono, desidratação, intermação ou insolação sofridas pela vítima quando da exposição ao calor ou às chamas.

Art. 174 – No exame para reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observa-se-á o seguinte:

I – a pessoa a que se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
II – para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III – a autoridade, quando necessário, requisitará para o exame os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV – quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientemente exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

A grafoscopia é de competência do perito criminal, podendo ao médico-legista ser solicitada a avaliação do estado mental da pessoa.

Art. 175 – Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de lhes verificar a natureza e a eficiência.

O exame dos instrumentos é da competência dos peritos criminais, entretanto, a Autoridade Policial ou Judiciária pode inquirir o perito médico-legista sobre o fato de determinado instrumento ter produzido a lesão descrita no seu laudo, motivo pelo qual o legista deve conhecer sobre as características dos instrumentos produtores de lesões e o seu modo de ação.

Art. 176 – A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Na esfera criminal geralmente os quesitos são oficiais, previamente formulados, entretanto, quando necessário, no ofício de encaminhamento do corpo ou da pessoa, as autoridades poderão formular outros quesitos que forem ne-

cessários para dirimir dúvidas porventura existentes, até o ato da diligência.

Art. 177 – *No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.*

Parágrafo único – Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Trata-se de faculdade do Juiz e não direito das partes; essas não podem intervir na nomeação.

Art. 178 – *No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.*

O diretor executivo do Instituto Médico Legal designará os peritos que irão realizar a perícia requisitada pela autoridade. Quando os peritos trabalharem em regime de plantões, os médicos-legistas designados são componentes do dia em que chegar a requisição.

Art. 179 – *No caso do § 1º do art. 159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.*

Parágrafo único – no caso do art. 160, parágrafo único, que poderá ser datilografado, será subs-

crita e rubricado em suas folhas por todos os peritos.

Formalidade administrativa para evitar futuras contestações e/ou nulidade da prova.

Art. 180 – *Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.*

Raramente ocorre divergência entre os peritos, pois trabalham em equipes de plantões e discutem os casos antes da redação dos laudos.

Art. 181 – *No caso de inobservância de formalidade ou no caso de omissões, obscuridade ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade ou complementar ou esclarecer o laudo.*

Parágrafo único – *A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.*

Raramente ocorre o exposto no parágrafo único, sendo mais freqüente o Juiz requisitar as correções ou esclarecimentos por escrito, na forma de quesitos, ou intimar o perito para prestar depoimento oral. Essa pro-

vidência somente poderá ser determinada pela autoridade judiciária.

Art. 182 – O Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

É o que consta também no art. 258 do Código de Processo Civil.

Sistema liberatório – o magistrado tem inteira liberdade de apreciação para aceitar ou rejeitar o laudo (livre convencimento) e não arbítrio. Deve, entretanto, motivar a decisão, sendo necessário e imprescindível demonstrar o erro, a imprecisão e a incoerência do laudo. Os jurados, por serem juízes, também podem rejeitar as conclusões de laudo pericial.

Art. 183 – Nos crimes em que couber ação pública, observar-se-á o disposto no art. 19.

Art. 184 – *Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.*

O exame de corpo de delito é obrigatório; nas demais perícias é facultado à autoridade policial ou judiciária a sua realização. O indeferimento ou sua renovação não é constrangimento ilegal e não comporta recursos.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia médico judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1980.

_____. **Sintomas e sinais de intoxicações e envenenamentos**. São Paulo: Andrei, 1976.

_____. **Toxicologia clínica e forense**. São Paulo: Andrei, 1985.

ALMEIDA JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Lições de medicina legal**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985.

ALVES, Dary & Xavier, Sofia. **Sinopse de Medicina Legal**. Fortaleza: [s.n.], 1986.

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. **Medicina legal e Antropologia forense**. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988.

BRITO FILHO, Dilermano. **Toxicologia humana e geral**. Curitiba: Itaipu, 1983.

CAMPOS, M.S.; MENDOZA, C; MOURA, G.; MELO, R. B. de. **Compêndio de Medicina Legal Aplicada**. Recife: EDUPE, 2000.

CARVALHO, Hilário Veiga. **Compêndio de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

CROCE, D.; CROCE JÚNIOR, D. **Manual de Medicina Legal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 10. ed. São Paulo: Martins, 1975.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 2. ed. Byk Prociencx, 1978.

_____. **Medicina legal**. 2.ed. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 1985.

_____. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

LAURENTI, Rui. **O atestado de óbito - No. 1**. São Paulo: [s.n.], 1983.

REIS, Helena Caúla. **Lesões Corporais**. Recife: Editora Universitária, 1987.

ROJAS, Nério. **Medicina legal**. 3. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1947.

SIMONIN, C. **Medicina Legal Judicial**. 2. ed. Barcelona: Editorial Jims, 1966.

Códigos:

Código De Direito Processual Penal.

Código De Direito Processual Civil

Código De Ética Médica.

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Cristiano Jacques de Lima Araújo

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda, onde foi pesquisador do Núcleo de Iniciação Científica no período de 1999-2000 e 2000-2001. Aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Advogado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE CULPABILIDADE. 3. A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 4. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 5. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. 6. APLICABILIDADE DA CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA NO DIREITO BRASILEIRO. 7. A APLICAÇÃO DA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NO JÚRI. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo fazer um estudo em torno de um tema de grande relevância e tamanha complexidade no Direito Penal, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade e a sua aplicabilidade no Direito Pátrio. A importância da temática é indiscutível, uma vez que, estaria se reconhecendo uma causa não prevista na lei para excluir um elemento integrante do crime, a culpabilidade, tornando o fato sem reprovação pelo direito, é dizer, sem qualquer juízo de

desvalor feito ao autor do fato. O assunto até os dias atuais vem constituindo uma das grandes batalhas intelectuais travadas pelos juristas, alguns aceitando e outros negando a existência de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade.

Inicialmente, se analisará o conceito de culpabilidade e o seu estudo dentro do conceito tripartido do crime, fazendo uma abordagem do juízo de censura pessoal como elemento do delito e sua disciplina na Teoria Normativa Pura.

Posteriormente, se fará um estudo do conceito da exigibilidade de outra conduta e sua disciplina normativa, situando-a como elemento integrante da culpabilidade e uma verificação das causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o dever-ser.

Por fim, será dedicada uma abordagem da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade e sua aplicação no direito brasileiro, inclusive no que diz respeito ao Tribunal do Júri, com ulterior conclusão deste trabalho.

2. CONCEITO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade deve ser entendida como o juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, optou livremente por se comportar em antagonismo ao direito¹. Nas lições de Welzel, que trazemos à colação,

1 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962. t.II, p.14.

Culpabilidade é 'reprovabilidade' da configuração da vontade. Toda culpabilidade é segundo isso 'culpabilidade de vontade'. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente, lhe pode ser reprovado como culpabilidade². Atua culpavelmente, como leciona Francisco Muñoz Conde, 'Quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, quer dizer, conforme o direito'³.

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável⁴, daí chegar-se à conclusão de que, para que haja um delito, é necessário que existam todos os seus elementos,

Quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do

2 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Perez. Chile: Jurídica de Chile, 1987. p. 167.

3 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 125.

4 A culpabilidade para Cury Urzúa, "É reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou não obstante que na situação concreta podia submeter-se às determinações e proibições do direito" (*Derecho Penal: Parte Geral*. Santiago: Jurídica do Chile, 1992, t.II, p.7).

*fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprodução sobre o fato, pela culpabilidade pode-se fazer um juízo de reprodução sobre o autor do fato*⁵.

Com grande propriedade destaca Von Liszt, que “É pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal”⁶.

A culpabilidade⁷, como se observa, é um juízo de censura, de desvalor sobre o autor de um fato típico e antijurídico e, na concepção normativa pura da culpabilidade, ela é integrada pela potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e a exigibilidade de conduta conforme o dever-ser. Dentro da concepção dessa teoria, o dolo e a culpa encontram-se na ação, e como quem descreve a conduta é o tipo penal, eles encontram-se, conseqüentemente, no tipo.

3. A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

O conceito de exigibilidade de conduta conforme o dever-ser, ensina Rogério Greco,

É muito amplo e abrange, inclusive, a imputabilidade e a potencial consciência sobre a ilicitude do fato - , que tem como finalidade precipua afastar a culpabilidade do agente. Se o agen-

5 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131.

6 LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. p. 250.

7 MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.* p. 126, afirma que existem três concepções sobre o conceito “A psicológica, psicológico-normativa e pura.”

*te era inimputável, pois que, ao tempo da ação ou omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se lhe podia exigir conduta conforme o direito; da mesma forma aquele que atua não possuindo a necessária consciência sobre a ilicitude do fato. Todas essas causas dirimentes da culpabilidade desembocam, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se lhe podia exigir um comportamento diverso.*⁸

A inexigibilidade de conduta diversa constitui a mais importante causa de exclusão da culpabilidade, verificando-se em um verdadeiro princípio de direito penal.⁹

Ressalta Bettioli, que:

quando se parte do pressuposto de que um comportamento só é culpável na medida em que um sujeito capaz haja previsto e querido o fato lesivo, deve-se necessariamente admitir que tal

8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*: Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 405-406.

9 Ensina ASSIS TOLEDO, que “o princípio da não exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Frevdntale Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a ‘motivação normal’. O que se quer dizer com isso é que a culpabilidade, para figurar-se, exige uma certa normalidade das circunstâncias que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente. Na medida em que essas circunstâncias apresentem-se significativamente anormais deve-se suspeitar da presença de anormalidade, também, no ato volitivo (*Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328).

fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprodução sobre o fato, pela culpabilidade pode-se fazer um juízo de reprodução sobre o autor do fato⁵.

Com grande propriedade destaca Von Liszt, que “É pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal”⁶.

A culpabilidade⁷, como se observa, é um juízo de censura, de desvalor sobre o autor de um fato típico e antijurídico e, na concepção normativa pura da culpabilidade, ela é integrada pela potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e a exigibilidade de conduta conforme o dever-ser. Dentro da concepção dessa teoria, o dolo e a culpa encontram-se na ação, e como quem descreve a conduta é o tipo penal, eles encontram-se, conseqüentemente, no tipo.

3. A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

O conceito de exigibilidade de conduta conforme o dever-ser, ensina Rogério Greco,

É muito amplo e abrange, inclusive, a imputabilidade e a potencial consciência sobre a ilicitude do fato -, que tem como finalidade precipua afastar a culpabilidade do agente. Se o agen-

5 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.131.
6 LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. p.250.
7 MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.* p.126, afirma que existem três concepções sobre o conceito “A psicológica, psicológico-normativa e pura.”

te era inimputável, pois que, ao tempo da ação ou omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se lhe podia exigir conduta conforme o direito; da mesma forma aquele que atua não possuindo a necessária consciência sobre a ilicitude do fato. Todas essas causas dirimentes da culpabilidade desembocam, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se lhe podia exigir um comportamento diverso.⁸

A inexigibilidade de conduta diversa constitui a mais importante causa de exclusão da culpabilidade, verificando-se em um verdadeiro princípio de direito penal.⁹

Ressalta Bettiol, que:

quando se parte do pressuposto de que um comportamento só é culpável na medida em que um sujeito capaz haja previsto e querido o fato lesivo, deve-se necessariamente admitir que tal

8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p.405-406

9 Ensina ASSIS TOLEDO, que “o princípio da não exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Frevdntale Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a ‘motivação normal’. O que se quer dizer com isso é que a culpabilidade, para figurar-se, exige uma certa normalidade das circunstâncias que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente. Na medida em que essas circunstâncias apresentem-se significativamente anormais deve-se suspeitar da presença de anormalidade, também, no ato volitivo (*Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328).

comportamento já não possa considerar-se culpável todas as vezes em que, por causa de uma circunstância fática, o processo psíquico de representação e de motivação se tenha formado de modo anormal.¹⁰

Leciona Rogério Greco que o conceito de exigibilidade de outra conduta pode ser entendido como

a possibilidade que tinha o agente de no momento da ação ou omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Cury Urzúa define a exigibilidade como a 'possibilidade', determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu.¹¹

A exigibilidade de outra conduta faz parte da culpabilidade, sendo, ao lado da potencial consciência da ilicitude e da imputabilidade, elementos que integram o juízo de reprovação pessoal. Frise-se que o juízo de desvalor sobre o agente só poderá ser exercido quando presentes todos os elementos que integram a culpabilidade. A ausência de qualquer um deles exclui a culpabilidade e, conseqüentemente, o crime. Destarte, em uma determinada conduta em que o direito não exija uma forma diversa da praticada, o agente deixa de responder criminalmente pelo fato praticado, por lhe faltar culpabilidade, que foi excluída por inexigibilidade de outra conduta.

¹⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penal*. 7 ed. Padova: Cedam, 1969. p. 464.

¹¹ GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 406.

4. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Dentre as causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o dever-ser previstas no Código Penal, pode-se mencionar a coação moral irresistível, obediência hierárquica e o aborto, quando praticado em virtude de gravidez resultante de estupro.

A coação a que se refere a lei é a coação moral irresistível e não a coação material, que exclui a própria ação. Como afirma Cezar Bitencourt,

a coação irresistível, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a coação moral, a conhecida ameaça, uma vez que a coação física exclui a própria ação, não havendo, conseqüentemente, conduta típica. Coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha.¹²

A coação física (*vis absoluta*), por sua vez, exclui a ação por lhe ser ausente a vontade. Nessas circunstâncias, o executor é apenas o meio, o instrumento¹³ para a realização da vontade do coator, que na realidade é o autor mediato.¹⁴

¹² BITENCOURT, César Roberto. *Teoria Jurídica do Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

¹³ Cf. *Idem*. *Ibidem*. P. 187.

¹⁴ Ensina Everardo Cunha Luna que "a existência de agentes, na coação irresistível, leva-nos a ver, nesta, apenas a coação moral, a vis compulsiva, porque, na coação física, na vis absoluta, em lugar de dois, apenas uma agente concorre -- aquele que coage e que domina, como simples instrumento, outro aparentemente agente" (*Estrutura Jurídica do Crime*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 233). Para Cuello Calón, "o indivíduo que nesta situação executa um fato criminoso não é considerado culpável porque sua vontade não pode determinar-se livremente." (*Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1980. t.I, p. 494).

Na obediência hierárquica, exclui-se também a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, porque nas relações de Direito Público, o dever de obediência é uma imposição do próprio Estado. Na lição de Cláudio Brandão,

... se há um dever de obediência não há liberdade de opção, não se podendo, portanto, censurar o agente por ter elegido se comportar contrário ao direito quando poderia ter feito o oposto. Por isso, enfatize-se, a obediência hierárquica é causa legal de inexigibilidade de outra conduta, prevista no art. 22 do Código Penal. É relevante ressaltar que somente existirá a incidência da obediência hierárquica se a relação de hierarquia/subordinação for de direito público.¹⁵

No Código Penal Militar, adverte Cézar Bitencourt,

que diferentemente do Código Penal, estabelece, implicitamente, apenas que o militar não deve obedecer ordem manifestamente criminosa (art. 38, § 2º). A questão é completamente diferente. Evidentemente, seria absurdo afirmar que alguém tem o dever de obedecer ordem criminosa! Ai, seria a inversão total das instituições políticas e democráticas. Agora, quanto à legalidade da formalidade em si, se está correto ou incorreto, se o superior tem ou não tem atribuição para emitir aquela ordem, o problema não é do agente hierarquicamente inferior.¹⁶

15 BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit. P. 8-9.

16 BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 190.

Acrescenta, ainda, o eminente jurista que:

no entanto, a culpabilidade do subordinado militar pode ser excluída pela coação irresistível. Por exemplo, o agente militar sabe que a ordem é manifestamente criminosa, mas é coagido a cumpri-la. Se a ameaça ou a ordem representar efetivamente uma coação irresistível, o subordinado militar será beneficiado pela primeira parte do art. 22, isto é, pela excludentes da coação irresistível, mas não pela subordinação hierárquica. Nada impede que as duas excludentes ocorram simultaneamente.¹⁷

A outra hipótese de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade encontra-se prevista no art. 128 do Código Penal, que diz não ser punível o aborto praticado por médico quando a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. O tema não é pacífico¹⁸, existindo autores que entendem que esse caso constitui hipótese de estado de necessidade; dentre eles traz-se à colação a lição de Frederico Marques, segundo o qual,

afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa

17 Idem. Ibidem. p. 190

18 Hungria não se posicionou a respeito, apenas demonstrando, "que nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o episódio da violência sofrida." (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.v. p. 304)

*da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a ratio essendi da impunidade do fato.*¹⁹

Não compartilhamos desse entendimento, uma vez que, se forem analisados os requisitos legais do estado de necessidade, se concluirá que a situação mencionada não se ajusta. Razão pela qual a idéia não pode ser outra, senão a de rechaçar esse entendimento e reconhecer essa hipótese de aborto como uma causa legal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta. Corroborando esse entendimento, encontra-se Rogério Greco, que com grande precisão ensina que:

*... No inciso II, do art. 128, do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato seria típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.*²⁰

5. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o dever-ser é aquela que, embora não esteja expressamente prevista em algum texto legal, é aplicada em razão dos princípios informadores do ordenamento jurídico.²¹ Alguns juristas ainda resistem à apli-

19 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Millenium, 1999. v. III, p. 218.
20 GRECO, Rogério. *Op. Cit.* p. 411.
21 *Idem. Ibidem.* P. 411.

cação dessa causa supralegal, demonstrando um certo temor, argumentando que o reconhecimento dessa excludente de culpabilidade poderia levar à excessiva impunidade dos delitos.

Não se vêem motivos para tamanha resistência e temor, uma vez que o reconhecimento da causa supralegal não vai ficar adstrita ao juízo subjetivo do próprio agente da conduta criminosa. Nesse sentido é a lição de Assis Toledo:

*Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a 'não-exigibilidade' em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo reprovação da culpabilidade normativa, o qual compete ao juiz do processo e a mais ninguém.*²²

Admitindo, também, o reconhecimento²³ da existência da causa supralegal, ensina Wessel que:

*a admissão geral de uma causa de exculpação como esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica. Entretanto, conforme a opinião sustentada quase por unanimidade, pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação.*²⁴

22 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* P. 329.

23 BETTIOL, *Op. Cit.* p. 466-7. Esclarece que "cabe ao juiz que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito penal, globalmente considerado: Sistema que jamais pretende prescindir de um veículo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único juiz deve ser o magistrado".

24 WESSEL, Johannes. *Derecho Penal. Parte Geral*. Buenos Ayres: Palha, 1980. v. I, p. 126-127.

A existência da causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade é uma realidade, e deve ser aplicada, não podendo em situações em que não se pode exigir o comportamento diverso, alguém ser punido por falta de previsão normativa. Cabe ao juiz, diante do caso concreto, exercer ou não o juízo de desvalor sobre o autor da conduta, tomando como fundamento de sua decisão os princípios informadores do ordenamento jurídico. Observe-se, para melhor ilustrar a situação em análise, o exemplo²⁵ trazido por Rogério Greco, da aplicação da causa supralegal:

... determinado preso fora ameaçado de morte pelo 'chefe' da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, estava condicionada ao não atendimento das reivindicações levadas a efeito pelos detentos. Ao perceber que o preso que havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, pois três outros detentos já haviam sido mortos, aproveita-se dessa oportunidade e o enforca, matando-o. O detento que causou a morte daquele que o havia ameaçado não pode alegar a legítima defesa, uma vez que a agressão anunciada era futura, e não iminente como exige o

25 Cláudio Brandão. Op. Cit. p. 178 traz como exemplo o estado de necessidade exculpante, na hipótese de "... um guia de alpinismo deixar de salvar a vida de um grupo de dez pessoas, que estava sob a sua responsabilidade, o qual se encontra em perigo atual, motivado por uma força da natureza, para salvar a vida de seu filho, que também se encontra em situação de perigo, num local próximo ao do grupo, não é possível o estado de necessidade previsto no art. 24 do Código Penal como causa de justificação. Com efeito, o bem jurídico sacrificado (vida de dez pessoas) é de maior valor que o bem jurídico preservado (vida de uma pessoa). Todavia, no caso concreto, é inexigível de um pai que deixe seu filho perecer para salvar as vidas das outras pessoas. Por isso, reconhece-se aí uma causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta para excluir-se a culpabilidade do agente".

*art. 25 do Código Penal. Futura porque até poderia não acontecer caso as exigências dos presos fossem atendidas. O fato, portanto, é típico e ilícito. Contudo, podemos afastar a reprovabilidade sobre o injusto praticado pelo agente sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa. Como essa causa não vem expressa em nosso ordenamento jurídico-penal, devemos entendê-la como supralegal*²⁶.

Como se verifica, em determinadas situações não se pode exigir um comportamento conforme a ordem legal, e mesmo diante da ausência de uma previsão normativa, pode-se, com base nos princípios norteadores do sistema jurídico, deixar de exercer um juízo de censura sobre o autor do fato. A causa supralegal de inexigibilidade surge com a finalidade de trazer às relações jurídicas a possibilidade de aplicação em hipóteses excepcionais de princípios, calcados em ideais de justiça, para reconhecer válidas, não sujeitas a um juízo de desvalor, condutas em que não se pode exigir uma conformidade com o dever-ser.

6. APLICABILIDADE DA CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA NO DIREITO BRASILEIRO

Na legislação do direito pátrio, ao contrário da legislação penal alemã, não se proíbe a utilização do argumento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade²⁷.

26 GRECO, Rogério. Op. Cit. p. 412.

27 Cf. idem. Ibidem. p. 411.

O assunto sofre uma grande resistência por parte dos juristas, tornando a temática bastante controvertida no tocante à sua aplicabilidade, só sendo reconhecida a inexigibilidade nos casos previstos no Código Penal. Todavia, leciona Cláudio Brandão,

A partir do desenvolvimento dos estudos da culpabilidade, notadamente pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela 'quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Senão, deve ser reputada a causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de uma norma' expressa a respeito²⁸.

Luiz Régis Prado, em notas da obra "Teoria Geral do Delito", de autoria do professor Francisco Muñoz Conde, compartilhando a idéia da possibilidade da aplicação da causa supralegal de inexigibilidade, ressalta que

no direito brasileiro podem ser citadas como hipóteses de não-exigibilidade de conduta diversa, excludentes, portanto, de culpabilidade, a

28 BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit. p. 177-178.

coação moral e irresistível (art. 22, 1ª parte, CP), a obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, CP), como causas legais; e o excesso exculpante (perturbação mental, medo ou susto) na legítima defesa, o caso fortuito e certos casos de estado de necessidade exculpante, como causas extra-legais²⁹.

O excesso intensivo ou excesso exculpante,

é aquele derivado de uma situação de medo, confusão ou susto, ou ainda, de uma perturbação mental. Apesar de tal figura não estar expressa no Código, ela funciona como causa de exclusão do juízo de censura sobre o agente, afastando sua culpabilidade³⁰.

No Brasil, esclarece Luiz Regis Prado, que o:

ordenamento faculta a lesão ao bem de menor valor como único meio de salvar o de maior (estado de necessidade justificante); e no caso de bens iguais (duas vidas humanas) ou de maior valor elide o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade, vale dizer a conduta será antejurídica, mas não será reprovável ao agente, por inexigi-

29 CONDE, Francisco Muñoz. Op. Cit. p. 162.

30 BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit. p. 129.

bilidade de outro comportamento (estado de necessidade exculpante). O Código Penal Militar vigente perfilou este entendimento, de modo expresso, no art. 39: 'Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado, por estreitas relações de parentes ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa'. Por derradeiro, cumpre salientar que apesar da clara opção feita pelo legislador pátrio, remanesce a polêmica em torno do tema e a doutrina se encontra dividida³¹.

A causa supralegal de inexigibilidade é uma realidade no direito pátrio, que vem rechaçando um conservadorismo exacerbado, rompendo um momento de receio e de dúvidas quanto ao emprego da exculpante. Hoje, a excludente de culpabilidade aparece como resultado de um maior aprimoramento do estudo do juízo de censura pessoal, que deixa de reprovar determinadas condutas não descritas na lei por não exigir forma diversa, constituindo uma evolução e propiciando julgamentos mais justos.

31 CONDE, Francisco Muñoz. Op. Cit. p. 164.

7. A APLICAÇÃO DA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NO JÚRI

Hoje ainda se verifica, por parte de juízes e promotores, uma certa resistência³² ao moderno direito penal; não se cansam de combater as teses que, de alguma forma, possam vir a beneficiar os acusados, seja afastando a caracterização da infração, seja evitando a aplicação de sanções severas e desnecessárias³³. É o que vem esclarecendo Rogério Greco, quando diz que:

nos julgamentos realizados pelo júri, observamos essa resistência no que diz respeito à aceitação da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Tudo isso por conta de uma interpretação que, nos dias de hoje entende-se por completamente equivocada. Argumentam os defensores desta interpretação que o inciso III, do art. 484, do Código de Processo Penal, somente permite a formulação de quesitos se 'o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique'³⁴.

32 Em sentido contrário ao emprego da exculpante supralegal, decidiu o TJ-SP em julgamento realizado pela 4ª Câmara Criminal, Ap. 76. 681-3, que teve como relator o Des. Dante Busana, e que merece a transcrição da ementa: "O sistema penal vigente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade quando expressamente prevista. Isso porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão ao respectivo rol com o socorro da analogia in bonam partem. A formulação de quesitos sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão de culpabilidade deve versar sobre fatos e circunstâncias, com explicitação dos quesitos inerentes à espécie da excludente, devidamente desdobrada em quesitos".

33 Cf. GRECO, Rogério. Op. Cit. p. 412.

34 Idem. Ibidem. p. 412-413.

Acrescenta ainda com grande propriedade, Rogério Greco, em oposição aos que não admitem a causa supralegal de inexigibilidade, que

... esse não é o melhor entendimento, principalmente se levarmos em conta o princípio da ampla defesa esculpido no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal. Como a própria denominação nos está a induzir, a defesa deverá ser ampla, e não limitada às hipóteses contidas na lei, diploma este hierarquicamente inferior a Carta Magna. A Constituição Federal, segundo entendemos, revogou, parcialmente, o inciso III, do art. 484, do Código de Processo Penal. Após a adoção expressa pela nossa Lei Maior, do princípio da ampla defesa, não há possibilidade de utilização de qualquer artifício interpretativo no sentido de limitá-la. O direito de liberdade, o maior de todos após a vida, é que está em questão. Qualquer raciocínio limitador ofenderá ao dispositivo constitucional³⁵.

Um dos grandes defensores da causa supralegal é Francisco de Assis Toledo, que a admite, desde que se considere a não-exigibilidade em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual compete ao juiz. O ínclito doutrinador aceita, em tese, a causa su-

35 Idem. Ibidem. p. 413.

pralegal, embora no caso de julgamento pelo júri exija que, na formulação do quesito pertinente, se indague sobre fatos e circunstâncias e não sobre mero conceito jurídico³⁶.

Mirabete, em comentário ao assunto, lembra que :

José Henrique Pierangeli, em defesa da mesma tese, sugere um modelo de quisitação para espécie. Um óbice a ser considerado para essa posição é, entretanto, a ausência de fundamentação legal para a absolvição. Pode-se, porém, aventar como solução para a hipótese de reconhecimento legal da causa supralegal a aplicação da analogia in bonam partem³⁷.

Não pode haver restrição à causa supralegal de inexigibilidade no Júri, o direito de defesa é o mais amplo possível, devendo ser aplicada na quesitação do Egrégio Tribunal, baseada em indagações sobre fatos e circunstâncias e não sobre conceitos jurídicos.

Corroborando essa tese, se manifestou o ex-ministro do STJ, Francisco de Assis Toledo, na qualidade de relator da REsp. nº 2.492, julgado em 23/05/1990, publicado no DJU em 06/08/1990:

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.

36 Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 13 ed. São Paulo: Atlas. 1998. p. 197.

37 Idem. Ibidem. p. 197.

Júri-homicídio-defesa alternativa baseada na alegação e não exigibilidade de conduta diversa – possibilidade em tese, desde de que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos – como devem ser formulados – interpretação do art. 484, III, do CPP à luz da reforma penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o júri sobre causas de exclusão da culpabilidade.

Em seu voto, o ministro explica a interpretação que se deve dar ao inciso III, do art. 484, da Lei Adjetiva Penal, a saber:

A expressão, por lei, situada no Código de Processo Penal de 1941, não pode significar restrição à posterior Reforma Penal de 1984, que, como se viu, adotou o princípio da culpabilidade sem restrições. Antes, deve a ele ajustar-se, tanto mais que saber se existe crime ou não, se está excluída ou não a culpabilidade, é questão exclusiva de direito penal material, não de direito processual. Leio, pois, presentemente o inciso III, do art. 484, assim: Qualquer fato ou circunstância que, em nosso ordenamento jurídico-penal, exclua a culpabilidade ou a ilicitude.

Coadunam com a idéia da aplicabilidade da causa supralegal de inexigibilidade de conduta conforme o dever-ser no Tribunal do Júri, Adriano Marrey e Alberto Silva Franco, mas advertem que :

a excludente da inexigibilidade de conduta diversa não pode, como é obvio, ser articulada em um único quesito, pois, se correria, nessa hipótese o risco de propor, ao Conselho de Sentença, a aferição de um conceito jurídico quando, na realidade, os jurados devem manifestar-se sobre fatos³⁸.

8. CONCLUSÃO

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e jurídico, porque, podendo se comportar conforme o dever-ser optou livremente por se comportar em contradição a esse. Como se verifica, a culpabilidade, ao contrário dos outros elementos do crime, tipicidade e anti-juridicidade, que recaem sobre a conduta, é um juízo de censura sobre o autor do fato. Frise-se que o crime é uma ação típica, antijurídica e culpável, e que na ausência de qualquer desses elementos, o fato deixa de ostentar a condição de delito.

Integram a culpabilidade, fazendo parte dos seus elementos, segundo a teoria normativa pura, a potencial consciência da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta. Para que ocorra o juízo de censura pessoal, é indispensável a presença dos três elementos, uma vez que, a ausência de um deles exclui a culpabilidade.

³⁸ Apud. GRECO, Rogério. Op. Cit. p. 414.

A exigibilidade de outra conduta integra o juízo de censura pessoal e deve ser entendida como a possibilidade que tinha o agente de, no momento da conduta, agir em conformidade com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Destarte, a não exigência de outra conduta da realizada exclui a culpabilidade, conseqüentemente, o crime.

No direito brasileiro são reconhecidas causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta, a coação moral irresistível, obediência hierárquica e o aborto, quando praticado em virtude de gravidez resultante de estupro.

Hodiernamente, também vem sendo aceita no direito pátrio a exclusão da culpabilidade por causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

A causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta que exclui o juízo de censura pessoal é aquela que, embora não esteja expressamente prevista em algum texto legal, é aplicada em razão dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

A doutrina vem apontando, no ordenamento jurídico do país, como exemplos de causas supraleais de inexigibilidade de conduta conforme o dever-ser que excluem a culpabilidade, o excesso exculpante na legítima defesa, o caso fortuito e certos casos de estado de necessidade exculpante. Além do Código Penal Militar, que também permite a aplicação da causa supralegal de inexigibilidade. Devendo ser aferida, entretanto, no caso concreto pelo juiz a presença ou não da causa supralegal exculpante.

No Tribunal do Júri, também, vem sendo aplicada a causa supralegal de inexigibilidade, embora seja exigido,

entretanto, que na formulação do quesito pertinente, se indague sobre fatos e circunstâncias e não sobre mero conceito jurídico.

A causa supralegal de inexigibilidade é hoje uma realidade; embora ainda haja uma certa resistência quanto à sua aplicabilidade, vem sendo aplicada e cada vez mais aceita, mostrando uma certa ruptura de concepções conservadoras que só servem para colocar obstáculos no desenvolvimento e aprimoramento da Ciência Penal. Como vem sendo afirmado, é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal.

9. REFERÊNCIAS

- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penal**. 7 ed. Padova: Cedam, 1969.
- BITENCOURT, César Roberto. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CALÓN, Cuello. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1980. t. I.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- ENRIQUE, Cury Urzúa. **Derecho Penal: Parte Geral**. Santiago: Jurídica de Chile, 1992. t. II.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889.
- LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Millenium, 1999.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELSSEL, Johannes. **Derecho Penal: Parte Geral**. Buenos Aires: De Parma, 1980. v. I.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peres. Chile: Jurídica de Chile, 1988.

MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS A NOVA MAIORIDADE CIVIL: reflexos penais e processuais penais

Coordenador: Damásio de Jesus

Participação: Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kümpel, André Estefam Araújo Lima e Damásio de Jesus

APRESENTAÇÃO

Nos dias 15 e 23 de janeiro de 2003, às 18h30, no 11.º andar do Complexo Jurídico Damásio de Jesus – Unidade I, situada na Praça Almeida Júnior, 72, bairro Liberdade, na cidade de São Paulo, reuniram-se os Drs. Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kümpel e André Estefam Araújo Lima, professores do CJDJ¹, sob a coordenação do Prof. Damásio de Jesus, em sessões da Mesa de Ciências Criminais, para análise dos reflexos da nova maioria civil, firmada aos 18 anos de idade pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), nos Códigos Penal e de Processo Penal. Após os debates, o grupo, por unanimidade, firmou entendimentos, a seguir expostos em relatório elaborado pelo coordenador.

.....
¹ Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS A NOVA MAIORIDADE CIVIL: reflexos penais e processuais penais

Coordenador: Damásio de Jesus

Participação: Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kümpel, André Estefam Araújo Lima e Damásio de Jesus

APRESENTAÇÃO

Nos dias 15 e 23 de janeiro de 2003, às 18h30, no 11.º andar do Complexo Jurídico Damásio de Jesus – Unidade I, situada na Praça Almeida Júnior, 72, bairro Liberdade, na cidade de São Paulo, reuniram-se os Drs. Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kümpel e André Estefam Araújo Lima, professores do CJDJ¹, sob a coordenação do Prof. Damásio de Jesus, em sessões da Mesa de Ciências Criminais, para análise dos reflexos da nova maioridade civil, firmada aos 18 anos de idade pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), nos Códigos Penal e de Processo Penal. Após os debates, o grupo, por unanimidade, firmou entendimentos, a seguir expostos em relatório elaborado pelo coordenador.

* * * * *
¹ Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS A NOVA MAIORIDADE CIVIL: reflexos penais e processuais penais

Coordenador: Damásio de Jesus

Participação: Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimentí, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kúmpel, André Estefam Araújo Lima e Damásio de Jesus

APRESENTAÇÃO

Nos dias 15 e 23 de janeiro de 2003, às 18h30, no 11.º andar do Complexo Jurídico Damásio de Jesus – Unidade I, situada na Praça Almeida Júnior, 72, bairro Liberdade, na cidade de São Paulo, reuniram-se os Drs. Gianpaollo Poggio Smanio, Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimentí, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Vitor Frederico Kúmpel e André Estefam Araújo Lima, professores do CJDJ¹, sob a coordenação do Prof. Damásio de Jesus, em sessões da Mesa de Ciências Criminais, para análise dos reflexos da nova maioria civil, firmada aos 18 anos de idade pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), nos Códigos Penal e de Processo Penal. Após os debates, o grupo, por unanimidade, firmou entendimentos, a seguir expostos em relatório elaborado pelo coordenador.

.....
¹ Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

INTRODUÇÃO

O antigo Código Civil², nos arts. 5.º e 6.º, classificava as pessoas em absoluta e relativamente incapazes:

Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

(...).

Art. 6.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um);

(...).

O novo Código Civil³, em seu art. 3.º, determina:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

“Art. 4.º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

II – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

2 Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

3 Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003.

Art. 5.º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Em face da nova legislação, as pessoas classificam-se em:

a) absolutamente incapazes (menores de 16 anos de idade);

b) relativamente incapazes (entre 16 e 18 anos);

c) capazes (a partir dos 18 anos de idade).

O art. 5.º do novo Código Civil, reduzindo a maioria civil de 21 para 18 anos de idade, ab-rogou ou derogou disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal⁴?

Há opiniões em vários sentidos, considerando uns que houve derrogação tácita de certas disposições penais e processuais penais; outros, entendendo que os efeitos dependem de leis novas⁵.

Para o grupo, cumpre distinguir efeitos no Código de Processo Penal e no Código Penal.

4 Inicialmente, para estudo da matéria, valemo-nos da relação de artigos apresentada por Marcus Vinicius de Viveiros Dias (Nova maioria reflete também no âmbito penal. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/view.cfm>>). Posteriormente, aumentamos o rol de dispositivos criminais atingidos pelo art. 5.º do novo CC.

5 Marcus Vinicius de Viveiros Dias entende que os efeitos penais e processuais penais do novo Código Civil dependem de leis novas, não tendo havido ab-rogação ou derrogação tácitas (Nova maioria reflete também no âmbito penal. Artigo citado). Para ele, a sistemática do novo Código Civil produz efeitos no âmbito criminal, mas há necessidade de leis novas alterando o Código Penal e o Código de Processo Penal, tendo em vista que “uma lei civil não pode intervir numa penal” (Código Civil muda situação penal de menor de 21 anos. *O Estado de S. Paulo*, 14 jan. 2003. Cidades, p. C4). Em sentido contrário, Fernando Fulgêncio Felicíssimo considera que os dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal atinentes à matéria foram tacitamente derogados pelo novo estatuto civil (A redução da maioria civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 17.set.2002).

INTRODUÇÃO

O antigo Código Civil², nos arts. 5.º e 6.º, classificava as pessoas em absoluta e relativamente incapazes:

Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

(...).

Art. 6.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um);

(...).

O novo Código Civil³, em seu art. 3.º, determina:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

“Art. 4.º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

II – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

2 Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

3 Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003.

Art. 5.º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Em face da nova legislação, as pessoas classificam-se em:

a) absolutamente incapazes (menores de 16 anos de idade);

b) relativamente incapazes (entre 16 e 18 anos);

c) capazes (a partir dos 18 anos de idade).

O art. 5.º do novo Código Civil, reduzindo a maioria civil de 21 para 18 anos de idade, ab-rogou ou derogou disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal⁴?

Há opiniões em vários sentidos, considerando uns que houve derrogação tácita de certas disposições penais e processuais penais; outros, entendendo que os efeitos dependem de leis novas⁵.

Para o grupo, cumpre distinguir efeitos no Código de Processo Penal e no Código Penal.

4 Inicialmente, para estudo da matéria, valemo-nos da relação de artigos apresentada por Marcus Vinicius de Viveiros Dias (Nova maioria reflete também no âmbito penal. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/view.cfm>>). Posteriormente, aumentamos o rol de dispositivos criminais atingidos pelo art. 5.º do novo CC.

5 Marcus Vinicius de Viveiros Dias entende que os efeitos penais e processuais penais do novo Código Civil dependem de leis novas, não tendo havido ab-rogação ou derrogação tácitas (Nova maioria reflete também no âmbito penal. Artigo citado). Para ele, a sistemática do novo Código Civil produz efeitos no âmbito criminal, mas há necessidade de leis novas alterando o Código Penal e o Código de Processo Penal, tendo em vista que “uma lei civil não pode intervir numa penal” (Código Civil muda situação penal de menor de 21 anos. *O Estado de S. Paulo*, 14 jan. 2003. Cidades, p. C4). Em sentido contrário, Fernando Fulgêncio Felicíssimo considera que os dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal atinentes à matéria foram tacitamente derogados pelo novo estatuto civil (A redução da maioria civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. www.ibccrim.org.br, Acesso em: 17.set.2002).

REFLEXOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como a imputabilidade penal por maioridade inicia-se aos 18 anos e, na antiga legislação, o menor de 21 anos de idade, sendo maior de 18, não possuía plena capacidade para realizar pessoalmente os atos da vida civil, o Código de Processo Penal determinava a nomeação de curador para lhe exercer assistência no procedimento criminal. JOSÉ FREDERICO MARQUES anotava que

o acusado menor de 21 anos e maior de 18, em razão de sua idade, não possui capacidade para a prática de atos processuais. Para o menor de 21 anos, obrigatória é a nomeação de um curador, que a ele assista em todo o transcurso do processo. Segundo estatui o art. 263 do Código de Processo Penal, ao acusado menor dar-se-á curador. Em conseqüência dessa regra genérica, manda o art. 15, por seu turno, que a autoridade policial nomeie curador ao indiciado que for menor, enquanto o art. 194 prescreve: se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador. Por fim, o art. 564, III, c, diz que ocorrerá nulidade por falta de nomeação de curador ao menor de 21 anos⁶.

6 **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. II, p. 64, n. 255. SÉRGIO DEMORO HAMILTON, abordando o tema do fundamento da exigência de curador ao indiciado ou réu menor, afirma que "a providência tem por fim suprir a relativa incapacidade do menor, já imputável penalmente (art. 27 do CP), mas ainda incapaz perante a lei civil (art. 6.º, I, do Código Civil)" (*Reflexão sobre o exercício da curadoria no processo penal*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. (Ensaíes Jurídicos, v. 2, p. 26)). A função do curador no interrogatório do réu menor, considerou o STF, "consiste em complementar a vontade do acusado, relativamente incapaz, para decidir sozinho sobre os seus próprios atos" (RTJ 103/993). Sobre a função do curador do menor: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. II, p. 329, verbete n. 312).

Em outras situações, permitia que o ato fosse realizado por ele ou por seu representante legal, como o exercício do direito de queixa e de representação.

Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de *curador* e a figura de seu *representante legal*. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c)⁷. Nas hipóteses em que as disposições fazem referência a *representante legal*, sem mencionar a figura do menor de 21 anos e maior de 18, não houve ab-rogação ou derrogação, devendo ser empregada simples interpretação do texto legal (arts. 14, 34, 38, 50, parágrafo único, 52 e 54). O que mudou foi o conceito (significado) da expressão "representante legal". Convém observar ser possível que a pessoa possua mais de 18 anos de idade, caso em que não existe mais a figura do representante legal. Mas é admissível que a vítima seja, por exemplo, um doente mental, caso em que subsiste o representante legal.

Assim:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade⁸ (grifo nosso).

Cuida-se de simples interpretação da expressão "representante legal"⁹, não tendo sido a disposição ab-rogada

7 Essas disposições guardam relação com o processo, "não se vinculando ao ato delitivo" (SÉRGIO DEMORO HAMILTON, artigo citado, p. 27).

8 Nos textos legais, colocamos em itálico as partes em discussão.

9 Lia-se, antes do novo Código Civil, "civilmente menor".

ou derogada pelo art. 5.º do novo CC. De maneira que, tratando-se de ofendido menor de 21 anos de idade e maior de 18, caberá somente a ele requerer diligência policial, não havendo mais a figura de seu representante legal.

Art. 15. *Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial (grifo nosso).*

A disposição foi ab-rogada pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que não existe mais *indiciado menor*.

Art. 34. *Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal (grifo nosso).*

Foi ab-rogado pelo art. 5.º do novo CC. Hoje, se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa somente poderá ser exercido por ele, que não possui mais representante legal.

Convém observar a Súmula n. 594 do STF, sobre a autonomia dos prazos decadenciais, com a seguinte redação:

“Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

De acordo com o Pretório Excelso, operada a decadência em relação ao ofendido, o direito de queixa continua com a titularidade de seu representante legal, se não soube da autoria do crime. Significa a existência de dois prazos: um para o ofendido e outro para o seu representante legal¹⁰. Adotado nosso entendimento, de observar-se ter a Súmula n. 594 perdido o sentido em relação ao ofendido maior de 18 e menor de 21 anos de idade, que não tem mais representante legal.

10 STF, RHC n. 49.052, RTJ 60/358. No mesmo sentido: RT 402/110, 407/91 e 437/409.

Art. 38. *Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia (grifo nosso).*

Hipótese de simples interpretação da expressão “representante legal”, não tendo havido ab-rogação ou derrogação. De modo que, tratando-se de ofendido maior de 18 e menor de 21 anos, só a ele caberá exercer o direito de queixa ou de representação. Mas ele poderá ser um doente mental ou menor de 18 anos, caso em que subsiste o representante legal.

Art. 50. *A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.*
“Parágrafo único. A renúncia do representante legal do menor que houver completado 18 anos não privará este do direito de queixa, nem a renúncia do último excluirá o direito do primeiro (grifo nosso).

O parágrafo único foi derogado. Não há mais *representante legal daquele que completou 18 anos de idade*¹¹.

11 Não existe mais “renúncia do representante legal daquele que completou 18 anos de idade”.

Art. 52. Se o querelante for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito (grifo nosso).

A disposição foi ab-rogada pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que, se o ofendido for maior de 18 anos de idade, só ele poderá conceder o perdão.

Art. 54. Se o querelado for menor de 21 anos, observar-se-á, quanto à aceitação do perdão, o disposto no art. 52 (grifo nosso).

Foi ab-rogado, tendo em vista que, se o querelado (ofendido) for maior de 18 anos de idade, só ele poderá aceitar o perdão.

Art. 194. Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador (grifo nosso).

O dispositivo disciplinava o interrogatório do menor de 21 e maior de 18 anos de idade. Como se entendia, “a presença do curador nos atos processuais é evitar qualquer cerceamento ao menor”, o que acarretaria ausência de ampla defesa, anulando-os. “Ele supre, com sua presença e proteção, a falta de capacidade plena do curatelado”.¹²

O artigo foi ab-rogado, à semelhança do art. 15 do mesmo diploma legal, pois o acusado maior de 18 e menor de 21 anos não é mais relativamente incapaz, poden-

¹² RT 720/492. Na observação de SÉRGIO DEMORO HAMÍLTON, “a posição do curador consiste, assim, na fiscalização do ato” (do interrogatório), “cabendo-lhe aconselhar o menor, denunciando, nos autos, qualquer ilegalidade ou abuso de poder” (artigo citado, p. 28).

do realizar todos os atos da vida civil (art. 5.º do novo CC), dispensando curador.

Art. 262. Ao acusado menor dar-se-á curador (grifo nosso).

A disposição cuidava do relativamente incapaz perante o CPP. Foi ab-rogada, uma vez que não existe mais o menor de 21 anos de idade (e maior de 18). O agente, aos 18 anos de idade, torna-se maior.

Art. 279. Não poderão ser peritos:

(...)

III – os analfabetos e os menores de 21 anos (grifo nosso).

O legislador, permitindo a atuação da pessoa como perito criminal a partir dos 21 anos de idade, pretendeu fixar o critério da maturidade, experiência, tanto que se preocupou, na ausência de peritos oficiais, com as qualidades do leigo substituto¹³. Como dizia JOSÉ FREDERICO MARQUES,

sendo auxiliar do juízo e, portanto, órgão da Justiça Penal, o perito deve atuar com imparcialidade e perfeita exação, visto que lhe cabem tarefas de suma importância para perfeito esclarecimento do thema probandum. Daí impedir a lei que sejam peritos... os menores de 21 anos¹⁴.

¹³ CPP, art. 159, § 1.º.

¹⁴ Op. cit. vol. II, p. 325, n. 506.

O inciso III, parte final, que menciona *os menores de 21 anos*, não foi modificado pelo art. 5.º do novo CC, tendo em vista que não disciplina a antiga menoridade relativa no processo penal.

Art. 434. O serviço do Júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos *maiores de 21 (vinte e um) anos*, isentos os maiores de 60 (sessenta) (grifo nosso).

O dispositivo, em sua segunda parte, não foi alterado pelo art. 5.º do novo CC, uma vez que não trata da antiga menoridade relativa processual penal (pessoas de idade entre 18 e 21 anos)¹⁵. Subsiste.

Art. 449. Apregoado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o juiz o nome, a idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador, se for menor e não o tiver, e defensor, se maior. Em tal hipótese, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido (grifo nosso).

O artigo foi derogado pelo art. 5.º do novo CC na parte que trata do curador do réu menor de 21 anos e maior de 18, hipótese que não existe mais.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

15 Tanto é que o menor de 21 anos, casado, e o emancipado civil não podiam ser jurados (RT 596/314).

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; (grifo nosso).

A alínea *c*, que cuidava do curador do réu menor de 21 anos de idade, foi derogada, pois a hipótese não subsiste em face do art. 5.º do novo CC. Fica, pois, superada a questão de ser absoluta ou relativa a nulidade proveniente da ausência de nomeação de curador ao menor de 21 anos de idade.

REFLEXOS NO CÓDIGO PENAL

De acordo com o art. 65 do CP, “são circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o *agente menor de 21*, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença;” (grifo nosso).

A menoridade, como atenuante genérica, sempre foi fixada em nossa legislação penal no limite de 21 anos¹⁶, não sendo a consideração dessa idade uma criação do Código Civil de 1916. Assim, o art. 18 do Código Criminal do Império de 1830 determinava:

São circunstancias attenuantes dos crimes:

(...)

n. 10. Ser o delinquente menor de 21 annos.

E o art. 39 do Código Penal de 1890 previa:

São circunstancias attenuantes:

(...)

§ 11. Ser o delinquente menor de 21 annos.

16 Sobre o assunto: MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I, p. 266.

Como ensinava ANÍBAL BRUNO, apreciando a capacidade penal relativa do agente,

de 18 a 21 anos incompletos, a lei não lhe reconhece uma maturidade mental concluída e, embora o considere imputável, concede-lhe em caso de fato definido na lei como crime, a atenuante da menoridade. A essa razão de imputabilidade deficiente, embora não propriamente ausente ou diminuída a ponto de justificar a exclusão da pena ou a sua sensível redução, vem juntar-se o interesse da ordem jurídica em que se poupe o menor à ação perversora da prisão, encurtando-lhe quanto possível o período do seu internamento¹⁷.

ROGÉRIO GRECO observa que

em várias de suas passagens, o Código Penal se preocupa em dar um tratamento diferenciado aos agentes em razão da idade deles. Cuida de modo especial daqueles que, ao tempo da ação ou omissão, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não estão completamente amadurecidos e vivem uma das fases mais complicadas do desenvolvimento humano, que é a adolescência. Estão, na verdade, numa fase de mudança, saindo da adolescência e ingressando na fase adulta¹⁸.

17 Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1969. V. II, p. 135. Como decidiu o TJSP, o delinqüente menor não está em condições iguais ao delinqüente adulto para suportar o rigor da condenação (RT 427/379).

18 Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 561. p. 252, n. 78.

Em face disso, *i.e.*, em razão de sua “imaturidade”, necessitam de “tratamento especial”¹⁹, o que vem sendo recomendado pelas legislações modernas.

Na verdade, a atenuante da menoridade atua como coeficiente de menor culpabilidade, reduzindo o juízo de censura em razão da falta de pleno amadurecimento da pessoa²⁰, sendo a diminuição da pena medida de política criminal. E, como vimos, o legislador de 1940, como o do Código Criminal de 1830 e o do Código Penal de 1890, não se atrelou ao limite de idade do Código Civil. Por essas razões, o art. 65, I, do CP, não foi alterado pelo art. 5.º do novo CC. Sub-siste.

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de 70 anos” (grifo nosso).

As razões que levaram o legislador à redução do prazo prescricional são as mesmas da atenuação

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 229. No sentido do fundamento da “imaturidade”: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 356, n. 339; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2000.

20 Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 838, n. 520; REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 183, § 7.º, n. 18.

genérica da pena em face da menoridade²¹. Como explica ROGÉRIO GRECO,

a imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensados. Além disso, a convivência carcerária do menor de 21 anos com criminosos perigosos acabará por perturbar a sua personalidade, razão pela qual, como medida despenalizadora, a lei penal reduz pela metade o cômputo do prazo prescricional²².

21 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II, p. 367, n. 58. Melo Matos, no preâmbulo do Decreto de 24 de fevereiro de 1933, que incluiu em nossa legislação a redução dos prazos prescricionais em face da menoridade relativa do agente, afirmava: "... Há uma idade de transição entre a adolescência e a maioridade penal, que vai dos 18 aos 21 anos feitos, na qual a responsabilidade do delinqüente é atenuada, sendo diminuídas as penas previstas pelas leis penais (Código Penal, art. 42, § 11; Código de Menores, art. 76); atendendo a que, se as leis assim determinam nesse período de transição, por ainda não ser completo o desenvolvimento mental e moral do indivíduo pelas suas condições psicológicas e éticas, é lógico e justo que, do mesmo modo que ele não é punido com todo o rigor da pena, também sejam diminuídos os prazos da ação e da condenação; atendendo a que, por esse ato de clemência, o Estado proporciona ao indivíduo, em plena maioridade, libertar-se mais depressa das más conseqüências da infração da lei, por ele praticada na menoridade, quando era ainda fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos."

22 Op. cit. p. 725.

O art. 115 do CP, pelos mesmos fundamentos relacionados ao art. 65, I, não foi ab-rogado ou derrogado pelo art. 5.º do novo CC.

Rapto consensual

Art. 220. Se a raptada é maior de 14 (catorze) e menor de 21 (vinte e um), e o rapto se dá com seu consentimento:" (grifo nosso).

Os objetos jurídicos do crime de rapto consensual são o pátrio poder e a autoridade tutelar exercidos em relação à mulher maior de 14 e menor de 21 anos de idade. Como, de acordo com o novo Código, a mulher maior de 18 anos pode exercer todos os atos da vida civil, não se encontrando mais sob o pátrio poder, de entender-se que o art. 220 do CP foi derrogado pelo art. 5.º do novo CC. Em razão disso, para efeito de aplicação do art. 220 do CP, deve ser considerada a ofendida maior de 14 e menor de 18 anos (e não maior de 14 e menor de 21 anos de idade).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Anibal. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II.

FELICÍSSIMO, Fernando Fulgêncio. A redução da maioridade civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso 17 set. 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência criminal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. II.

_____. **Lições de Direito Penal: Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

HAMÍLTON, Sérgio Demoro. **Reflexão sobre o exercício da curadoria no processo penal**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. (Ensaio Jurídico, v. 2).

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. II.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: RT, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel et all. **Penas e medidas de segurança no novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VIVEIROS DIAS, Marcus Vinicius de. Nova maioridade reflete também no âmbito penal. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/view.cfm>>. Acesso em 9 jan. 2003.

_____. Código Civil muda situação penal de menor de 21 anos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 14 jan. 2003. Caderno Cidades, p. C4.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: RT, 1997.

ABREVIATURAS

- art(s). – artigo(s)
CC – Código Civil
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
i.e. – *id est* (isto é)
n. – número(s)
op. cit. – *opus citatum* (obra citada)
p. – página(s)
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RT – Editora Revista dos Tribunais
RT – Revista dos Tribunais
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
STF – Supremo Tribunal Federal
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
v. – volume

A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS: O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE

Daniel e Silva Meira

Professor de Teoria Geral do Direito e Direito Privado da
Faculdade de Direito de Recife - Universidade Federal de
Pernambuco.

O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE

O fato, quer seja ele físico ou social, também denominado de fato não-jurídico, é o elemento gerador do direito subjetivo. Mas, não todo fato origina o direito, apenas aquele que a ordem jurídica vigente, por alguma razão, valorou, elevando-o à categoria de *fattispecie*. E é exatamente esse suporte fático que uma vez concretizado sofre a natural incidência da norma, transformando-se em fato jurídico que, por sua vez, permitirá a produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador, e pertinentes à norma vigente. Portanto, quando falamos em suporte fático estamos comentando a respeito de algum fato, evento ou conduta que poderá ocorrer no mundo real, no mundo em que vivemos e, por ter sido considerado relevante para o direito positivo, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Outrossim, é imperioso ressaltar a importância da concretização do suporte fático no mundo da realidade, uma vez que é através de sua ocorrência que será possível, como dito acima, o surgimento do fato jurídico, e conseqüentemente, a observância dos efeitos da norma, ou

seja, do seu momento efectual, que decorre de sua incidência sobre o fato juridicizado. A esse respeito, lapidar é a lição do nosso Mestre Lourival Vilanova, ao comentar que:...

Onde quer que se dê norma e fato, sobrevém relação jurídica: sobrevém os efeitos que se ligam ao fato, que se tornou, pela incidência da hipótese fática, fato jurídico... (Vilanova, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124).

Indubitavelmente, o suporte fático pode apresentar-se abstrato ou concreto. O suporte fático abstrato ou hipotético é aquele considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica, uma vez que existe, apenas, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, ao concretizar-se, observar-se-á sua incidência. Por outro lado, suporte fático concreto traduz o suporte fático quando já materializado, ou seja, quando o fato previsto como hipótese concretiza-se no mundo fático. Esse é o caso dos transgênicos, que aqui tratamos como sendo “o fato da atualidade”.

É importante ressaltar o elemento do suporte fático – a relevância do fato – que se traduz na sua valoração feita pela comunidade jurídica, isso porque o legislador quando cria as regras jurídicas de convivência social trata os fatos segundo critérios axiológicos, por via dos quais é mensurada a relevância que possuem para o relacionamento humano, para o convívio social harmônico. Sem

qualquer sombra de dúvidas, podemos ratificar o entendimento de que alguns fatos reais são considerados relevantes para o direito e a eles a norma jurídica dá entrada no mundo jurídico, através da técnica da incidência. Só os fatos que são valorizados pela comunidade jurídica (suporte normativo) é que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituindo o fato jurídico.

Ratificamos aqui o entendimento de que as necessidades dos homens, num sistema de relações intersubjetivas, determinam a seleção e a elevação, à categoria de fato jurídico, de determinados fatos que ocorrem no mundo, e essas valorações decorrem da carência do coletivo por uma normatização, para que os conflitos de interesses, gerados pela vida humana em sua interferência intersubjetiva, tenham sempre uma solução inteligente e definitiva, permitindo, destarte, aos sujeitos-de-direito, um convívio pacífico, saudável, próspero, perpetuador do Homem e de sua Obra. Eis a significação e importância do suporte fático para o mundo do direito.

O presente artigo analisa, sob o enfoque do direito, uma das maiores descobertas da ciência humana, o novo fato criado pela ciência biológica - **A transferência de genes de um organismo vivo e sua inserção na seqüência genética de outro organismo, do mesmo reino ou de reino diverso** - por meio de técnicas da engenharia genética. Esse processo permite que determinada característica, antes não apresentada por um ser vivo específico, possa agora ser expressa. Como exemplo, é possível a inclusão do gene do vaga-lume que expressa a sua fluorescência, no gene de uma roseira, que passará a produzir rosas fluorescentes. Portanto, tudo pode acon-

tecer, no processo de manipulação de material genético, em virtude das modernas técnicas desenvolvidas pela biotecnologia, ou engenharia genética. Os novos seres vivos, geneticamente modificados, recebem a designação de Transgênicos ou OGMs – Organismos Geneticamente Modificados.

Não há limite para essa técnica; por exemplo, é possível criar combinações nunca imaginadas, como a inclusão no DNA de uma planta, de um gene selecionado e cortado do DNA de um animal ou de uma bactéria.

A respeito desses cruzamentos não convencionais, que estão sendo experimentados pela comunidade científica, nos fala com muita clareza a cientista e escritora June Goodfield:

Já é possível fertilizar um embrião humano numa proveta e – afirma-se – reimplantá-lo com sucesso no útero da mãe. Ao recobrirmos um vírus “nu” com a capa de um outro, já podemos criar um vírus novo, capaz de provocar tumores no homem – coisa que nenhum dos dois vírus fazia antes. Já conseguimos sintetizar artificialmente um gene e fazê-lo agir dentro de uma bactéria. Somos capazes de estabelecer um processo químico numa célula viva enviando-lhe artificialmente uma mensagem genética. Podemos fabricar uma “coisa” – que outro nome lhe poderemos dar? – juntando uma célula humana a uma célula da planta do fumo. Fabricamos células híbridas com uma célula do fermento e uma célula sanguínea de um pinto; com as células de um homem e de um rato; com as células de um homem e de um macaco. Ainda não conseguimos

*fabricar uma “coisa” adulta, mas isso talvez seja apenas uma questão de tempo e de aprimoramento técnico. O clone não é segredo para nós: podemos desenvolver inúmeras plantas e animais a partir de células adultas simples. Somos capazes de retirar o núcleo de uma célula adulta de uma rã, introduzi-la no citoplasma de um ovo de rã do qual foi extraído o núcleo, estimulá-lo a se desenvolver e obter assim uma rã adulta, sob todos os aspectos idêntica à rã inicial. Já foram dados os primeiros passos para se fazer a mesma coisa com um mamífero – um coelho. Já se conseguiu mudar o sexo de um macaco no útero da mãe. Podemos escolher o sexo de nossos filhos. Já se retirou um embrião de cinco dias do útero de uma fêmea de babuíno para implantá-lo no útero de outra, que mais tarde deu à luz. O filho e ambas as mães estão passando bem. Estamos pensando seriamente em criar híbridos – as tais “coisas”, de novo – de chimpanzés e gorilas; de gorilas e homens. E quando eu digo “nós”, estou-me referindo a nós. O Dr. Geoffrey Bourne, do Yerkes Primate Center da Georgia, recebeu duas cartas do Museu Darwin de Moscou incitando-o a tentar precisamente essa experiência. E no Japão, pretende-se cruzar uma mulher com um primata, em mais uma tentativa de obter esse híbrido. (GOODFIELD, June. **Brincando de Deus**: a engenharia genética e a manipulação da vida. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1981. (Coleção o Homem e a Ciência; v. 12, p. 18 e 19)*

Assim, com as técnicas para a obtenção dos transgênicos, os cruzamentos de diferentes espécies de animais ou de animais e plantas não são mais impossíveis de serem observados. Como vimos acima, já são vários os registros de cruzamentos, no mínimo bizarros, desenvolvidos por cientistas do mundo inteiro. E isso não é tudo, existem outros casos, como o de um cientista que introduziu um gene do vaga-lume no DNA de um pé de fumo, que passou a brilhar no escuro. Outro cientista cruzou o pé de algodão com uma flor azul (anil) e obteve algodão azul, que não precisa ser tingido, para a confecção de tecido dessa mesma cor.

É bastante atual o tema em estudo, que vem sendo objeto de debates entre cientistas e juristas da área do Biodireito, e de outras áreas do conhecimento humano, uma vez que os chamados transgênicos e as técnicas de manipulação de gens interessam a toda a coletividade, que poderá ser beneficiada ou prejudicada em virtude dos efeitos gerados a partir da interferência humana nos processos naturais de produção de seres dos reinos animal e vegetal. Pela importância do assunto, o nosso legislador, ao tomar conhecimento, elevou a produção do transgênico à categoria de fato jurídico, por nós considerado o mais importante fato da atualidade.

É certo afirmar que no atual momento da história da humanidade, os conhecimentos científicos relacionados ao campo da biologia, particularmente da biologia molecular, ultrapassaram barreiras antes inimagináveis de serem apenas alcançadas, o que nos dá a certeza da necessidade da criação de regras para disciplinar as atividades desenvolvidas pelos cientistas, no uso das novas técnicas de ma-

nipulação de material genético, da execução e do monitoramento de procedimentos formais para total controle das técnicas de transgenia, utilizadas para a produção dos organismos geneticamente modificados (OGMs), em todos os seus aspectos: no seu processo de produção propriamente dito; no cultivo dos víveres modificados geneticamente; na manipulação dos mesmos; na sua comercialização, com a liberação para o consumo humano, se for o caso; na minimização do impacto ambiental, tudo visando à proteção da natureza e do homem. Portanto, a inserção dos transgênicos no sistema normativo jurídico tem o fito de impedir o mau uso dos novos conhecimentos da engenharia genética, atividade essa que, desregrada, poderá legar à humanidade feitos desastrosos, de conseqüências irreparáveis, danosas ao equilíbrio da vida no globo terrestre.

Longe de dúvidas, a pouca familiaridade da humanidade atualmente com os organismos geneticamente modificados e a constatação, pela comunidade científica, da possibilidade de riscos à saúde humana e à natureza, pela ingerência do homem na produção de espécies vegetais e animais geneticamente modificadas, e a ausência de domínio pleno da nova tecnologia levaram à regulamentação das atividades com transgênicos pelos governos de diversos países.

No Brasil, a Lei 8.974 de 05 de janeiro de 1995, que regulamentou o art. 225 da Constituição Federal de 1988, trata de estabelecer as diretrizes para o controle das atividades e dos produtos originados pela moderna biotecnologia, a tecnologia do DNA recombinante, que permitiu o surgimento dos OGMs, também designados – Transgênicos. As diretrizes traçadas pela Lei supra têm o

fito de garantir que o conhecimento científico, no Brasil, permita à presente e às futuras gerações de brasileiros o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à melhoria da qualidade de vida de todos nós. Que seja viabilizado, destarte, o manejo ecologicamente correto das espécies e ecossistemas; que se preservem a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e que se fiscalizem as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, minimizando, ao máximo, os riscos à saúde da população e o impacto negativo e possível ao meio ambiente, riscos esses oriundos do avanço tecnológico, na área da engenharia genética.

A inserção dos OGMs em nosso sistema normativo jurídico serve para direcionar o desenvolvimento dessa nova atividade humana, no sentido da consecução de fins nobres e oportunos, necessários mesmo para a elevação da qualidade de vida da população brasileira, e a preservação dos nossos recursos naturais, indispensáveis à nossa existência. Sem mencionadas regras, é certo que o egoísmo, a cobiça e a vaidade humana abririam veredas perigosas na evolução da engenharia genética, contrários ao propósito harmônico da vida.

Acertadamente, observando o princípio universal da prudência, o nosso legislador, numa atitude de valoração dos OGMs, necessária para o seu disciplinamento pelo Direito, erigiu à categoria de fato jurídico o Transgênico, permitindo, assim, quando de sua produção, comercialização e consumo, pela técnica da incidência normativa, a efectualização das normas de biossegurança, permitindo, ao final, a atuação dos Órgãos Públicos na defesa dos interesses da coletividade.

O PARTIDO POLÍTICO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti
Procuradora do Município do Recife. Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE e do Bureau Jurídico.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. DEFINIÇÃO DE PARTIDO POLÍTICO 3. O PARTIDO POLÍTICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 4. NATUREZA JURÍDICA DO PARTIDO POLÍTICO 5. O PAPEL DO PARTIDO POLÍTICO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA 6. CONCLUSÃO 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos partidos está ligado ao da democracia, ou seja, à extensão do sufrágio popular e às prerrogativas parlamentares e é nesse sentido que Maurice Duverger¹ afirma que:

quanto mais as assembleias políticas vêm desenvolver-se suas funções e sua independência, tanto mais os seus membros se ressentem da necessidade de se agruparem por afinidades, a fim de agirem de comum acordo; quanto mais o direito de voto se estende e se multiplica, tanto

¹ DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. 3 ed. Rio de Janeiro : Ed. Guanabara, 1987. apud CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Os Partidos Políticos e a Democracia*. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, fev./abr. 1990.

mais se torna necessário enquadrar os eleitores por comitês, capazes de tornar conhecidas as candidaturas e de canalizar os sufrágios em sua direção.

Na democracia representativa o partido político exerce papel importante, pois por meio dele a sociedade pode expressar suas opiniões, interferindo na orientação política do governo e impondo determinada linha de conduta aos eleitos.

No presente trabalho tentaremos demonstrar a importância do partido político como instrumento fundamental da democracia, porém, necessário se faz analisarmos também a definição de partido político, sua constitucionalização e natureza jurídica.

2. DEFINIÇÃO DE PARTIDO POLÍTICO

Orlando Soares² afirma que:

sob a ótica da ciência política, partido político é a união de muitas pessoas, que têm as mesmas idéias ou seguem os mesmos princípios ou teorias. Em sentido lato, traduz a noção de bando ou facção.

José Alfredo de Oliveira Baracho³ salienta que:

Para Giovanni Sartori o termo "partido" entrou em uso, substituindo gradualmente a expressão depreciativa "facção", com a aceitação da idéia de

.....

- 2 SOARES, Orlando. *Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros. Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, ago/out 1989.
- 3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direitos Políticos. Partidos Políticos. Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, 1991.

que um partido não é necessariamente uma facção, que não é necessariamente um mal e que não perturba necessariamente o "bonum commune", o bem-estar comum.

Sartori⁴ apresenta a seguinte definição de partido político:

um partido é qualquer grupo político identificado por um rótulo oficial que apresente em eleições, e seja capaz de colocar, através de eleições (livres ou não), candidatos a cargos públicos.

Para Palhares Moreira Reis⁵:

Define-se um partido político como sendo uma associação de pessoas organizadas, tendo em vista participar, de modo permanente, do funcionamento das instituições e buscar acesso ao Poder, ou ao menos influenciar no seu exercício, para fazer prevalecer as idéias e os interesses de seus membros. Estas idéias e estes interesses, reputados como os mais convenientes para a comunidade, se pretende sejam convertidos em lei ou em linhas de ação política do Governo.

.....

- 4 SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Rio de Janeiro: Zahar, Brasília, UNB, 1982. apud CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Os Partidos Políticos e a Democracia. Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, fev./abr. 1990.
- 5 REIS, Palhares Moreira; Antônio Carlos. *Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 114, abr/jun 1992.

3. O PARTIDO POLÍTICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Considerando a grande importância do partido político para o funcionamento dos regimes políticos, era necessário lhe conceder o "status" constitucional.

No Brasil, a Carta de 1824 e a de 1891 sequer fazem menção a partido político, enquanto o texto de 1934 trata do assunto quando "proíbe o servidor público de abuso de poder em favor de partido político".

Novamente o tema não foi abordado na Carta de 1937, mas nas de 1946 e 1967 ele está presente em vários dispositivos.

A Constituição de 1988 trata da matéria, garantindo a liberdade de criação e o modo de funcionar dos partidos, dispondo no seu art. 17:

Art. 17 É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei;

§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna,

organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

O reconhecimento constitucional dos partidos políticos é exaltado quando o art. 1º, V da Constituição Federal de 1988 considera um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o pluralismo político.

Constitucionalmente a matéria relativa aos partidos políticos, além do art. 17, encontra-se disciplinada também no art. 14, § 3º, V, que trata da filiação e condição de elegibilidade; no art. 42, § 6º, sobre filiação de militar a partido político; no art. 58, § 1º, relativo à representação proporcional e à composição das mesas e comissões do Congresso e no art. 150, VI, c, que veda à União e aos entes autônomos da organização federativa instituírem impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos.

4. NATUREZA JURÍDICA DO PARTIDO POLÍTICO

Existe uma controvérsia acerca da natureza jurídica do partido político. Tanto a doutrina estrangeira quanto a brasileira se divide ao tratar do tema, pois para alguns

seria pessoa jurídica de direito público e para outros, de direito privado.

Sérgio Sérvulo da Cunha⁶ defende a personalidade jurídica de direito público para o partido político fazendo a seguinte colocação:

No Brasil, os cargos políticos nos Poderes Legislativo e Executivo são preenchidos mediante eleições, e só se admite candidato mediante a inscrição partidária (v. art. 14, § 3º, V, da Constituição). Portanto, sem o concurso dos partidos, não há como organizar e desempenhar as funções estatais. Na democracia moderna, não há poder político, nem Estado, se não há partido político. Ressalta, daí, a natureza pública do partido.

Como os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil (Constituição art. 17, § 2º), alguns excelentes autores, precipitadamente, entenderam que são pessoas jurídicas de direito privado. No mesmo equívoco incidiu a Lei nº 9.096, em seu art. 1º.

Sabemos, porém, que o nome não dá ser às coisas. Mesmo a lei designa erroneamente, se designa em desacordo com o que deflui dela mesma e do ordenamento, em seu conjunto.

6 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes e VELLOSO, Carlos Mário da Silva (org). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

Já Palhares Moreira Reis⁷ tem o seguinte posicionamento:

Na doutrina brasileira, especialmente nos comentários ao Direito Eleitoral legislado, o entendimento sobre a natureza jurídica do partido político aceitou pacificamente, quase sempre, o disposto na Constituição ou na Lei Eleitoral.

Para Fávila Ribeiro, 'a personificação do partido não resulta do exclusivo concerto de vontade de seus associados-fundadores, ficando a depender do ato oficial de reconhecimento'. Mas, sendo pessoas jurídicas de direito público interno, a tais agremiações não se reconhecia a condição de órgãos de Estado, por não exercerem qualquer parcela de jus imperii, como era a opinião dominante entre diversos autores, inclusive de Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decisórios daquela Alta Corte. Igualmente, no Direito estrangeiro. Na Alemanha, chegou-se mesmo a considerar que, pelo fato de serem os partidos políticos partícipes da formação e do encaminhamento da vontade do povo, teriam funções de um órgão constitucional.

Pessoa jurídica de direito privado, simples associação de indivíduos, com objeto lícito e possível, como qualquer outra entidade de direito privado,

7 REIS, Palhares Moreira; Antônio Carlos. O partido Político e a Lei de 1995. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes e Velloso, Carlos Mário da Silva (org). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

com o reconhecimento de necessidade e de participação no processo democrático, pretendem outros. É o que prevalecia em 1932 e 1945, e está retomado pela Constituição vigente.

A segunda corrente parece-nos melhor adequada à realidade brasileira e por tal razão traduz a verdadeira natureza jurídica do partido político, ou seja, pessoa jurídica de direito privado.

5. O PAPEL DO PARTIDO POLÍTICO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

No final do século passado, várias críticas foram lançadas sobre a democracia representativa. Rousseau fazia a objeção de que a vontade não se representa, como a infirmitade de que a soberania popular não passa além do momento da eleição, pois os eleitos é que governam, segundo bem lhes parece.

Para se contrapor a essas críticas, pensadores e juristas passaram a utilizar o partido político como forma de aprimoramento da democracia representativa, entendendo que por meio de um partido organizado se pode interferir na orientação política do governo e impor determinada linha de conduta aos eleitos, bem como através do voto é possível ao eleitor escolher a melhor proposta política.

Após a Segunda Guerra Mundial, o partido político assumiu papel de fundamental importância para a democracia, quando as instituições partidárias passaram a guiar e traduzir a opinião da comunidade, legitimando o exercício do poder.

Apesar de sua importância, os partidos políticos sofrem críticas, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸:

Se há pouco menos de um século se difundiu a idéia de que os partidos políticos são imprescindíveis à democracia, e mais do que isso, ao aprimoramento da democracia, isto não significa que se ignorem os seus possíveis malefícios.

Duverger, numa conhecida análise, aponta para ambivalência dos partidos. Por um lado, são eles necessários para preparar a definição eleitoral popular, para difundir programas de governo, para escolher – e avaliar – candidatos, para manter entre os pleitos um liame entre o povo e os eleitos, para nas câmaras facilitar a coordenação tanto da maioria quanto da minoria, etc., mas, por outro lado, podem ser instrumentos de corrupção, fatores de lutas intestinas, sementeiras de discórdia, etc.

Dai o imperativo de, por intermédio de um estatuto constitucional e legal, favorecer o seu aspecto positivo, coibir a sua inclinação negativa. Nítido isto está no citado art. 21 da Lei Fundamental da República Federal Alemã, como está no art. 17 da Constituição Brasileira de 1988, esta, aliás, seguindo um caminho já assinalado pela Constituição de 1946 (art. 141, § 13), de 1967 (art. 149), Emenda n. 1/69 (art. 152).

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma Constitucional: O Sistema Eleitoral e Partidário. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes e VELLOSO, Carlos Mário da Silva (org). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

No Brasil, apesar das regras previstas na Constituição e na Legislação, os partidos políticos ainda não assumiram o papel que lhes cabe no processo democrático. Observa-se, na realidade brasileira, que os partidos políticos, na maioria das vezes, são meros instrumentos dos candidatos para acesso ao mandato e não o meio utilizado para expressar as convicções ideológicas, os princípios e valores que os filiados devem defender.

Porém, é inegável que os partidos políticos são fundamentais para a democracia e é nesse sentido que Palhares Moreira Reis⁹ destaca:

O Sistema de Partido – a presença de um, dois ou mais partidos, ou mesmo nenhum deles – é de especial relevância para o funcionamento do respectivo regime político. O próprio partido político é considerado como elemento de base para a existência de uma democracia, por se tratar de uma associação que aglutina as forças políticas, tal amálgama sendo indispensável para a realização do jogo democrático que ocorre de modo continuado.

A Democracia Representativa é o regime de governo em que o processo de opinião pública é fundamental. Nele, o partido político é o canal mais importante para a difusão e ajustamento das parcelas mais próximas da opinião política, aglutinando-as pelo denominador comum dos

9 REIS, Palhares Moreira Reis; Antônio Carlos. *Os Partidos Políticos...*, ob. cit., p. 114.

seus principais elementos. É também, o veículo que permite uma ação política, tão homogênea quanto possível, junto aos eleitores e aos eleitos, para transformar em decisões políticas as linhas mestras da opinião dominante.

6. CONCLUSÃO

Diante desse panorama, resta-nos afirmar que sem dúvida o partido político, apesar de todas as críticas, é um instrumento fundamental da democracia e nesse sentido afirma Maurice Duverger¹⁰ que a observação dos fenômenos políticos contemporâneos revela um fato incontestável: nos países que alcançaram um certo grau de civilização material e certo padrão de vida, a liberdade coincide com o regime dos partidos.

O partido político tem ocupado papel de destaque para a democracia representativa e no Brasil, com a sua constitucionalização e com a legislação existente, avanços consideráveis são percebidos, como por exemplo a liberdade de sua criação e funcionamento. Todavia, é imprescindível que os partidos políticos brasileiros passem realmente a atuar “como elemento de base para a existência da democracia” e não como meras “legendas de aluguel para candidatos”, passando efetivamente a expressar as convicções ideológicas, os princípios e valores defendidos pelos seus filiados, “transformando em decisões políticas as linhas mestras da opinião dominante”.

10 Duverger, Maurice. *Os Partidos Políticos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. apud CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os Partidos Políticos e a Democracia. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, fev./abr 1990.

7. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos Políticos. Partidos Políticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, 1991.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os Partidos Políticos e a Democracia. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, fev./abr. 1990.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. A Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (org). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma Constitucional: O Sistema Eleitoral e Partidário. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (org). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REIS, Palhares Moreira, Antônio Carlos: Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 29, n. 114, abr/jun. 1992.

_____. O partido Político e a Lei de 1995. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (org). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES, Orlando. Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, ago/out. 1989.

DEFINIÇÃO DE DIREITO – UMA PONTE ENTRE FLAVIO LOPEZ DE OÑATE E LUIS RECASENS SICHES

Fernando Monteiro
Mestrando em Direito pela Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE

SUMÁRIO

1. NECESSÁRIOS DELINEAMENTOS 2. NA TENTATIVA DE CLAREAR UM AMBIENTE DE PENUMBRA 3. A INCESSANTE BUSCA PELA COMPREENSÃO DA ESSÊNCIA DO DIREITO 4. PONDERAÇÕES DE LOPEZ DE OÑATE 5. RECASENS SICHES – DIREITO E VIDA HUMANA 6. A PONTE QUE CONSOLIDA UMA IDÉIA 7. NECESSITAMOS MESMO DE DEFINIÇÕES? 8. REFERÊNCIAS.

1. NECESSÁRIOS DELINEAMENTOS

É regra, no mestrado em direito da Universidade Federal de Pernambuco, a apresentação de trabalhos de natureza monográfica, ao término das aulas das disciplinas ofertadas como pré-requisito para a defesa da dissertação final. Esta é, pois, uma monografia relativa à disciplina Filosofia do Direito I, ministrada pelo Professor Nelson Saldanha no primeiro semestre de 2002.

Alguns pontos, ainda que de forma bastante sucinta, merecem ser esclarecidos nesta introdução, como auxílio à melhor compreensão do trabalho apresentado. A rigor, convém discorrer sobre a delimitação do tema, sobre os principais aspectos metodológicos utilizados na pesquisa e sobre os objetivos a que se propõe o autor do texto.

Não nos esqueçamos de que para se pensar bem, necessário se faz estabelecer um domínio sobre a língua, já que esse condiciona nitidamente o pensamento. Tanto mais no campo da filosofia, em que se busca a melhor unidade possível entre pensamento e língua. E para que ambos possam sinalizar permanentemente para as nossas preocupações metodológicas,

cumpra, pois, manter sempre os dois fornos acesos, estar sempre com dois ferros no fogo, cuidando ora de um ora de outro, indo e vindo sem parar¹.

De antemão que se estabeleça com nitidez uma pré-condição que norteie todo o trabalho, mesmo até esta parte introdutória. Trata-se da incessante busca pela clareza, facilitando ao leitor a recomposição dos passos dados durante a realização da pesquisa. Estabelecer critérios objetivos e persistentes, ao longo do texto, capazes de concretizar essa facilitação almejada. Tratemos, então, de esclarecimentos mais específicos!

Em primeiro lugar, a delimitação do tema. Dentre os tópicos presentes no conteúdo programático da disciplina conduzida pelo Prof. Saldanha, um deles, o de número III, foi a fonte para o trabalho. Trata do “direito como objeto de reflexão”, como tema mais amplo, e, sobretudo, os subitens 2 e 3, que respectivamente tratam do “direito como determinada coisa” e do “direito como experiência e como objeto complexo”. Daí esboçou-se a idéia que resultou no tema da monografia. Uma pesquisa sucinta sobre a conturbada questão do conceito de direito, procurando-se levantar algumas considerações preliminares

1 FOLSCHEID, Dominique, WUNENBURGER, Jean-Jacques *Metodologia Filosófica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 169.

acerca do conhecimento humano, em sentido amplo, e das noções filosóficas de conceito e de definição. A partir disso, buscou-se enfatizar as concepções sobre o direito de dois jurisfilósofos do século passado, o italiano Flávio Lopez de Oñate (falecido em 1944) e o guatemalteco Luis Recasens Siches (falecido em 1977), tentando-se estabelecer uma ponte entre esses autores, aspecto que se pretende original por não haver sido encontrada referência cruzada entre ambos nas obras pesquisadas. Por fim, desejou-se apresentar alguns questionamentos a respeito da insistente procura por conceitos, especialmente a partir do século XIX, como se isso nos levasse a uma maior compreensão dos objetos de conhecimento.

Estabelecido o tema, alguns detalhes de natureza metodológica devem ser abordados. O trabalho está dividido em seis tópicos, além da introdução e da bibliografia constante no final. A pesquisa, na sua totalidade, voltou-se para a leitura de livros ou de revistas sobre o assunto, como meio de apuração do conteúdo a ser desenvolvido. As obras pesquisadas dos dois principais jurisfilósofos encontram-se em língua espanhola (tradução, no caso de Oñate, e língua original, no caso de Recasens Siches). As demais obras foram lidas ou em espanhol, ou em português, optando-se por usar no corpo do texto a língua original da leitura feita, quando das citações diretas. Nas indiretas, paráfrases ou condensações, buscou-se manter a originalidade das idéias do autor citado. A propósito da indicação das fontes citadas, optou-se pelo sistema numérico, ou citação-nota, com notas ao fim do texto, sistema menos enxuto que o autor-data, porém mais

adequado à reduzida dimensão deste trabalho. Vale ressaltar que, em meio ao emaranhado de opções metodologicamente adequadas a uma pesquisa monográfica, as escolhas aqui feitas tiveram como elemento norteador, repita-se, a clareza do texto, com vistas à comodidade do leitor. Relembrando as palavras de Ortega y Gasset,

siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo, y, además, esta disciplina nuestra pone su honor hoy más que nunca en estar abierta y porosa a todas las mentes, a diferencia de las ciencias particulares, que cada día con mayor rigor interponen entre el tesoro de sus descubrimientos y la curiosidad de los profanos el dragón tremebundo de su terminología hermética².

O objetivo maior da monografia é o de retomar, com nova ambientação, um tema com aparência de coróido, o do conceito de direito, mas inquietantemente palpitante, a ponto de abrir horizontes para construções ainda muito originais. A questão do conceito de direito é, juntamente com a temática sobre os seus fins, dos campos mais profundos nas investigações de natureza jurídico-filosófica. É sabido que a ciência do direito, por meio da teoria geral, também questiona sobre o conceito, mas a partir de uma perspectiva interna ao fenômeno jurídico. A filosofia do direito, por seu turno, “*quiere saber qué es el derecho, mas no respecto de la vida jurídica, sino respecto de*

2 ORTEGAY GASSET, José. *Que es Filosofía?*, Madrid: Espasa, 1999. p. 39.

toda la vida, para comprender por qué aquél existe en ésta”³. E é nesse sentido que se desenvolve o presente trabalho.

Uma última observação. O caráter sintético do texto fez com que determinados temas tenham sido quase que apenas apresentados, sem a possibilidade de um maior aprofundamento. De qualquer modo, mesmo quando isso ocorreu, pretendeu-se dar consistência ao pouco conteúdo abordado, permitindo algum posterior refazimento da pesquisa, com objetivos mais alargados. O tema em si é, como se perceberá, um forte convite à eterna reflexão sobre a essência do direito!

2. NA TENTATIVA DE CLAREAR UM AMBIENTE DE PENUMBRA

O entendimento sobre como o ser humano conhece o mundo e a si mesmo tem sido objeto de reflexão desde o nascimento da filosofia grega, para tomarmos o paradigma da civilização ocidental, por volta do sexto século antes da era cristã. É provável que a mais antiga filosofia seja a indiana, bem anterior à grega, e nos textos hindus chamados Vedas, datados de 1400 a.C., já se apresentava uma cosmogonia, exibindo um considerável ceticismo quanto à possibilidade de haver respostas para questões fundamentais, como a da origem de todas as coisas⁴. A discussão, entretanto, sobre a existência ou não de saberes sistematizados, com aura de filosofia, anteriores ao apogeu grego, não enfraquece a

3 Piovani, citado por Máynez, Eduardo García. *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1999, p. 16.

4 SOLOMON, Robert C., HIGGINS, Kathleen M. *Paixão pelo Saber*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 21-34.

constatação, antes a reforça, de que de há muito o homem se interroga sobre o problema do conhecimento.

É sabido que na Antiguidade e na Idade Média as preocupações dos filósofos tiveram natureza preponderantemente ontológica. Desenvolveram-se metafísicas, buscando a essência das coisas reais ou ideais existentes. Tome-se, a título de ilustração, as filosofias platônica, aristotélica e aquiniana, marcantes nesse período. Ainda assim, especulações de caráter gnoseológico estabeleceram-se, de forma marginal, até o advento da modernidade. Como disciplina independente, contudo, a teoria do conhecimento desponta a partir de fins do século XVII, com John Locke, Leibniz, Berkeley, Hume e, sobretudo, Kant, tido como o divisor de águas no tocante às especulações sobre o conhecimento humano.

De lá para cá, tomando-se esse lá como qualquer ponto entre os séculos VI e IV da era pré-cristã, digladiaram-se postulantes do dogmatismo, do ceticismo, do subjetivismo, do relativismo, do pragmatismo e do criticismo, no debate sobre a possibilidade do conhecimento. Quanto a sua origem, racionalistas, empiristas, intelectualistas, aprioristas e criticistas também marcaram presença na interminável discussão. Sobre a essência do conhecimento, partidários do realismo, do idealismo e do fenomenalismo apresentaram suas teorias. E o debate continua, com toda a complexidade do tema, sobretudo pela presença de alguns elementos complicadores. Por exemplo, todos esses “ismos” apresentados subdividem-se ainda em várias tendências, configurando um quadro filosófico nada animador em termos de clareza acerca do problema gnoseológico⁵.

5 Classificação utilizada com base em HESSEN, JOHANNES. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. *passim*.

Mais recentemente, a reflexão sobre a teoria do conhecimento recebeu aportes vindos da psicologia, da neurologia e da ciência da cognição. Trata-se, assim, mais do que nunca, de um gigantesco esforço multidisciplinar com vistas a uma maior compreensão do tema. O próprio funcionamento da mente humana, essa caixa preta à espera de uma decodificação, passa a ser elemento essencial no estudo. Não se trata, entretanto, de tarefa promissora, já que “certas peculiaridades da mente são inabordáveis por uma teoria geral. Ou seja, não há ciência geral do que é vivenciado por cada indivíduo porque o processo é único”⁶. A idéia de uma teoria unificadora capaz de fundamentar qualquer explicação, nos moldes de uma teoria final do físico Steven Weinberg⁷, é ainda uma pretensão muito distante.

Não cabe aqui, em razão do tema proposto para o texto, uma ampla investigação sobre como se processa o conhecimento humano. Um detalhamento de como se dá a apreensão pelo sujeito conhecedor dos objetos conhecíveis, sejam entes matemáticos, dados empíricos ou conceitos, não é objetivo imediato do trabalho. No máximo, uma apresentação sucinta de um modelo mais adequado ao pensamento contemporâneo, que será apresentado mais à frente. Por hora, já há uma questão filosófica de peso a ser iluminada, qual seja o entendimento das noções de conceito e de definição ao longo da trajetória do pensamento humano.

6 DEL NERO, Henrique Schützer. *O Sítio da Mente*. São Paulo: Collegium Cognitionis, 1997 p. 264.

7 Steven Weinberg, entrevista concedida a Alexandra Osório de Almeida, na *Folha de São Paulo*, caderno MAIS, edição 26.380, de 24 jun. 2001.

Desde a Antigüidade Clássica, diversas foram as acepções utilizadas para o termo conceito, como “noção”, “idéia”, “pensamento”. A palavra grega *logos* chegou a ser insatisfatoriamente traduzida como conceito. Platão e Aristóteles apreenderam o termo como uma “universal” que determina a natureza de uma entidade. Tudo leva a crer que, nesse sentido, conceito às vezes é essência (realismo platônico), às vezes substância (conceptualismo aristotélico). Na passagem da Idade Média para a Moderna, especialmente com os neo-escolásticos, cuja maior expressão é o espanhol Francisco Suárez, tratou-se de conceito formal (o verbo com que o entendimento concebe uma coisa) e de conceito objetivo (a coisa que se conhece por meio de um conceito formal).

A partir da modernidade, sobretudo com Descartes, conceito passou a ser utilizado como idéia, determinado pelas orientações ou mais racionalistas ou mais empiristas. Para aqueles, idéia numa acepção metafísica com uma interpretação epistemológica. Para os últimos, idéia com significação psicológica. A revolução kantiana introduziu a distinção entre intuições e conceitos, moldando o sentido de conceito enquanto “quadro” no qual se encaixa a experiência possível. Assim, os conceitos precisam ser aplicados a um “material” dado nas intuições (para Kant, as intuições sem conceitos são cegas, e os conceitos sem intuições são vazios). Tal concepção prolongou-se no tempo, confundindo-se em parte com a já bem mais recente concepção de paradigma.

Os filósofos contemporâneos navegam por mares diversos. Alguns enfatizam o caráter convencional e instrumental dos conceitos. Outros equiparam-nos a

significados. Outros ainda consideram-nos descrições abreviadas, com importante papel para o processo de conhecimento. E não se pode omitir os que vêem o conceito como noção lógica fundamental, guardando relação direta com a lógica e não com a psicologia. Historicamente, pois, há um emaranhado de concepções para o termo conceito.

Quase que o mesmo trajeto rico e abundante em noções distintas se aplica para o termo definição, que frequentemente é concebido de forma negativa, como delimitação de um ente em relação aos demais (indicação dos seus fins ou limites). O pensamento socrático e platônico acentuou que a definição (universal) de uma realidade se dá pela divisão de todas as realidades de acordo com as correspondentes propriedades essenciais de cada tipo de realidade considerada. Aristóteles a estudou também como um processo mental por meio do qual se acha um termo médio que permite saber o que é um ente dado. A partir dos escolásticos, reforçaram-se certas regras: a definição deve ser mais clara que a coisa definida; a coisa definida deve ficar excluída da definição; a definição não deve conter nem mais nem menos que o passível de ser definido.

Hoje se considera que a definição se realiza no nível lingüístico (*definiendum e definiens*), na polaridade entre a expressão que se procura definir e a expressão que define a citada expressão. Também se deram, ao longo da história, tentativas de classificação das definições, como a de Dubislav, contendo quatro doutrinas principais. Definição como determinação da essência (Aristóteles); definição como determinação do conceito (Kant, Fichte); como es-

clarecimento de um significado de um signo; ou, ainda, como determinação (não esclarecimento) de um significado de um signo (Pascal, Leibniz, Nova Lógica). Outra acepção, fala-se também, e não deixa de ser uma tipificação, de definições reais (busca da natureza ou da essência da coisa) e de definições nominais (expressão por meio da qual se indica o que significa um nome), além de outros tipos presentes a partir da análise de viés lingüístico⁸.

É possível que a tentativa de se clarear um ambiente de penumbra, proposta no título acima, não passe de uma ilusão, dada a complexidade do tema. Necessário se faz, entretanto, em meio a todo esse enredo, estabelecer alguns pontos de apoio, úteis para o desenrolar do trabalho. A aceitação, por exemplo, acompanhando as teorias semióticas mais modernas, de que existem vários níveis ou estruturas mentais através das quais as informações vindas do meio passam até se transformarem em pensamentos e posteriormente em signos⁹. Também a assunção do abismo gnoseológico, ou seja, da impossibilidade de captação plena do objeto pelo sujeito no contexto do conhecimento humano. Há limitações de ordem biológica, relativas ao próprio homem, e há limitações na inserção deste no meio circundante, sempre em busca de um sentido para tal inserção, abrindo um outro abismo de natureza axiológica. Enfim, a busca do conhecimento pressupõe filtragens biológicas e ideológicas em todo o processo desencadeado pela relação sujeito-objeto.

8 Para uma melhor compreensão do tema, ver verbetes "conceito" e "definição" em MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000. Tomo I, p. 518-522 e p. 651-654.

9 BIZZOCCHI, Aldo. Cognição – Como Pensamos o Mundo. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 175, p. 34-40, set. 2001.

Deve-se considerar a hipótese de que existem incompatibilidades recíprocas entre os eventos reais (que se encontram na dimensão fática, interna ou externa ao homem), as idéias (como conceitos ou como pensamentos, no sentido mais amplo) e a expressão simbólica destas (aspecto lingüístico). Os eventos reais são únicos, irrepetíveis, fazendo-se presentes nas experiências humanas. Como, então, captar uma infinidade de eventos, já que os mesmos não se repetem da mesma maneira, ou antes, já que cada um é um novo evento? Também é conveniente considerar o sentido de idéia para a formulação mental levada a cabo pelo homem na apreensão dos objetos de conhecimento, buscando-se, assim, superar o amplo espectro de significação do termo conceito, anteriormente apresentado, e ancorando-se num porto mais seguro. Caberia, em face disso, estabelecer uma diferença entre ideal e irreal, o que se pode fazer considerando como ideal a referência a todo objeto idealmente construído (inexistente, por óbvio, no mundo real) e como irreal os meros fenômenos psíquicos, produtos do imaginário. Assim, todo ideal é irreal, mas nem todo irreal é ideal. Utilize-se, pois, idéia como representação do ideal e pensamento como representação do irreal, no contexto aqui apresentado.

Ao deparar-se com o ambiente, através dos sentidos, o ser humano constrói idéias no contato com os eventos. Isso ocorre no âmbito da experiência, da qual o ser humano não se desliga em hipótese alguma. Cria-se a condição de se pensar conjuntamente os eventos irrepetíveis, na procura de um sentido capaz de gerar conhecimento. O processo de generalização das idéias (para o homem

tomado individualmente também um processo único, irrepitível) é, reforça-se, uma imperfeita captação dos eventos. Essas idéias, ao serem expressas simbolicamente, enfrentarão novo fosso entre o que existe (primeiro como evento, depois como idéia) e o que se pretende transmitir. Enfim, do evento à idéia construída sobre o evento existe um universo de distância; desta à expressão lingüística compreensível pelos demais há outro universo. E assim se dá o conhecimento. É muito mais penumbra do que luz!¹⁰

3. A INCESSANTE BUSCA PELA COMPREENSÃO DA ESSÊNCIA DO DIREITO

Em se tratando de conceitos e de definições, ou, num sentido mais amplo, da compreensão humana, a experiência jurídica, tão antiga quanto a própria vida em sociedade, tem desafiado filósofos e juristas ao largo da evolução histórica. Muito se tem investigado a respeito de uma idéia de direito, de um conceito, de uma definição. Em face dos abismos, gnoseológico e axiológico, apresentados no tópico anterior, é natural que se constate a aridez desse desafio. Mas o de chamar a atenção é que, para o direito, parece que a dificuldade é ainda maior.

Tentar compreender o direito supõe uma separação (ainda que implícita) entre o âmbito jurídico e os outros setores da vida institucional. Mas existe uma evidência: o direito se manifesta dentro da sociedade, assim como a política, a religião, a economia. Há, entretanto, no campo da conceituação dois aspectos a serem considerados: um

10 Para a adequada compreensão dos últimos três parágrafos do tópico 2, ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. Especialmente o capítulo décimo-terceiro.

lógico e outro ontológico. A lógica, em tal contexto, desempenha função meramente instrumental. A busca lógica por uma delimitação, na construção de um conceito, pressupõe um pensar que existe antes de ser expresso (salvo se for atribuída à lógica natureza de substancialidade). O aspecto ontológico, por seu turno, é que se manifesta como responsável por ajudar a situar o direito, oferecendo-lhe as devidas dimensões. É o direito apenas norma? É essencialmente fato? É valoração humana sobre fatos? É ordenação interpretativa? Ou é um todo complexo que abrange as partes indicadas mas que a elas não se reduz?¹¹

Uma obra que se tornou um clássico do pensamento jurisfilosófico do século XX é O Conceito de Direito, do inglês Herbert Hart. Esse pensador

*ha renovado contemporaneamente los estudios de jurisprudencia analítica en Inglaterra valiéndose para ello de procedimientos de análisis del lenguaje que son familiares en la rama inglesa – (Ryle, J.L. Austin Wisdom y también el mismo Wittigenstein) de la corriente conocida comúnmente como positivismo lógico*¹².

É dele, no primeiro capítulo da referida obra, intitulado “questões persistentes”, algumas observações dignas de registro.

11 Sobre o problema do conceito relativo ao fenômeno jurídico, SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 47-67.
12 AFTALIÓN, Enrique, VILANOVA, José e RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 281.

Abordando a perplexidade da teoria jurídica, Hart abre o seu livro dizendo que

poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão 'o que é direito?'¹³.

Prossegue o autor afirmando que mesmo numa análise mais próxima dos dias atuais tal complexidade persiste, diferentemente do que ocorre com outros ramos do conhecimento humano, em que uma questão como "o que é a química?" é tratada apenas em poucas linhas no início de qualquer manual sobre o assunto. Curioso é de se notar, também, que, ao lado da imensa dificuldade para a conceituação do direito, o cidadão comum é capaz de identificar com relativa facilidade situações exemplificativas do fenômeno jurídico.

Como então compatibilizar esse conhecimento comum do direito e a complexa tarefa de se encontrar um conceito, uma definição para ele? Que causas estariam por trás desse incômodo descompasso? Hart nos alerta para a existência de três questões recorrentes, que nascem ao mesmo tempo que a própria questão do conceito. São elas: estabelecer a diferença entre o direito e ordens baseadas em ameaças (supostos mandamentos), e como o direito se relaciona com elas; estabelecer a diferença

.....
13 HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 5.

entre obrigação jurídica e obrigação moral, e qual a relação existente entre elas; por fim, explicitar o que são regras e em que medida o direito é uma questão de regras. O autor insiste no fato de que

afastar dúvidas e perplexidades respeitantes a estas três questões tem sido o principal objectivo da maior parte das especulações sobre a 'natureza' do direito. É possível agora ver por que razão estas especulações têm sido geralmente concebidas como uma procura de uma definição de direito, e têm feito tão pouco para resolver as dificuldades e as dúvidas persistentes¹⁴.

O intento aqui não é o de estabelecer uma verificação sobre se o jurisfilósofo inglês logrou melhor intento diante de tais questões, o que provavelmente não ocorreu, mas o de, tão-somente, ilustrar a incessante busca já mencionada.

Num sentido um tanto diverso do levantado por Hart, tratando da questão de uma maneira mais sintonizada com a filosofia analítica do século XX, Carlos Santiago Nino também aponta a perplexidade dos que tentam encontrar uma definição de direito e acabam por mergulhar num lago de águas turvas. Quase que repete o tom do pensador inglês ao assinalar que seguramente nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores teriam tanta dificuldade em definir o seu objeto de es-

.....
14 *Ibid.*, p. 18.

tudo como os juristas. E arrisca o jurisfilósofo argentino uma hipótese que seria a origem para o problema, qual seja

*la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que hace no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso 'derecho'*¹⁵.

No pensamento teórico, especialmente no campo jurídico, tem vigência a concepção platônica a respeito da relação entre a linguagem e a realidade. Pensa-se, majoritariamente, que os conceitos refletem uma presumida essência das coisas. Para essa concepção há apenas uma definição válida para uma palavra, e Nino se refere a Hermann Kantorowicz, para quem tal concepção se denomina “realismo verbal”. No sentido oposto, há a concepção convencionalista no tocante à relação acima expressa. É a posição defendida pelos integrantes da chamada filosofia analítica. Para eles, a essência das coisas está associada ao sentido dado pelo ser humano, que obviamente pode variar. Cumpre atender ao cuidado fundamental de identificar o uso dado a uma certa palavra. Desse modo a caracterização do conceito de direito se descolará da vã e obscura busca da sua natureza ou essência, direcionando-se para a estipulação de um significado mais preciso da palavra, com base em critérios de utilidade teórica e de conveniência para a comunicação.

15 NINO, Carlos S. *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 11.

Enfatiza Nino que existem juristas para os quais só pode haver um único e verdadeiro conceito de direito, desenvolvendo esses graves meditações sobre a essência do fenômeno jurídico. Cria-se uma confusão por não se estabelecer a diferença entre definir uma palavra e descrever a realidade. E mesmo sabendo que cresce a importância da concepção convencionalista acima apresentada no contexto do pensamento filosófico, não é comum que os juristas adiram a ela. Assim, “*todo esto, por supuesto, es perjudicial para la identificación de los fenómenos jurídicos, y provoca estériles disputas y dificultades artificiales*”¹⁶.

Entre nós, o Professor Tercio Sampaio apresenta preocupação análoga a do pensador argentino, inserindo a semiótica na busca da compreensão do fenômeno jurídico. Há que se considerar as análises sintática, semântica e pragmática para tal fim. Verificar que o termo direito é utilizado em várias posições morfológicas, tais como substantivo, adjetivo, advérbio, dentro de uma expressão. Também observar a questão do sentido (conotação/intensão e denotação/extensão), que leva à ambigüidade e à vagueza, e da forte carga emotiva presente no termo. Acrescente-se a isso alguns pontos cruciais apontados pelo pensador paulista, como os fatos de o termo ciência também não ser unívoco, de a questão metodológica encontrar-se intimamente relacionada com a devida compreensão da ciência e de existir forte debate entre as diversas epistemologias jurídicas que buscam dar conta da ciência do direito enquanto parte integrante das ciências humanas¹⁷.

16 *Ibid.*, p. 14.

17 Ver, de FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, sobre aspectos semióticos ligados ao tema, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31-39, e sobre as dificuldades de conceituação, *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 9-17.

Vale salientar ainda, como desfecho para este tópico, uma preocupação marcante na obra de Miguel Reale, qual seja a de se rumar em busca de uma compreensão integral do direito. Embora sem tratar de forma direta da questão do conceito, o jurisfilósofo brasileiro passou em revista as diversas escolas inseridas numa corrente dita técnico-jurídica, quer de caráter nitidamente normativista (a exemplo do modelo kelseniano), quer apresentando algumas sutis variações, como a inserção da temática da linguagem (Hart e Bobbio, por exemplo). Também perquiriu as escolas sociológico-realistas (Direito Livre, Upsala, entre outras) e as histórico-culturais (posições abstratas de linhagem neokantiana, como as de Lask e de Radbruch), para, enfim, assumir uma postura historicista e culturalista, mas numa dimensão em que natureza e valor se dialetizam. Assim é que:

o objeto da Ciência Jurídica nunca pode ser uma ou mais normas erradicadas do contexto histórico-social, que lhes dá vigência, eficácia e fundamento, – as três asas com que se projeta a experiência do direito na história –, mas deve ser antes visto como o complexo das normas em função das situações normadas, ou seja, como a experiência jurídica mesma enquanto se torna plenamente objetiva como ordenamento jurídico (grifos do autor)¹⁸.

4. PONDERAÇÕES DE LOPEZ DE OÑATE

O jurisfilósofo italiano Giuseppe Capograssi, prestando uma homenagem póstuma ao jovem amigo precocemente falecido, Flavio Lopez de Oñate, com apenas 32

18 REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.120-121.

anos, salienta aspectos importantes da sua interrompida produção filosófica, chamando a atenção para a necessidade de precisão que ele manifestava, rechaçando as análises genéricas e buscando captar a vida na absoluta individualidade em que ela se apresenta. É, para Oñate, a filosofia do direito, o ato de consciência com que o sujeito trata de conhecer em sua realidade profunda a vida do direito. Especialmente aquela atividade do direito, o direito como atividade, como organização, como construção de realidade¹⁹.

Discorrendo sobre a definição de direito, Lopez de Oñate aponta para a sensação que a consciência comum possui das manifestações do espírito humano, sem, contudo, conseguir conceituá-las. Cabe à filosofia, de maneira mais pobre se comparada à grandiosidade imaginativa do senso comum, essa difícil meta. De qualquer modo, ainda que pouco concludente e de caráter tautológico, vale salientar que o direito, e isso é produto de uma consciência comum, é uma fundamental experiência da realidade, particularmente do mundo histórico, e que homem algum pode ignorá-la, ainda que não conheça o seu aspecto científico²⁰.

Acrescenta o autor, amparado em reflexões kantianas, que à filosofia cabe apresentar definições finais (plenas, após ampla reflexão), diferentemente da ciência que opera com definições iniciais, exigência de fixação, de algum modo, do objeto de estudo. Assim, à filosofia do di-

19 Giuseppe Capograssi, "Recuerdo de un amigo", presente como apêndice da obra de OÑATE, Flávio Lopez de. *La Certeza del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 187-197.

20 OÑATE, Flávio Lopez de. *Filosofia del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. T. 1. p. 109-111.

reito cabe, como sua tarefa central, estabelecer uma definição para o direito, construída ao longo de um árduo processo de investigação. Mas que não se imagine que tal tarefa será cumprida de modo absoluto, de uma vez para sempre. A rigor uma definição “definitiva” não tem sentido para a filosofia, já que se assim pudesse ser a filosofia perderia a sua perenidade. Resolvido o problema, sua tarefa estaria cumprida e sua existência exaurida. Que se busque, então, uma certeza com a definição de direito, com a condição de que tal certeza não se pretenda fora do pensamento, ou seja, que a qualquer tempo ela possa ser objeto de novas indagações²¹.

Assume o autor, para o desenvolvimento de suas reflexões, um ponto de partida. Uma definição com matiz lógico-formal, de Giorgio Del Vecchio, influenciado pelo neokantismo de Marburg, que propõe o direito como “*la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determinam, excluyendo su impedimento*”²². Trata-se, para Oñate, de uma definição centrada numa forma lógica do direito (um dado *a priori*), sendo uma concepção especulativa. Essa mesma definição poderá ser retomada, diz o autor, se se conceber uma atividade jurídica e não apenas o direito como uma valoração das ações humanas.

É necessário, entretanto, rechaçar as concepções negadoras da atividade jurídica, como as doutrinas desenvolvidas por Croce e por Gentile. Para aquele, as duas formas do espírito teorético são a intuição (conhecimento

21 Ibid., p. 114-116.

22 DEL VECCHIO, citado por OÑATE, Flávio Lopez de. ob. cit., p.117.

do individual), com que se expressa a arte, e o conceito puro (conhecimento do universal), com que se expressa a lógica. No campo do espírito prático, Croce vislumbra duas formas fundamentais que se encontram em perfeita relação com as formas do espírito teorético. A atividade econômica (cujo fim é o individual) e a atividade ética (cujo fim é o universal). O fenômeno jurídico (manifestação de uma relação expressa entre dois sujeitos, que se instaura como relação de recíproca utilidade) é reduzido, então, à atividade econômica.

Gentile, por seu turno, doutrina que o direito que seja direito não existe na ação. O que age juridicamente o faz em razão de um juízo exterior, segundo a vontade abstrata da lei transformada em vontade concreta pelo sujeito de direito. Nada mais é o direito que a abstrata posição do querido frente ao querer. Assim o direito não vive como direito, pois sua atuação é a própria moral, sendo aquele o momento abstrato desta. Negando a essência da atividade jurídica, como o faz Gentile, o direito não é nada mais que produto de uma abstração gnoseológica, mediante a qual ele é identificado na atividade ética²³.

O pensador italiano precocemente falecido, em defesa da compreensão do direito como atividade jurídica, rejeita as posições de Croce e de Gentile. O aspecto mais débil do modelo croceano diz respeito à análise da relação entre economia e direito. A relação jurídica, diferentemente do que propugna Croce, não é uma relação de fato, ou seja, não resulta simplesmente da direção de uma vontade até uma coisa, mas se trata de uma relação entre vontades, cada uma das quais se liga a uma outra e à relação mesma.

23 OÑATE, Flávio Lopez de, ob. cit., p. 118-130.

Já como objeção radical ao pensamento de Gentile, Oñate salienta que uma vez reduzido o direito a puro querido, a saber, a momento abstrato (ainda que abstratamente positivo) do querer, ele perde todo o significado que não seja o intelectual, pois o querido é um nada para o querer que se pretende realizar na ação, não guardando relação alguma com ele, nem sequer de autoridade²⁴.

Assim é que se faz necessária a reconstrução da atividade jurídica enquanto tal. Processo jurídico e norma precisam ser encarados como unidade. A norma é o ponto de chegada que traz em si o processo jurídico e, separada dele, existe mas como algo irreal. A obediência à norma, para Lopez de Oñate, é ato ético, mas é também, em sua precisa estrutura, ato jurídico na medida em que o sujeito que obedece à norma adere ao processo que ela representa e contém. Norma jurídica e processo jurídico são duas realidades inseparáveis, sendo melhor encará-las como uma realidade unitária. A doutrina do direito como atividade é inconciliável com a concepção que o apresenta apenas como uma valoração do agir humano, exatamente a valoração da parte objetiva desse agir (já que a valoração da parte subjetiva do agir humano caberia à moral). O princípio da valoração deve ser concebido como oriundo da atividade e como um momento da atividade mesma. Admitindo-se isso, a definição de Del Vecchio, anteriormente apresentada, notadamente estática (posto que formalista), vale também para dar um conceito de direito em sua dinâmica (na história), conceito em que a atividade jurídica passa a ser designada como a atividade em que a ação se coordena objetivamente com as ações

24 Idem

dos demais sujeitos e a coordenação é instaurada conforme um princípio ético. Citando Capograssi, o autor salienta que o direito é a garantia da vida e da realidade, por ser verdadeiramente a afirmação, na ação, da vida e da realidade. Assim, se o imperativo moral salva o agente, o imperativo jurídico salva a ação²⁵.

Cumprido apresentar, ainda, uma outra grande preocupação de Oñate na busca da compreensão do direito. Tendo vivenciado de perto os fatídicos acontecimentos dos anos 30 e 40 do século passado, na Europa, sobremaneira decorrentes da ascensão do nazi-fascismo e da própria eclosão da Segunda Guerra Mundial, o jurista filósofo, à sua maneira, apresentou um brado de advertência acerca dos rumos que estava por tomar o direito. Identificou uma grave crise que assolava o seu tempo, crise não num sentido benéfico de momento de ruptura para novos e mais profícuos mecanismos de convivência (nesse sentido a crise é permanente e desejada em toda a história), mas num sentido de esvaziamento de valores, uma verdadeira crise espiritual. No campo jurídico, os elementos da crise se manifestavam com muito maior intensidade. Configurava-se, para o autor, uma crise de falta de certeza na gigantesca tarefa de o direito se adaptar às novas realidades sociais. A propósito, o grande problema da filosofia daquela primeira metade do século passado era o da certeza, como na época anterior foi o da verdade e na época clássica foi o da realidade²⁶.

25 Ibid., p. 130-136.

26 OÑATE, Flávio Lopez de. *La Certeza del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 51-70.

O direito, por possuir natureza estritamente humana, está indissolúvelmente ligado ao mundo dos homens, e esses têm a necessidade para a sua ação presente de poder contar com sua ação futura, com o alcance da própria ação futura e também com a ação dos outros homens. Esse ambiente de certeza, no campo jurídico, só pode ser dado por meio da norma. E refletindo a partir da máxima de Cícero, *legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*, desconstruída através dos séculos por várias interpretações de natureza filosófica, Oñate salienta que “*obedecer a la ley digna de tal nombre quiere decir obedecer a la razón profunda que cada uno lleva en sí como ley de su propia vida y de su íntimo ser*”²⁷. Assumindo como verdadeira a contraposição hobbesiana de que lei é vínculo e direito é liberdade, a liberdade jurídica, assim, não seria concreta mas puramente negativa. Tal constatação pode ser rebatida considerando-se que essa liberdade negativa é a premissa necessária para a exteriorização no mundo social da liberdade positiva.

O autor identifica, nesse contexto, duas ordens de ameaça à certeza do direito. A primeira delas é composta por situações de fato e se apresenta como uma ordem menos grave do que a outra. São as ambigüidades e as obscuridades das leis (embora em escala reduzida nos tempos mais recentes); é a falta de simplicidade dos textos legais (em parte decorrente da nova complexidade das relações humanas); é a abundante produção legislativa (ainda que se concorde com a mutabilidade das leis), deixando em apuros até os profissionais do direito. Este últi-

27 Ibid., p. 79.

mo aspecto reforça a idéia de um Estado que, desejando legislar sobre tudo, incorpora uma constante mutabilidade, enfraquecendo o seu papel de esteio da segurança e da certeza. Há ainda a outra ordem de ameaça, muito mais grave que a primeira, dizendo respeito às correntes teóricas contra a certeza do direito. Aqui são alinhadas a Escola do Direito Livre, as concepções que sustentam a criação da norma pelo juiz no caso concreto (correntes realistas mais radicais), a concepção de um direito que não necessitaria de publicar obrigatoriamente as leis (possível numa arquitetura jurídica como a soviética)²⁸.

Claro está que o brado de Flavio Lopez de Oñate se dirigia, também, às concepções jurídicas dos estados totalitários, como a sua Itália daquela época. Acontece que não havia como expressar isso de forma direta, em meio ao clima de perseguição reinante com o fascismo de Mussolini. Acentua o autor que todas essas correntes que se manifestam contra a certeza do direito desconhecem um dado fundamental, a natureza do direito como valor. E é no processo jurídico que a lei encontra a sua realização, já que ele é exatamente aplicação da lei. A norma certa, assim, é aquela que transcende a sociedade, que por seu caráter e por sua própria natureza realiza a condição (que é apenas dela) de ser possível manter e salvar a sociedade, impedindo que ela volte a cair num estado primitivo de indefinição e barbárie, cuja superação foi o principal esforço do mundo civilizado. Cumpre assim o direito uma garantia do indivíduo, da certeza das suas relações presentes e futuras, constituindo-se, também, numa luta con-

28 Ibid., p. 93-122.

tra o arbítrio. A eliminação do arbítrio como finalidade da experiência jurídica é a inequívoca prova de que essa tende à fundação da paz na sociedade (idéia corrente em épocas remotas e defendida por pouquíssimos juristas nos tempos atuais)²⁹.

Acentua o autor o valor da legalidade, negando que a concepção de um Estado ético possa de alguma maneira enfraquecer a exigência de tal valor. A vontade do Estado deve manifestar-se na sua dimensão ética como vontade certa, ou seja, como vontade conseqüente consigo mesma no tempo, por meio da qual a multiplicidade das vontades singulares adquirem legitimidade e certeza. Referindo-se a Treitschke, salienta que o Estado que deixar a menor dúvida que seja sobre a estabilidade do seu querer e de suas leis acaba por destruir o sentimento do direito³⁰. E a certeza do direito, como já se disse, é a certeza mesma da ação, pois que é a sua garantia. Para Lopez de Oñate, a certeza do direito não se encontra na equidade. A propósito, há uma solução para a pretensa antinomia entre legalidade e equidade: não se pode realizar a justiça a não ser por meio da norma rígida e abstrata, que deve ser certa. Nessa abstração encontra-se a concretização precisa da experiência jurídica e só através da certeza é possível a realização da justiça. Na certeza, portanto, reside a específica eticidade do direito³¹.

As ponderações de Oñate enfatizam “uma passagem do estudo da norma jurídica, anteriormente concebida

29 *Ibid.*, p. 125-155.

30 *Ibid.*, p.164

31 *Ibid.*, p. 180-181

como algo destacada do processo que lhe deu origem, para o estudo da atividade espiritual, social e histórica, do qual a norma não é senão um momento tendente à revelação do ‘direito concreto’³². Daí a compreensão maior do direito enquanto verdadeira atividade jurídica. Não se encontram nos propósitos deste trabalho uma acurada reflexão crítica acerca do pensamento do jurisfilósofo italiano, sobremaneira no tocante a certos pontos passíveis de um salutar enfrentamento. Ao que parece, o momento histórico vivenciado pelo autor, e disso já se fez menção, falou alto na construção das suas concepções. Há, talvez, uma certa dose de exagero legalista como pré-requisito para uma certeza que, a rigor, quase nunca existe. Há uma desconsideração com relação a um aspecto marcante da norma jurídica (mesmo apenas a lei, em sentido mais restrito), qual seja a sua existência hermenêutica, aspecto que por si só redimensiona a discussão sobre a certeza. Também o brado contra a possibilidade do arbítrio parece se restringir ao arbítrio do juiz, do governante, assumindo uma posição muito simplista no que tange ao papel do legislador (e do seu possível arbítrio). Que se marque, aqui, pois, especialmente a idéia de atividade jurídica atrelada à realidade humana.

5. RECASENS SICHES – DIREITO E VIDA HUMANA

Para a melhor compreensão do pensamento jurídico de Luis Recasens Siches, necessário se faz situá-lo, sobretudo no que tange à sua visão do homem e da sociedade.

32 REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110.

tra o arbítrio. A eliminação do arbítrio como finalidade da experiência jurídica é a inequívoca prova de que essa tende à fundação da paz na sociedade (idéia corrente em épocas remotas e defendida por pouquíssimos juristas nos tempos atuais)²⁹.

Acentua o autor o valor da legalidade, negando que a concepção de um Estado ético possa de alguma maneira enfraquecer a exigência de tal valor. A vontade do Estado deve manifestar-se na sua dimensão ética como vontade certa, ou seja, como vontade conseqüente consigo mesma no tempo, por meio da qual a multiplicidade das vontades singulares adquirem legitimidade e certeza. Referindo-se a Treitschke, salienta que o Estado que deixar a menor dúvida que seja sobre a estabilidade do seu querer e de suas leis acaba por destruir o sentimento do direito³⁰. E a certeza do direito, como já se disse, é a certeza mesma da ação, pois que é a sua garantia. Para Lopez de Oñate, a certeza do direito não se encontra na equidade. A propósito, há uma solução para a pretensa antinomia entre legalidade e equidade: não se pode realizar a justiça a não ser por meio da norma rígida e abstrata, que deve ser certa. Nessa abstração encontra-se a concretização precisa da experiência jurídica e só através da certeza é possível a realização da justiça. Na certeza, portanto, reside a específica eticidade do direito³¹.

As ponderações de Oñate enfatizam “uma passagem do estudo da norma jurídica, anteriormente concebida

29 Ibid., p. 125-155.

30 Ibid., p. 164

31 Ibid., p. 180-181

como algo destacada do processo que lhe deu origem, para o estudo da atividade espiritual, social e histórica, do qual a norma não é senão um momento tendente à revelação do ‘direito concreto’³². Daí a compreensão maior do direito enquanto verdadeira atividade jurídica. Não se encontram nos propósitos deste trabalho uma acurada reflexão crítica acerca do pensamento do jurisfilósofo italiano, sobremaneira no tocante a certos pontos passíveis de um salutar enfrentamento. Ao que parece, o momento histórico vivenciado pelo autor, e disso já se fez menção, falou alto na construção das suas concepções. Há, talvez, uma certa dose de exagero legalista como pré-requisito para uma certeza que, a rigor, quase nunca existe. Há uma desconsideração com relação a um aspecto marcante da norma jurídica (mesmo apenas a lei, em sentido mais restrito), qual seja a sua existência hermenêutica, aspecto que por si só redimensiona a discussão sobre a certeza. Também o brado contra a possibilidade do arbítrio parece se restringir ao arbítrio do juiz, do governante, assumindo uma posição muito simplista no que tange ao papel do legislador (e do seu possível arbítrio). Que se marque, aqui, pois, especialmente a idéia de atividade jurídica atrelada à realidade humana.

5. RECASENS SICHES – DIREITO E VIDA HUMANA

Para a melhor compreensão do pensamento jurídico de Luis Recasens Siches, necessário se faz situá-lo, sobretudo no que tange à sua visão do homem e da sociedade.

32 REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110.

tra o arbítrio. A eliminação do arbítrio como finalidade da experiência jurídica é a inequívoca prova de que essa tende à fundação da paz na sociedade (idéia corrente em épocas remotas e defendida por pouquíssimos juristas nos tempos atuais)²⁹.

Acentua o autor o valor da legalidade, negando que a concepção de um Estado ético possa de alguma maneira enfraquecer a exigência de tal valor. A vontade do Estado deve manifestar-se na sua dimensão ética como vontade certa, ou seja, como vontade conseqüente consigo mesma no tempo, por meio da qual a multiplicidade das vontades singulares adquirem legitimidade e certeza. Referindo-se a Treitschke, salienta que o Estado que deixar a menor dúvida que seja sobre a estabilidade do seu querer e de suas leis acaba por destruir o sentimento do direito³⁰. E a certeza do direito, como já se disse, é a certeza mesma da ação, pois que é a sua garantia. Para Lopez de Oñate, a certeza do direito não se encontra na equidade. A propósito, há uma solução para a pretensa antinomia entre legalidade e equidade: não se pode realizar a justiça a não ser por meio da norma rígida e abstrata, que deve ser certa. Nessa abstração encontra-se a concretização precisa da experiência jurídica e só através da certeza é possível a realização da justiça. Na certeza, portanto, reside a específica eticidade do direito³¹.

As ponderações de Oñate enfatizam “uma passagem do estudo da norma jurídica, anteriormente concebida

29 Ibid., p. 125-155.

30 Ibid., p.164

31 Ibid., p. 180-181

como algo destacada do processo que lhe deu origem, para o estudo da atividade espiritual, social e histórica, do qual a norma não é senão um momento tendente à revelação do ‘direito concreto’³². Daí a compreensão maior do direito enquanto verdadeira atividade jurídica. Não se encontram nos propósitos deste trabalho uma acurada reflexão crítica acerca do pensamento do jurisfilósofo italiano, sobremaneira no tocante a certos pontos passíveis de um salutar enfrentamento. Ao que parece, o momento histórico vivenciado pelo autor, e disso já se fez menção, falou alto na construção das suas concepções. Há, talvez, uma certa dose de exagero legalista como pré-requisito para uma certeza que, a rigor, quase nunca existe. Há uma desconsideração com relação a um aspecto marcante da norma jurídica (mesmo apenas a lei, em sentido mais restrito), qual seja a sua existência hermenêutica, aspecto que por si só redimensiona a discussão sobre a certeza. Também o brado contra a possibilidade do arbítrio parece se restringir ao arbítrio do juiz, do governante, assumindo uma posição muito simplista no que tange ao papel do legislador (e do seu possível arbítrio). Que se marque, aqui, pois, especialmente a idéia de atividade jurídica atrelada à realidade humana.

5. RECASENS SICHES – DIREITO E VIDA HUMANA

Para a melhor compreensão do pensamento jurídico de Luis Recasens Siches, necessário se faz situá-lo, sobretudo no que tange à sua visão do homem e da socieda-

32 REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110.

de. O jurisfilósofo guatemalteco, com marcante presença na Espanha e no México, países em que lecionou e desenvolveu vasta atividade intelectual, sofreu forte influência de José Ortega y Gasset, um dos mais expressivos pensadores do século XX. Esse filósofo espanhol, ainda que educado nas tradições neokantianas de Marburg (tendo apresentado uma tendência objetivista numa etapa preliminar do seu pensamento), num primeiro momento mais consistente da sua produção esteve muito próximo das concepções perspectivistas. Opondo-se tanto ao realismo quanto ao idealismo, Ortega indica que a substância última do mundo é uma perspectiva. Numa fase posterior, a partir da década de 20, desemboca no oceano da razão vital, elemento essencial da sua filosofia e principal foco de influência sobre Recasens Siches.

Uma tentativa de compreensão do direito requer, de antemão, uma análise acerca do homem e da organização social. Tudo deve partir da realidade da vida humana, que deve ser o principal objeto de estudo da sociologia e das ciências sociais particulares (também das culturais). Referindo-se ao trabalho do antropólogo Ashley Montagu, Recasens salienta que as associações animais diferem das associações humanas não apenas por uma questão de grau, mas de essência. O homem é muito mais que apenas um animal: é um animal humano. Entender a essência do ser humano tem sido, assim, uma forte preocupação da filosofia, especialmente da filosofia antropológica, desde a Antiguidade³³.

33 SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Sociología*. México: Porrúa, 1960. p. 109-110. Sobre a trajetória do auto-conhecimento humano, ERNST, Cassirer. *Ensaio sobre o Homem – Introdução a uma Filosofia da Cultura Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 9-43.

A vida humana é aquilo que somos, o que pensamos, sentimos e fazemos. O sentido da existência pode ser tomado, então, como o sentido orteguiano do “biográfico”. A propósito, o filósofo espanhol Ortega y Gasset foi o primeiro a meditar com maior profundidade sobre esse tema. O primeiro atributo da vida humana é um sentir-se, um dar-se conta, um ver-se. O ato vital, assim, apresenta-se como um ser distinto de todos os demais: não é um estar aí, um “ser em si”, mas é um “ser para si”. A vida humana não é só um sujeito, mas sim a indivisível união e correlação entre o sujeito e os objetos, entre o “eu” e o “mundo”. O “eu” só não existe, já que o homem não seria se não houvesse o mundo de que ocupar-se³⁴.

Consiste o viver no fato de que o homem está sempre submergindo em uma circunstância, ou seja, em um mundo de objetos que o circundam, que formam o seu contorno ou o seu marco concreto, e dentro do qual e com o qual tem que ir elaborando a sua existência mesma. Nas palavras de Ortega,

*nosotros, pues, al partir de la vida humana como realidad radical, saltamos más allá de la milenaria disputa entre idealistas y realistas y nos encontramos con que son en la vida igualmente reales, no menos primariamente el uno que el otro – Hombre y Mundo*³⁵.

34 IDEM, p. 111-115.

35 GASSET, José Ortega y. *El Hombre y la Gente*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 67.

E o mundo não se apresenta também como um “ser em si”, uma realidade composta de coisas, mas o mundo se apresenta ao “eu” como um conjunto de facilidades e de dificuldades, de vantagens e de desvantagens, de instrumentos, de utensílios, de meios que servem para a vida. É nesse contexto que a vida humana não se apresenta como algo já pronto, acabado. Ela tem que fazer-se a si mesma e a cada momento a vida se encontra na obrigação de resolver o problema de si mesma, constituindo-se num permanente convite à ação³⁶.

O homem, como animal que é, está aprisionado pelo mundo, mas, diferentemente dos outros animais, pode re-ger a sua existência. Pode mergulhar dentro de si mesmo para, então, voltar ao mundo. O destino do homem é, assim, ação, e não há ação sem pensamento. Para agir, bem ou mal, ele busca conhecer as coisas do mundo, tecendo uma rede de soluções e estabelecendo uma interpretação social do mundo. Outro elemento que o distingue dos animais não racionais é a capacidade de antecipar mentalmente o futuro, em meio ao conjunto das coisas e das representações simbólicas que cercam o homem. Esse contexto reforça o complexo universo da linguagem humana, elemento essencial na devida interação do “eu” e do “mundo”³⁷.

A partir dessa visão preliminar do homem, decorrente sobretudo da filosofia orteguiana, pode-se buscar a inserção do direito nas reflexões de Recasens Siches. Em primeiro lugar buscar identificar onde se pode encontrar a

36 SICHES, Luis Recasens. ob. cit., p. 115-117.

37 Ibid., p. 117-120.

experiência jurídica, em meio à multiforme complexidade do universo, com a existência de seres reais objetivos, de coisas reais subjetivas, de entes ideais, de elementos do mundo humano objetivado (região da cultura). Encontrar, assim, a verdade primária e fundamental sobre o jurídico, ou seja, entendê-lo a si mesmo e articulá-lo com uma visão total do mundo. Advirta-se, desde já, que essa busca, a da noção essencial do direito, deve ir ao encontro de uma concepção universal dentro da qual caibam todas as manifestações do jurídico³⁸.

Tal postura, a da busca de uma noção universal, para ser factível, pode levantar o problema da existência, ao longo da experiência histórica do homem, de situações concretas de direito “injusto” (experiências jurídicas em que a escravidão esteve prevista, por exemplo). Acentua Recasens que a essência mesma do direito é uma pretensão de justiça, mas é somente essa intenção que é essencial, não o seu efetivo cumprimento. A inserção de um produto da vida humana em um setor ou em outro das funções que o integram não se determina pelo grau de sucesso dos valores correspondentes que aquele produto tenha obtido. Na verdade, para que algo seja incluído dentro do ambiente jurídico faz-se necessário que possua uma série de notas formais, entre as quais figura a intenção de constituir a interpretação das exigências de justiça com respeito a determinadas relações sociais³⁹.

Verifica o jurisfilósofo guatemalteco que o direito não pertence à natureza física, nem tampouco ao mundo da

38 SICHES, Luis Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Porrúa, 1952. p. 17-22.

39 Ibid., p. 23-37.

natureza psíquica. A essência do direito não é definida por meros processos psicológicos, pois semelhantes processos mentais se dão quando se pensa, se sente ou se quer a arte, a religião, a técnica. O direito não é um especial mecanismo psíquico, embora possa ser conteúdo de tais mecanismos. Também o direito não é um ser ideal, atemporal e não espacial. Comparando-o com as abstrações ideais da geometria, por exemplo, é evidente que mesmo que nenhum pensador houvesse descoberto o princípio segundo o qual todos os raios de um círculo são iguais, ainda assim esse princípio existiria. O mesmo não se pode afirmar do direito⁴⁰.

Embora o fenômeno jurídico guarde relação com o mundo dos valores (peculiares objetos ideais também atemporais e não espaciais, mas que buscam uma efetiva realização), ele não é um valor puro. Claro que não se pode falar do direito sem referência a alguns valores, mas ele não é pura idéia de justiça nem das demais qualidades de valor a que aspire realizar. É, sim, uma obra humana de interpretação e de realização desses valores, aplicada a certas circunstâncias históricas. Recasens Siches chama a atenção para o fato de que é possível se dar conta de que o direito é algo que os homens fabricam em sua vida e que vivenciam nela com o propósito de realizar certos valores. É natural que se pressinta, assim, a presença do jurídico exatamente na vida humana. Partindo das concepções de Ortega y Gasset, o autor desenvolve novos aprofundamentos, salientando que ao lado da vida humana autêntica, que é a vivida pelo sujeito individual, encontra-se ou-

40 SICHES, Luis Recasens, *ob. cit.*, p. 53-58.

tra região do universo que possui também estrutura humana: são as obras que o homem realiza, constituindo-se na vida humana objetivada. Os fazeres humanos realizados perduram como formas de vida ou como modificações deixadas na realidade, adquirindo uma certa consistência objetiva. Essas formas cristalizadas não são vida autêntica (já que essa é apenas a vida individual, vivida por um homem concreto), todavia são vidas pretéritas suscetíveis de serem revividas por outros indivíduos. Há, entretanto, uma nítida analogia entre as ações da vida propriamente dita, da vida individual, e as formas de vida humana objetivadas, as obras humanas. Na essência ambas possuem um sentido, uma intencionalidade.

O reino da vida humana objetivada é aquele que foi chamado por alguns filósofos no século XIX de espírito objetivo (Hegel) ou de cultura (Windelband, por exemplo). Tais autores, entretanto, enfocaram o problema sem se dar conta de buscar a índole desse reino. É preciso insistir no fato de que os entes que compõem a vida humana objetivada não se esgotam nas realidades que lhes servem de suporte ou de expressão. O conjunto desses objetos (obras humanas) acha-se integrado por todas as obras humanas e pelo rastro dos atos humanos, ou antes, leva presente nas realidades que expressam um sentido humano. Assim, o reino em que se pode localizar o direito é o da vida humana objetivada, jamais nos outros anteriormente mencionados. Um código, por exemplo, conta com substâncias reais (atos psíquicos de quem o elabora; processo de sua gestação; consciência dos que o conhecem; configuração que, por meio dele, recebe uma dada sociedade), estando mesmo escrito em livros concretos.

Mas o código, como norma jurídica, não consiste em nenhum desses ingredientes reais, antes no sentido peculiar que determina os pensamentos cristalizados nele, no sentido que tem as idéias normativas de seus preceitos, apontando para a realização de determinados valores⁴¹.

Nesse contexto de inter-relação entre o homem e o mundo,

el derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y com el propósito de realizar determinados valores en ésta⁴².

É preciso ainda especificar a essência e a realidade do direito, diferenciando-o de outras normas de conduta. A localização do jurídico, pois, não deixa margem de dúvida: o reino da vida humana objetivada. Todavia o que se cristaliza é a norma jurídica, é o pensamento normativo presente nas leis, nos regulamentos, nas decisões judiciais. O direito, na medida em que existe como realidade (e não apenas como tipo ideal), é vida vivente, é vida que se vive. Assim, a criação das normas, o cumprimento das normas pelos sujeitos, a interpretação realizada a partir das normas são vida vivente. Na busca da solução para o problema da classe de realidade que é o direito, Recasens alerta para a sua tríplice dimensão: ele aspira à realização de certos valores; as regras jurídicas expressam-se como um dever-ser dirigidas às condutas humanas; como obra humana, os homens a produzem num contexto fático. Essa

41 Ibid., p.58-100.

42 Ibid., p. 154.

realidade fática, então, que constitui o direito e que possui a dimensão de referir-se a valores, apresenta forma normativa. Acentua o jurista que:

en esta concepción se conservan las tres dimensiones de las que se há venido hablando – valor, norma y hecho – pero indisolublemente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación. El derecho no es un valor puro, ni es una mera norma com certas características especiales, ni es un simples hecho social com notas particulares. Derecho es una obra humana social (hecho) de forma normativa encaminada a la realización de unos valores. (grifos do autor)⁴³.

Há de se salientar, por fim, a distinção entre os mandatos jurídicos e os simples mandatos arbitrários. O poder jurídico está ligado pelas normas vigentes e atua juridicamente só na medida em que se acomoda a elas e dentro das faculdades que as mesmas o concebem. É, assim, característico do direito a constituição de um ordenamento regular, inviolável, estável (contanto que não seja revogado), que busca reger por igual o súdito e o próprio poder. Em sentido contrário, o mandamento arbitrário consiste em atos de força que não se fundam em nenhum critério prévio geral, obedecendo tão-somente aos caprichos de quem dispõe do poder. Caracteriza-se por situar-se acima de toda norma, não sendo reduzido, tal mandamento, a nenhum critério estável. Mesmo que em algum caso

43 Ibid., p. 159.

concreto seja possível que o conteúdo de um mandato arbitrário pareça ser mais justo e acertado que o de um mandamento jurídico, ainda assim há que se reconhecer que a arbitrariedade, por si só, resulta na praga maior que pode atormentar uma sociedade. Mesmo norteado por uma boa intenção, o mandamento arbitrário destrói o elemento essencial da vida jurídica, a saber, a segurança. É curioso advertir que todos os ensaios de definição do direito, ao lado das suas múltiplas discrepâncias, coincidem em buscar estabelecer uma estrutura que está acima do arbítrio individual (tanto do sujeito submetido ao direito como de quem exerce o mando jurídico). Está sempre presente o propósito de estabelecer a regulação de uma maneira pre-determinada, excluindo todas as manifestações fortuitas da vontade individual de quem detém o poder de formular os mandamentos. Nisso se manifesta a idéia de que o direito deve satisfazer um desejo de certeza e de segurança nas relações sociais⁴⁴.

Reforce-se que a segurança é o valor fundamental do jurídico, sem o qual não pode haver direito. Não é ela, entretanto, nem o único valor, nem o supremo, pois no direito deve estar presente uma série de outros valores – justiça, utilidade ao bem-estar geral, entre outros. Mas esses valores não integram o conceito de direito, enquanto na sua essência formal deve estar presente a idéia de segurança. É claro que o direito deve ser justo, útil socialmente, todavia, se não logra alcançar tais intentos, continua existindo ainda que de modo fracassado (como direito “injusto”, como direito “inútil socialmente”, etc.). Não

44 Ibid., p. 216-218.

havendo a idéia de segurança, pelo contrário, não há direito de classe alguma. Acentua Recasens que:

*la injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia mesma de lo jurídico*⁴⁵.

6. A PONTE QUE CONSOLIDA UMA IDÉIA

Apresentadas, de forma sucinta, as concepções sobre o direito de Flávio Lopez de Oñate e de Luis Recasens Siches, é possível estabelecer dois pontos de contato entre ambas que demandam um maior aprofundamento. Não se trata, registre-se logo, de construir um terceiro “modelo” a partir do pensamento dos dois jurisfilósofos. Na verdade, o que se busca mesmo é realçar os dois aspectos salientados, já que a sua importância exige uma análise mais acurada.

Em primeiro lugar, a obstinação de ambos os pensadores em acentuar a relação do direito com o ser humano na sua individualidade. A experiência jurídica é, inquestionavelmente, uma experiência humana determinada num dado contexto histórico, mas quando se trata de elaborar uma concepção acerca do direito é comum um distanciamento dessa realidade. Certas construções teóricas sobre o jurídico são meticulosamente arquitetadas, só que afastadas da experiência humana. Transformam-se em belíssimos monumentos acadêmicos, produtos tão-somente da

45 Ibid., p. 224.

engenhosidade lógico-racional humana. Esgotam-se, assim, como concepções meramente formais, alheias ao dinamismo da vida do homem e das sociedades.

Lopez de Oñate, mesmo admitindo como ponto de partida para as suas reflexões um conceito lógico-formal, como o de Giorgio Del Vecchio, insiste no fato de se adentrar no âmago da questão, ou seja, realça a marca do direito como atividade humana. Com isso, busca superar visões que enxergam o jurídico tão-somente como valoração de condutas humanas, pois que seriam incompatíveis, tais visões, com a ênfase na atividade jurídica. Para o pensador italiano, norma e processo são manifestações de uma mesma realidade. Assim, a norma, distante do processo jurídico, não passa de uma construção ideal. Como já foi abordado anteriormente, é preciso resgatar a atividade jurídica enquanto tal e isso passa necessariamente pela refutação de concepções que neguem tal realidade, como as de Croce e de Gentile.

Assumir tal postura não se reduz, como possa parecer, a adotar posturas sociologistas acerca do direito. A tônica é bem outra, muito mais voltada para a compreensão do jurídico enquanto processo vivo. O aspecto normativo, fundamental nos modelos mais recentes sobre o direito (dos últimos dois séculos), deve-se inserir nesse contexto de atividade em si mesma. A valoração presente na norma jurídica deve ser concebida como oriunda da atividade mesma e a obediência à norma é uma adesão ao processo como um todo que ela representa e contém. É por conta disso que Oñate critica as várias definições de direito existentes no seu tempo, afirmando que nenhuma delas põe em relevo a possibilidade de entender o direito

em sua verdadeira natureza de atividade jurídica, seguindo a tradição de algumas reflexões jurídico-filosóficas italianas da primeira metade do século XX (especialmente as de Capograssi, de Battaglia e de Perticone)⁴⁶.

Por seu turno, Recasens Siches, aprofundando o pensamento orteguiano, insere o direito no universo da vida humana objetivada. É uma construção histórica do homem, mas não se reduz absolutamente a esta ou aquela forma de expressão. O direito é, repita-se, vida vivente, vida que se vive. O ambiente próprio da experiência jurídica (produção de normas, cumprimento de preceitos legais, busca do sentido das normas) é o da vida humana. A tríplice dimensão do direito – valor, norma, fato – não acentua uma mera construção lógico-formal do jurídico, antes reafirma o seu caráter de vivência humana.

A necessária interação homem-mundo é marca essencial do “eu”, que só possui existência no “mundo”. A aproximação do outro (que também é “eu” e “mundo”) é um processo complexo, já que as reações interativas podem ocorrer em qualquer sentido. No dizer do próprio Ortega, o outro é formalmente, constitutivamente perigoso. Tal palavra enuncia exatamente a realidade da experiência humana, podendo o perigoso resultar no “mal” ou no “bem” que possa nos ocorrer. Para vencermos a dúvida, temos que provar da experiência, vivenciá-la. Essa noção de prova, de ensaio,

*es lo que significó primero el vocablo latino **periculum**, de onde viene por disimilación nuesr-*

46 OÑATE, Flávio Lopez de, ob. cit., p. 142-145.

engenhosidade lógico-racional humana. Esgotam-se, assim, como concepções meramente formais, alheias ao dinamismo da vida do homem e das sociedades.

Lopez de Oñate, mesmo admitindo como ponto de partida para as suas reflexões um conceito lógico-formal, como o de Giorgio Del Vecchio, insiste no fato de se adentrar no âmago da questão, ou seja, realça a marca do direito como atividade humana. Com isso, busca superar visões que enxergam o jurídico tão-somente como valoração de condutas humanas, pois que seriam incompatíveis, tais visões, com a ênfase na atividade jurídica. Para o pensador italiano, norma e processo são manifestações de uma mesma realidade. Assim, a norma, distante do processo jurídico, não passa de uma construção ideal. Como já foi abordado anteriormente, é preciso resgatar a atividade jurídica enquanto tal e isso passa necessariamente pela refutação de concepções que neguem tal realidade, como as de Croce e de Gentile.

Assumir tal postura não se reduz, como possa parecer, a adotar posturas sociologistas acerca do direito. A tônica é bem outra, muito mais voltada para a compreensão do jurídico enquanto processo vivo. O aspecto normativo, fundamental nos modelos mais recentes sobre o direito (dos últimos dois séculos), deve-se inserir nesse contexto de atividade em si mesma. A valoração presente na norma jurídica deve ser concebida como oriunda da atividade mesma e a obediência à norma é uma adesão ao processo como um todo que ela representa e contém. É por conta disso que Oñate critica as várias definições de direito existentes no seu tempo, afirmando que nenhuma delas põe em relevo a possibilidade de entender o direito

em sua verdadeira natureza de atividade jurídica, seguindo a tradição de algumas reflexões jurídico-filosóficas italianas da primeira metade do século XX (especialmente as de Capograssi, de Battaglia e de Perticone)⁴⁶.

Por seu turno, Recasens Siches, aprofundando o pensamento orteguiano, insere o direito no universo da vida humana objetivada. É uma construção histórica do homem, mas não se reduz absolutamente a esta ou aquela forma de expressão. O direito é, repita-se, vida vivente, vida que se vive. O ambiente próprio da experiência jurídica (produção de normas, cumprimento de preceitos legais, busca do sentido das normas) é o da vida humana. A tríplice dimensão do direito – valor, norma, fato – não acentua uma mera construção lógico-formal do jurídico, antes reafirma o seu caráter de vivência humana.

A necessária interação homem-mundo é marca essencial do “eu”, que só possui existência no “mundo”. A aproximação do outro (que também é “eu” e “mundo”) é um processo complexo, já que as reações interativas podem ocorrer em qualquer sentido. No dizer do próprio Ortega, o outro é formalmente, constitutivamente perigoso. Tal palavra enuncia exatamente a realidade da experiência humana, podendo o perigoso resultar no “mal” ou no “bem” que possa nos ocorrer. Para vencermos a dúvida, temos que provar da experiência, vivenciá-la. Essa noção de prova, de ensaio,

*es lo que significó primero el vocablo latino **periculum**, de onde viene por disimilación nuesr-*

46 OÑATE, Flávio Lopez de, ob. cit., p. 142-145.

*tro peligro. Nótese de paso que el radical **per** de **periculum** es el mismo que anima la palabra *ex-perimentar, ex-periencia, ex-perto, perito* (grifos do autor)⁴⁷.*

O direito, e isso já foi dito, apresenta-se para Recasens como um conjunto de normas criadas e vivenciadas pelos homens em razão das suas necessidades de existência coletiva e com o propósito de alcançar determinados valores nesta existência.

Ora, partindo de pontos diversos e ancorados em estruturas filosóficas distintas, os dois pensadores chamam a atenção para que não se perca de vista a realidade humana na busca de um conceito para o direito. Atividade jurídica, para um, e vida humana objetivada, para outro, são os referenciais para a devida compreensão do jurídico enquanto construção humana historicamente determinada, incorporando, assim, no aspecto normativo os valores desejados por uma sociedade. Reafirme-se, com Oñate, que norma e processo jurídicos resultam numa mesmíssima realidade. Ou, com Recasens, que os entes que compõem a vida humana objetivada (como o direito) não se esgotam nas realidades que lhes dão suporte, pois nelas há nitidamente um sentido humano.

O segundo ponto de contato a ser observado nas duas concepções jurisfilosóficas apresentadas diz respeito à questão da segurança jurídica, naturalmente uma decorrência da já propalada realidade humana do direito. Lopez de Oñate salienta que as relações humanas em socie-

.....
47 GASSET, José Ortega y, ob. cit., p.163-164.

dade têm um olho voltado para o presente e outro para o futuro. Os integrantes do convívio social precisam, então, possuir elementos de convicção que sinalizem para o tempo que há de chegar, como forma de garantia para as interações do momento. Para o autor essa certeza se dá a partir da norma jurídica, único meio capaz de alcançar tal objetivo. A certeza do direito, reafirme-se, é a certeza mesma da ação, já que é a sua verdadeira garantia.

Recasens Siches vai além, como já foi dito, ao considerar a segurança jurídica elemento essencial ao próprio direito. Outros fins, como a justiça, por exemplo, podem até não ser efetivamente atingidos, permitindo a existência de situações estranhas, como a de um “direito injusto”. Mas a ausência da segurança nega a existência do próprio fenômeno jurídico. Ela é, por assim dizer, um elemento formal indispensável a um conceito universal de direito, tanto mais que a complexidade das relações sociais humanas enseja a presença de mecanismos estabilizadores do convívio em coletividade, papel fundamental desempenhado pelo ente jurídico (embora não apenas por ele). Enfatiza o autor que se bem que a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representa o critério axiológico que deve inspirar o direito, e se bem que esse não ficará adequadamente justificado na medida em que não cumprir a exigência de tais valores, contudo o direito não nasceu nas sociedades humanas em virtude do desejo de render culto ou homenagem à idéia de justiça. Na verdade, o direito surge para preencher uma inquestionável urgência de segurança e de certeza na vida social⁴⁸.

.....
48 SICHES, Luis Recasens, ob. cit., p. 220-222.

Acrescenta ainda o pensador guatemalteco que a certeza e a segurança não bastam, pois que devem dar-se em normas justas, mas indiscutivelmente constituem a certeza e a segurança no sentido formal da função do direito. É natural que o conteúdo desse varie segundo os diferentes povos e os diversos momentos ao longo da história. Todavia, em cada momento, seja qual for o seu conteúdo, o direito representa uma função de segurança, de ordem certa e eficaz. Assim, mais até em Recasens que em Oñate, fica subentendida a questão da segurança e da certeza do direito como um contexto dinâmico, um processo que se auto-ajusta com o passar do tempo. Não se remete tais idéias a alguma concepção de direito natural, idealizada como mais perene (e portanto mais certa, mais segura). A segurança e a certeza, para ambos, é decorrente da norma jurídica, produção humana situada historicamente. É muito mais uma idéia de estabilidade dinâmica da atividade jurídica, como a propósito se apresenta a própria vida humana.

7. NECESSITAMOS MESMO DE DEFINIÇÕES?

Parece haver um afã conceituador a partir do início do século XX, tudo leva a crer que em face da influência da fenomenologia. Tal postura também se deu no âmbito das especulações jurisfilosóficas, todavia, ainda que seja um posicionamento certamente útil para a instrumentação do pensar, ela não garante uma verdadeira compreensão das relações entre as instituições e a vida dos homens.

Na verdade, para as ciências sociais, as conceituações não podem ter o mesmo sentido que possuem nas

ciências da natureza e nas chamadas ciências positivas. Nestas podem adequadamente valer as articulações geometrizes e formalizantes. Naquelas, entretanto, prevalece a necessidade da compreensão. Isolar objetos e conceituá-los está longe de significar compreendê-los. Assim, a partir da primeira metade do século passado, surgiram concepções do direito “como norma (sobretudo com Kelsen), como ordem (Carl Schmitt), como conduta, sendo a norma instrumento para conhecê-la (Carlos Cossio). Também foram gestadas concepções trialistas e tridimensionais do direito (Sauer, Hall, Goldschmidt, Reale). Todas essas teorias apresentam, obviamente, argumentos e fundamentos. A definição é apenas um resultado verbal, na dependência de uma reflexão específica, ou é um ponto de partida delimitador da temática. O importante, entretanto, não é a definição, mas os problemas que levam a ela (e que estão implicados nela) ou que cercam as expressões com que se define o objeto⁴⁹.

A ciência vai gradativamente limitando seu interesse a certos temas que pode efetivamente determinar, ou seja, cujas condições necessárias são controláveis, verificáveis, mensuráveis. Assim, a determinação do conjunto das condições necessárias de um objeto acaba por se confundir com a definição da essência do objeto em questão. As ciências dogmáticas ingênuas do direito, então, se preocupam com o problema da definição, ou da definição da essência mesma do direito, revelando nisso, muitas vezes, seu arcaísmo. A preocupação atual é outra, em que mais do que atender a uma irrelevante definição inicial de um

49 SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 47-52.

objeto, trata de estabelecer as condições de adequação da linguagem científica e de suas exigências formais e materiais, dado que só dessa maneira há sentido em se investigar os problemas de validade objetiva do discurso científico⁵⁰.

Essa busca desmesurada por conceitos e definições acaba sendo uma tentação da modernidade, quase que um corolário da “vitória” do pensamento científico sobre o encantamento da imaginação vulgar do homem. Como para o ser humano do nosso tempo a “verdade” está com quem possa medir, limitar, pesar, contar, assim a necessidade de conceituação é tão-somente um influxo natural desse processo. É interessante observar que com o advento da Revolução Francesa, o homem consolidava a modernidade buscando superar a fundamentação teológica das desigualdades, o velho dogma da “eleição divina”. Mas eis que, em pleno século XIX, renascia aquela eleição, sob a forma de “eleição natural”, nos discursos dos novos doutores da fé positivista, ou seja, os higienistas, os fisiólogos, os naturalistas, os geneticistas. As desigualdades sociais das sociedades pós-revolucionárias passaram a ser explicadas pelas leis da natureza⁵¹. Também os avanços da Física acabaram por dominar o pensamento de então, não por conta da sua qualidade como conhecimento, mas por um fato social concreto: a sociedade interessou-se pela Física por sua fecunda utilidade, e tal interesse social hipertrofiou durante um século a fé que o físico tem em si mesmo. Segundo Ortega

50 VERNENGO, Roberto. *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995. p.18.

51 GAILLARD, Françoise. *Genética e Mito da Gênese, A Ciência e o Imaginário*. Brasília: UNB, 1994. p.57.

y Gasset, a Europa padeceu por quase cem anos o “terrorismo dos laboratórios” e os filósofos se envergonharam de sê-los, ou melhor, de não serem físicos, e

*como los problemas genuinamente filosóficos no toleran ser resueltos según el modo de conocimiento físico, renunció a atacarlos, renunció a su filosofía contrayéndola a un minimum, poniéndola humildemente a servicio de la física*⁵².

A filosofia transformou-se em pura teoria do conhecimento, tendo sido Kant o nome por excelência dessa nova era.

Muitos jurisfilósofos chamam a atenção para o fato de que na busca de um estatuto epistemológico para o direito, a tentação é grande em assumir posturas reducionistas. Tomar o todo complexo, a experiência jurídica, por algumas das suas partes é um perigoso equívoco. Nesse sentido, muitas vezes as conceituações formais encobrem tão-somente o verdadeiro desejo de apresentar uma realidade complexa com tons simplificados. Parece que seguir esse caminho é o mesmo que reforçar a própria cientificidade do direito. Ou, no sentido inverso, falar da complexidade da experiência jurídica poderia abalar o seu *status* de ciência respeitada. A compreensão integral do direito exige, pois, uma verdadeira superação de posturas reducionistas, como sempre estão a nos alertar, por exemplo, Miguel Reale e Nelson Saldanha, nas suas obras. A questão que se apresenta está longe de ser o afastamento das investigações acerca da essência do direito, porém, noutra sentido, é muita mais uma questão de posicionamento crítico diante do tema.

52 GASSET, José Ortega y. *Que és Filosofia?*, Madri: Espasa. 1999. p.64.

Ainda hoje se busca um conceito de direito que seja mais que uma mera designação formal de conjunto para o compêndio das leis e que diga algo sobre a realidade do conteúdo jurídico. Essa busca, entretanto, resultará vã se a pretensão for a de encontrar “o conceito” de direito. Afinal, uma definição estritamente lógica do direito, no sentido de um conceito construído a partir de aspectos característicos unívocos e fechados, não pode apresentar-se nesse tipo de definição. Alerta-nos Kaufmann que:

*sólo se puede explicar, en forma más o menos exacta, lo que nosotros entendemos por derecho, y com ello lo importante es, muy esencialmente, el criterio a partir del cual se contemple el derecho. En este sentido existe un amplio número de conceptos de derecho; todos enuncian algo correcto (en el aspecto respectivo), pero ninguno abarca la totalidad del derecho*⁵³.

Ademais, é preciso uma tomada de posição mais crítica sobre o próprio processo de conhecimento, sobre a apreensão que o sujeito faz dos objetos cognoscíveis. Não vislumbrar a complexidade também desse processo é estar a um passo de assumir posições simplificadoras. No segundo tópico do texto há um alerta, ainda que breve, que sinaliza para a questão dos abismos gnoseológico e ideológico, sendo realidades das quais o homem não consegue (em face das suas próprias limitações) se afastar.

53 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 265.

Sob a óptica de Maturana, e isso merece uma séria reflexão, a ciência não guarda relação com a predição, com o futuro (fazer coisas), mas sim com o explicar. A validade da ciência, assim, está em sua conexão com a vida cotidiana. Na verdade, nessa tarefa de explicar, o caminho preponderantemente seguido pelos cientistas foi o da pura objetividade. Ou seja, há uma realidade que paira além de nós mesmos (daí não se perguntar pelo observador nem pelo observar), independente do observador, e que precisamos captá-la integralmente. Não há, nesse caminho, formas diferentes de captação da realidade. Os iluminados chegam a ela, e os demais devem seguir os iluminados. Pensar de maneira diferente é encontrar-se no erro, devendo, pois, sofrer a rejeição dos que atingiram “a verdade”.

Há outro caminho proposto pelo neurobiólogo chileno, qual seja o da “objetividade entre parêntesis”. Aqui se pergunta, em primeiro lugar, pelo observador e pelo observar. Por conta da nossa própria estrutura biológica, no processo do conhecimento interagimos com as múltiplas realidades existentes. Uma afirmação cognitiva é válida não pelo fato de fazer referência a “uma realidade” independente do observador (e verdadeira, portanto, em si mesma), mas em face das coerências operacionais que a constituem. Assim, nesse segundo caminho, todos os domínios da realidade são legítimos (embora nem tudo seja legítimo) porque ficam constituídos da mesma maneira como coerências operacionais explicativas do observador. O observador passa a ser responsável pela construção cognitiva da realidade que faz, e outro pode não querer este ou aquele domínio da realidade. Não se trata de uma

pura negação (como no primeiro caminho), pelo fato de uma explicação não captar a verdade suprema. Trata-se de uma não aceitação de uma realidade explicativa construída, pelo fato de acreditar noutra construção centrada em outras coerências operacionais. O outro não é visto como aquele que deve ser rejeitado (ou, no máximo, tolerado), mas como aquele que deve ser respeitado na construção cognitiva da realidade que fez (embora se possa e se deva discordar de tal construção)⁵⁴.

Assumir a reflexão sobre posicionamentos críticos desse porte, sobretudo no campo da investigação jurídica, por si só afeita a posicionamentos científicos centrados no primeiro caminho acima apresentado, pode ser de grande valia para a superação de visões unilaterais acerca da experiência jurídica. Não se trata, diga-se, de incorporar pura e simplesmente ao nosso universo reflexivo esta ou aquela teoria epistemológica (há, é sabido, a preocupante questão dos modismos), mas de permitir, ao estudioso do direito, o aprofundamento da reflexão sobre a complexidade desses temas. Não basta enunciar um conceito formal de direito, pois, já se disse, isso não significa a apreensão devida desse objeto de conhecimento. O processo é bem mais árduo e, com certeza, deve partir claramente de posturas epistemológicas mais críticas (e normalmente mais complexas), a fim de que se possa, sem reducionismos nem posturas absolutistas, alcançar cada vez mais uma compreensão (melhor seria compreensões!) consistente e coerente do fenômeno jurídico.

54 MATURANA, Humberto. *Biologia do Conhecer e Epistemologia*. In: MAGRO, Cristina; PAREDES, Victor. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001. p. 19-124.

8. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética E Retórica – Para Uma Teoria Da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Sarai-va, 2002.

AFTALION, Enrique, VILANOVA, José, RAFFO, Júlio. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BIZZOCCHI, Aldo. *Cognição – Como Pensamos o Mundo*, **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 175, set. 2001.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o Homem – Introdução a uma Filosofia da Cultura Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

FOLSCHEID, Dominique; WUNEMBURGER, Jean-Jacques. **Metodologia Filosófica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAILLARD, Françoise. **Genética e Mito da Gênese, A Ciência e o Imaginário**. Brasília: UNB, 1994.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

MATURANA, Humberto. **Biologia do Conhecer e Epistemologia**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del Derecho**. México: Porrúa, 1999.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2000. T.1.

NERO, Henrique Schützer del. **O Sítio da Mente**. São Paulo: Collegium Cognitio, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2000.

OÑATE, Flavio Lopez de. **La Certeza del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

OÑATE, Flavio Lopez de. **Filosofia del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. T.1.

ORTEGA Y GASSET, José. **El Hombre y la Gente**. Madri: Alianza Editorial, 1996.

ORTEGA Y GASSET, José. **Que es Filosofía?**. Madri: Espasa, 1999.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECASENS SICHES, Luis. **Vida Humana, Sociedad y Derecho**. México: Porrúa, 1952.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General de Sociologia**. México: Porrúa, 1960.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1999.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SOLOMON, Robert C.; HIGGINS, Kathleen M. **Paixão pelo Saber**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

VERNENGO, Roberto. **Curso de Teoría General del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

WEINBERG, Steven. Entrevista concedida a Alexandra Osório de Almeida. **Folha de São Paulo**, Caderno MAIS. São Paulo, ed. 26.380, 24 jun. 2001.

ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Hélio Sílvio Ourem Campos

Juiz Federal. Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco. Delegado da Associação dos Juizes Federais do Brasil - Seção PE. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco. Doutorado pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica) - (Equivalência). Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife.

Uma antiga teoria: a separação de poderes?

O tema da separação dos Poderes, ou mesmo o da organização dos Poderes, vem sofrendo, na atual Constituição Brasileira, várias reformas; o que, por si só, já demonstra a sua inquietude.

Não pretendendo esconder os problemas brasileiros atuais com citações da História Universal, acredita-se que o bom senso recomenda manter a lembrança das linhas gerais de transformação.

É o que se fará em seguida, tomando em conta que o poder político foi exercido, de modos diferentes, nas várias civilizações que já se sucederam. Pode-se mesmo afirmar que não há Estado sem poder.

A forte interferência religiosa foi uma marca constante entre os povos antigos¹, que preferiam confundir o po-

• • • • •

¹ As primeiras civilizações, cuja história é possível reconstruir parcialmente, evoluíram a partir de regiões banhadas por grandes rios: na Índia, junto ao Indo; na China, rio Amarelo; na Mesopotâmia, no vale formado pelo Tigre e pelo Eufrates; no Egito, rio Nilo. No caso do Egito, cada cidade tinha seus deuses particulares, e, quando se tornava capital do Império, esses deuses passavam a ser adorados em todo o Egito. No Antigo Império egípcio, adorou-se Rá, deus-sol, e seus descendentes Osíris, deus da morte, com a esposa Ísis e seu filho Hórus. *Os faraós intitulavam-se filhos de Rá.*

ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Hélio Sílvio Ourem Campos

Juiz Federal. Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco. Delegado da Associação dos Juizes Federais do Brasil - Seção PE. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco. Doutorada pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica) - (Equivalência). Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife.

Uma antiga teoria: a separação de poderes?

O tema da separação dos Poderes, ou mesmo o da organização dos Poderes, vem sofrendo, na atual Constituição Brasileira, várias reformas; o que, por si só, já demonstra a sua inquietude.

Não pretendendo esconder os problemas brasileiros atuais com citações da História Universal, acredita-se que o bom senso recomenda manter a lembrança das linhas gerais de transformação.

É o que se fará em seguida, tomando em conta que o poder político foi exercido, de modos diferentes, nas várias civilizações que já se sucederam. Pode-se mesmo afirmar que não há Estado sem poder.

A forte interferência religiosa foi uma marca constante entre os povos antigos¹, que preferiam confundir o po-

1 As primeiras civilizações, cuja história é possível reconstruir parcialmente, evoluíram a partir de regiões banhadas por grandes rios: na Índia, junto ao Indo; na China, rio Amarelo; na Mesopotâmia, no vale formado pelo Tigre e pelo Eufrates; no Egito, rio Nilo. No caso do Egito, cada cidade tinha seus deuses particulares, e, quando se tornava capital do Império, esses deuses passavam a ser adorados em todo o Egito. No Antigo Império egípcio, adorou-se Rá, deus-sol, e seus descendentes Osiris, deus da morte, com a esposa Ísis e seu filho Hórus. *Os faraós intitulavam-se filhos de Rá.*

der político e o religioso. A lei era vista como algo sacralizado, ditada por deuses². Apresentava-se por si própria, sem a necessidade de o homem ir ao seu encontro.

O governo teocrático ora entendia os governantes como representantes dos deuses, ora como os próprios deuses. Os reis eram como deuses encarnados. O direito não era mais do que uma das faces da religião.

Veja-se o caso de Moisés, o libertador dos hebreus³ no Egito, que recebeu os Dez Mandamentos das mãos de Javé. O caso de Hamurábi, do povo babilônico⁴, que, cerca de dois mil anos antes de Cristo, haveria recebido o seu Código de Leis.

As leis vinham dos deuses. Essa é a imagem que se extrai do estudo dos povos antigos.

- 2 A lenda da imortalidade dos deuses pode ser explicada a partir da mitologia pré-helênica. CRONOS, uma figura enigmática, representou um exemplo de conflito religioso e cultural entre os gregos e os povos que habitavam a península helênica antes deles. Tratava-se de um deus da mitologia pré-helênica vinculado à agricultura. Os gregos conferiram-lhe um caráter sinistro e negativo. Na mitologia grega, era filho de URANO (o céu) e de GAIA ou GÊ (a terra). Provocado pela mãe, e ajudado pelos irmãos, os TITÁS, castrou o pai. Isso teria provocado a separação entre o céu e a terra. Assim, CRONOS tornou-se o primeiro rei dos deuses. Mas havia uma profecia conforme a qual um dos seus filhos o destronaria. Por isso, CRONOS devorava todos os filhos que lhe dava a sua mulher, RÉIA, até que ela conseguiu salvar ZEUS, que arrebatou o trono do pai, conseguindo que ele vomitasse os outros filhos, ainda vivos. ZEUS expulsou CRONOS do Olimpo, banindo-o para um lugar de tormento, o Tártaro. Como CRONOS simbolizava o tempo, ZEUS, ao derrotá-lo, conferiu a imortalidade aos deuses. Os romanos assimilaram CRONOS a SATURNO, dizendo que, ao fugir do OLIMPO, ele levava a agricultura para Roma; o que recuperava as suas primitivas funções agrícolas. Esta é a razão das Saturnálias, festas rituais relacionadas à colheita.
- 3 A história do povo hebreu foi bastante diferente daquela dos outros povos da Antiguidade, pois jamais alcançaram grande projeção política e militar, ou nas artes e nas ciências. Entretanto, ganharam destaque histórico por terem sido o primeiro povo a afirmar a sua fé em um único Deus. As bases da história, da religião, da filosofia, das leis hebraicas estão contidas na Bíblia (da palavra grega *biblia* = livros), e, por meio dos relatos bíblicos, em grande parte confirmados pela arqueologia, é que se pode traçar a evolução cultural do povo hebreu.
- 4 Foram séculos de lutas para que a Mesopotâmia fosse unificada pelo rei da Babilônia, HAMURÁBI, que fundou um vasto Império impondo-lhe a mesma administração e as mesmas leis. O seu Código de Leis, apontado como o primeiro da História, permitiu erguer a cidade mais próspera da época (Babilônia), a capital.

Em sua "A Cidade Antiga", FUSTEL DE COULANGES lembra que os cretenses⁵ atribuíam sua legislação a Júpiter, e não a Minos. Os lacedemônios tinham por legislador Apolo, e não Licurgo⁶. Para os romanos, Numa Pompílio⁷ escreveu as leis de Roma conforme ditava-lhe a deusa Egéria. Os etruscos⁸ receberam suas leis de Tanges.

Enfim, o verdadeiro legislador nunca era um homem, pois havia uma crença religiosa na origem divina das leis.⁹

Os legisladores eram os deuses ou os seus representantes.

Contudo, provavelmente na Grécia, isso começou a mudar¹⁰. Embora o fundamento do poder ainda fosse a religião, começa-se a vislumbrar traços de democracia. Exemplo disso:

a) O Conselho de Anciões, pois os membros desse Conselho opinavam perante o rei para a instituição de normas;

- 5 Conhece-se mal a história de Creta, pois sua escrita (minóica) ainda não foi totalmente decifrada. Apenas os relatos dos antigos gregos e as escavações arqueológicas permitem reconstruir parte da história desta notável civilização caracterizada pelas atividades comerciais que se estendiam ao Mar Egeu, à península grega, ao litoral do Mar Negro e ao Egito.
- 6 "Todas as tradições da época de LICURGO nos mostram terem existido, entre os espartanos, duas classes e que ambas andavam em luta. A realeza tinha natural tendência para tomar o partido da classe inferior. LICURGO, não sendo rei, 'colocou-se à frente dos aristocratas', forçou o rei a prestar um juramento que reduzia o seu poder, instituiu um senado oligárquico e fez, enfim, com que, empregando a expressão de ARISTÓTELES, a tirania se transformasse em aristocracia." Extraído de COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint - Ediouro, 1991. p. 232.
- 7 Pela lenda, conhece-se os nomes de sete reis, embora devam ter reinado, muitos outros. Dos sete, os quatro primeiros foram itálios, entre eles NUMA POMPÍLIO, que fixou normas religiosas, e haveria sucedido a Rômulo; e os três últimos foram etruscos.
- 8 Aos sacerdotes etruscos cabia interpretar a vontade dos deuses, examinando os fenômenos da natureza e o vôo dos pássaros, além das entranhas dos animais. Talvez, a contribuição mais importante deste povo haja sido a influência por ele exercida sobre a religião e a arte de Roma.
- 9 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975. Cap. XI - A lei, p. 152.
- 10 Boa parte da filosofia ocidental foi influenciada pelos atenienses SÓCRATES e PLATÃO e por ARISTÓTELES, nascido em Estagira, pequena colônia de Atenas, no Mar Egeu, que investigaram o mundo interior do homem.

- b) talvez não houvesse, em Atenas, cidadão que não fosse chamado duas vezes na vida a fazer parte do Senado dos Quinhentos;
- c) a idéia de que a democracia exigia o trabalho de um ateniense. Era um governo trabalhoso. O cidadão deveria pertencer ao Estado. A cidadania funcionava como um pesado encargo em um Estado democrático. Na guerra, dava-se o sangue; durante a paz, o tempo. Havia quem entendesse (ARISTÓTELES, por exemplo) que não podia ser cidadão aquele homem que necessitasse de realizar trabalhos pessoais para poder viver.

Evidentemente que ainda havia a escravatura e uma nítida separação entre os cidadãos e os estrangeiros. E, mesmo para os cidadãos, não existia vida privada ou um sistema de garantias frente ao Governo. Assim, os tribunais não iam além de conhecer litígios entre particulares; nem tampouco havia como distinguir entre a atividade legislativa e a executiva.

Também em Roma¹¹, ainda durante a realeza e o poder absoluto nas mãos do monarca, não se deve descurar da existência do Senado ou Conselho de Anciões, além de uma Assembléia patrícia (comício de cúrias), de onde saíam importantes decisões políticas; entre elas, a de legislar.

Durante a República romana, houve o apogeu do Senado, composto pela aristocracia mediante o instituto do voto censitário. Nessa época, o Senado, além de de-

11 O panteão greco-romano compreendia doze deuses, que protegiam diretamente o Estado e eram, portanto, homenageados nos templos e nas cerimônias públicas. Os de origem nitidamente latina, também protetores do Estado, eram SATURNO e JANO. SATURNO, uma das mais antigas divindades, era defensor do tesouro da cidade, deus do trabalho agrícola, da abundância, da prosperidade.

ter a competência para impedir mudanças legislativas, tinha a atribuição de aprovar proposições provenientes das autoridades executivas.

No Império Romano¹², os príncipes eram absolutos, estando amesquinhado o Senado à condição de simples órgão de consulta. Aqui, novamente, a hipertrofia do poder trouxe de volta a idéia de que entre o poder político e o divino praticamente não existia distinção.

Durante o período medieval, estando esvaziado o poder imperial, adveio o regime do feudalismo, com o enfraquecimento do comércio e com os regimes da vassalagem (um pacto onde os vassallos, pequenos proprietários de terras, em busca de receber proteção do senhor feudal, colocavam-se à disposição para as guerras) e do benefício (os chefes de família não proprietários de terras recebiam uma porção das mesmas para o cultivo, podendo a paga ir até à prerrogativa de vida e de morte por iniciativa do senhor feudal).

É a existência de um poder distribuído por vários senhores feudais, que construíam uma ordem jurídica própria no feudo.

Algumas características desse período: enfraquecimento de uma autoridade central; o fortalecimento da Igreja, pretendendo submeter, mesmo nas questões temporais, os Monarcas ao Papa; a existência de corporações de ofício, que, mediante os costumes, ditavam normas para os seus membros.

É o quase esquecimento da idéia de um Estado. Baseia-se esse modo de vida no instituto das castas e dos estamentos. O inferior não pode pretender a elevação so-

12 JESUS CRISTO. Segundo as narrativas dos Evangelhos, no Novo Testamento, nasceu em Belém durante o reinado de AUGUSTO, na Galiléia (região Palestina), o homem que pelo exemplo e ensinamentos exerceu uma das mais importantes influências sobre a história e a religião. AUGUSTO. O primeiro dos Césares, fundador do Império Romano, concentrou todo o poder em suas mãos.

cial, tal como o Satan e Adão não podiam se elevar à condição de Deus.

A inalterabilidade dos *estamentos* aparecia como se fosse uma ordem divina.

A teoria feudal é baseada no domínio da terra, havendo uma comunicação direta do rei apenas com os grandes senhores, enquanto os outros necessitavam da intervenção dos seus senhores imediatos.

Contudo, esse regime fragmentário começou a dar sinais de exaustão, sobretudo diante do enfraquecimento da economia rural e do desenvolvimento do comércio.

Em busca de poder político, a burguesia aliou-se com o rei ou com o senhor feudal mais poderoso, financiando-o. Assim, surgiu o broto do absolutismo monárquico, mediante esse somatório.

O Estado Nacional¹³ dá os seus sinais de nascimento, evitando, inclusive, a submissão ao Papa.

13 Com o apoio da burguesia, os reis, partindo de seus próprios domínios territoriais, puderam, pouco a pouco, constituir um Estado unitário, caracterizado, em grande proporção, pela comunhão de origem e língua de seus habitantes. Para poder constituir os Estados nacionais, os soberanos confiaram inicialmente a elementos da classe burguesa a administração do reino, antes um encargo dos senhores feudais. Esses funcionários foram pagos pelo Estado para administrar a justiça e controlar a atuação de autoridades locais. Tendo quase todos eles realizado estudos jurídicos, buscaram reviver o direito romano, que reconhecia ao Estado plenos poderes, contribuindo, desse modo, para reforçar a autoridade do rei e diminuir, cada vez mais, a influência dos senhores feudais. Durante o século XV e no início do século XVI, vencido o poderio dos senhores feudais, foram surgindo os Estados Modernos, através do fortalecimento da autoridade monárquica, da definição de fronteiras nacionais e da unidade lingüística e cultural de cada povo. Há registros históricos de que o Reino de Portugal foi o primeiro Estado Moderno da Europa, com fronteiras já delimitadas em 1383, com o advento da dinastia de Avis. A revolução que colocou no trono JOÃO I, de Avis, viu-se livre da nobreza feudal portuguesa, e, depois da batalha de Aljubarrota (1385), firmou sua independência com relação às pretensões territoriais de Castela. Quanto à Alemanha e à Itália, a rigor, irão surgir somente no século XIX, pois, até essa época, os nomes da Alemanha e da Itália referiam-se a regiões geográficas. Nesses territórios, desenvolveram-se vários pequenos Estados, sem que nenhum conseguisse impor-se, resultando um equilíbrio de forças que impediu a formação do Estado alemão ou do italiano. Contudo, em cada um desses pequenos reinos ou principados, a evolução do conceito de Estado processou-se como nos demais países que se formaram na Europa.

Com o Estado Nacional absolutista, advém a unificação do território do Estado, esfacelando o antigo poder da aristocracia rural. É o único centro de poder (monarca) que detém competências para dizer as leis, aplicá-las e decidir sobre os conflitos de interesses entre os particulares.

A descentralização feudal foi substituída por Estados dinásticos, cujos monarcas centralizaram o poder, servindo à formação de monarquias nacionais durante os séculos XIV e XV.

Nessas condições, estando o poder completamente centralizado, não se pode falar em impugnação dos atos do Estado, pois não havia limites ou restrições ao poder estatal.

De algum modo, esse é o mote posto em discussão pelo liberalismo clássico.

Pretendia-se limitar o poder absoluto. Para isso, surgiram, como principais iniciativas, a tese da supremacia da Constituição e da separação dos poderes, procurando garantir a liberdade individual.

Era preciso dividir o poder para haver espaço para a liberdade. O objetivo ideológico da teoria da separação dos poderes é a liberdade. Uma espécie de disputa do liberalismo contra o absolutismo.

Desmontava-se o Leviatan¹⁴.

Evidentemente que as transformações não ocorreram de um momento para o outro. Para constatar o processo,

14 THOMAS HOBBS, na obra *Leviatan*, considerava que os homens, através de um pacto voluntário, transferiram ao Estado os seus direitos. Esse pacto foi realizado porque, no estado natural em que viviam os homens, reinavam a guerra e a anarquia. O monarca era a autoridade absoluta do Estado, com obrigação de garantir a paz e a segurança. O monarca pode governar despoticamente, não por ter sido escolhido por Deus, mas porque os homens lhe outorgaram poderes absolutos.

bastaria lembrar da obra de MARSÍLIO DE PÁDUA¹⁵, ou mesmo de ARISTÓTELES, em que se encontram idéias como: a) é injusto e perigoso enfeixar para uma só pessoa todo o exercício do poder; b) há uma impossibilidade prática de um só homem prever tudo.

Nesse sentido, visite-se BOBBIO, quando demonstra a antiga distinção entre o poder principal e o derivado:

(...) enquanto a causa prima do Estado é o legislador, o governante é a causa secundária, ou, segundo outras expressões mais cheias, 'é a causa instrumental e executiva', no sentido de que quem governa age pela 'autoridade que lhe foi outorgada para tal fim pelo legislador e segundo a forma que este lhe indicar'. Essa teoria, assim já tão bem elaborada por Marsílio, segundo o qual, dos dois poderes fundamentais do Estado - o legislador e o executivo -, o primeiro enquanto pertença exclusiva do povo é o poder principal, enquanto que o segundo, que o povo delega a outros sob forma de mandato revogável, é poder derivado, e um dos pontos cardiais das teorias políticas dos escritores dos séculos XVII e XVIII.¹⁶

15 Vide Padua, Marsílios de. *Do Defensor Pacis*, 1324. Disponível em: www.fordham.edu/halsall/source/marsiglio4.html.

16 DICIONÁRIO DE POLÍTICA. Tradutor João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 321-322.

Em suma, LOCKE e MONTESQUIEU¹⁷ formaram os seus pensamentos tomando em conta a história e algum pensamento antecedente.

Era preciso distribuir o poder entre diferentes detentores, e a técnica da representação foi um instrumento para isso. Evidentemente que o enfrentamento com a burocracia do aparato administrativo é uma tarefa muitas vezes sem êxito.

Nesse diapasão, a independência dos tribunais pode vir a ser uma noção de reforço contra o absolutismo, a depender das circunstâncias do povo, do tempo vivido e do amadurecimento do regime político democrático.

No entanto, costuma-se apontar como marcos históricos do liberalismo clássico: a) a Revolução gloriosa, de 1689¹⁸; b) a independência das treze colônias

17 O inglês LOCKE, na obra "Ensaio sobre o Governo Civil", justifica o regime estabelecido a partir da Revolução Gloriosa (1688), que se tornou modelo para outros autores. Considera que o homem possui direitos naturais, como direito à vida, à propriedade, à liberdade. O governo nasce de um contrato social entre os homens, que cedem seus direitos ao governante, provisoriamente. Portanto, o monarca é um executor da vontade da sociedade, não podendo ferir os direitos naturais. O francês MONTESQUIEU, nascido em 1689, na obra "O Espírito das Leis", analisa todas as formas de governo, elogia o sistema inglês e propõe três poderes. Afirma que as condições naturais de um país, como o clima e a extensão, influenciam o tipo de governo; para a França, o melhor sistema era a monarquia constitucional.

18 CROMWELL, chefe da Revolta na Inglaterra de 1642, tornou-se Lord Protector, e impôs um governo ditatorial, confiscou bens, proibiu o culto católico e dissolveu o Parlamento. A monarquia foi abolida e foi adotada a forma de governo republicano (Commonwealth). Foi mantida a Câmara dos Comuns, sem poderes para legislar; o Poder Executivo era exercido por um Conselho de Estado, do qual CROMWELL fazia parte. Após a morte de CROMWELL, foi restabelecida a monarquia, sob a promessa de que o rei CARLOS II respeitaria o Parlamento. Entretanto, CARLOS II e JAIME II manobram a fim de estabelecer uma monarquia absolutista. Em 1688, irrompeu a "Revolução Gloriosa", que derrubou o absolutismo e instituiu um governo monárquico constitucional.

americanas, a partir de 1776¹⁹; c) a Revolução Francesa²⁰, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Sobre a Revolução de 1689, LOCKE apontava a necessidade do surgimento do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo; este último a quem competia declarar guerra, paz e outros assuntos externos.²¹

.....

19 Pela Lei do Selo (1765), a Inglaterra estabeleceu que os colonos ficavam obrigados a usar papel selado para todos os atos jurídicos. Os colonos reagiram aos impostos, taxando-os de ilegais. Baseavam-se na lei inglesa de que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos sem os ter votado; como não tinham representantes no Parlamento inglês, julgavam-se desobrigados de pagar os tributos. Em 04.07.1776, foi proclamada a Independência das colônias americanas: os Estados Unidos da América do Norte. A Convenção Constituinte reunida em Filadélfia (1787) elaborou a Constituição. Foi instituído um governo republicano presidencialista com três poderes independentes – Executivo, Legislativo e Judiciário. A Independência americana influenciou a Revolução Francesa e os movimentos de Independência no Brasil e na América espanhola. Vale observar, também, que as concepções políticas dos Iluministas se difundiram na Europa e na América, contribuindo para os movimentos revolucionários na França e na América – Revolução Francesa e Independência dos países americanos. Entre outras idéias, os filósofos da Ilustração defendiam a razão como único guia da sabedoria.

20 A sociedade francesa estava estruturada nos moldes da Idade Média, dividida em ordens ou Estados, de acordo com o nascimento. O Primeiro Estado (clero) e o Segundo Estado (nobreza) eram detentores de todos os privilégios: isenção de impostos, direito de receber certos impostos, privilégios honoríficos etc. O Terceiro Estado era a maioria da nação: 98% da população. Estava dividido de acordo com as atividades e a renda. O chamado Antigo Regime era criticado pelos filósofos iluministas que pregavam a igualdade perante a lei, o fim do absolutismo e a liberdade para o comércio e a indústria. Os regimes instituídos, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte, passavam, cada vez mais, a ter inúmeros defensores na França pré-revolucionária. De fato, a situação da França se agravou com a crise financeira, originada pela má cobrança de impostos, desorganização administrativa, guerras dispendiosas, luxo e esbanjamento da Corte. Péssimas colheitas e invernos rigorosos ocasionavam a miséria nos campos e nas cidades. Sobre este importante movimento histórico, a Revolução Francesa, não é possível deixar de registrar o período do Terror. Sob a liderança de ROBESPIERRE, os jacobinos votaram a condenação do Rei, guilhotinado em janeiro de 1793. No chamado período do Terror, foi editada a "Lei dos Suspeitos", que permitia a prisão e o julgamento sumário de qualquer opositor, foi decretada a abolição completa de todos os direitos feudais sem indenização, aboliu-se a escravidão nas colônias, determinou-se a requisição de gêneros alimentícios e o tabelamento de preços máximos, etc. Também ROBESPIERRE foi preso e condenado à morte com cerca de vinte partidários. É o conhecido 9 do Termidor, segundo o calendário republicano. Aos 18 do Brumário, foi dado um golpe de Estado. Suprimiu-se o Diretório (cinco membros do Executivo, que funcionava perante o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciãos) e o poder executivo foi atribuído a três Cônsules, entre eles NAPOLEÃO, que, cinco anos depois, tornou-se Imperador dos franceses (1804), instituindo um governo absolutista, que foi deposto, em 1815, pela união da Inglaterra com algumas potências também absolutistas (Áustria, Prússia e Rússia).

21 LOCKE. Segundo tratado sobre o governo civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

Nessa estrutura, o poder superior seria o Legislativo, com caráter subordinante, salvo em relação ao povo, no qual residiria o poder supremo e de quem o Legislativo precisava extrair a necessária confiança.

Esse raciocínio marcou influência em MONTESQUIEU, que, no Espírito das Leis, de 1748, concluiu pela inconveniência de concentrar demasiados poderes em um único centro, pois a consequência seria inevitável: o abuso.

Para consagrar essa teoria, era preciso uma Lei Constitucional rígida, que não pudesse ser alterada tal qual a legislatura ordinária. O art. 178, da Constituição Brasileira de 1824 caminhou nesse sentido, como foi anteriormente demonstrado, destacando matérias que entendia hierarquicamente superiores (Poderes políticos, direitos políticos e individuais dos cidadãos).

É bem verdade que MONTESQUIEU já chegou a ser ironizado, afirmando-se que, quando visitou a Inglaterra (1729-1731), haveria interpretado mal a ordem constitucional britânica então existente, ressaltando uma separação entre o legislativo e o executivo, que, virtualmente, já havia desaparecido desde GUILHERME III e ANA, e praticamente desde a subida ao trono da Casa HANNOVER.

Interpretando mal, ou não, o fato é que a sua teoria foi um marco na história do direito e da ciência política. A proposta da quebra do poder absoluto, seccionando o Leviatan, deu passos favoráveis à liberdade; e não precisa ser estanque.

O instituto do "check and balances" é uma comprovação de que essa teoria não precisa ser estanque,

calcada em esquemas mentais rígidos e fechados à evolução. A idéia do controle recíproco é um aperfeiçoamento da teoria original.

Naturalmente, contudo, contra a retirada de espaços do absolutismo, é natural que o mesmo reaja. A Constituição francesa de 1814 parece ser um exemplo de reação absolutista. Nela, esteve presente o chamado poder moderador, uma espécie de superpoder acima dos demais.

A Constituição brasileira de 1824 caiu nessa tentativa, consagrando-o (arts. 98-101).

Enfim, a história produz avanços e retrocessos.

Mas não bastava assegurar a liberdade, ou a igualdade formal, omitindo-se o Estado das outras exigências sociais (constitucionalismo liberal).

Sob esse sentimento, começou a surgir o Estado social e democrático.

Ora, se a humanidade consegue um desenvolvimento técnico (invenção a vapor, eletricidade, motor de explosão, energia atômica, genoma) porque não seria possível defender o desenvolvimento humanitário, atribuindo ao direito uma missão maior do que apenas defender uma liberdade trôpega de pessoas famintas e doentes.

Sucederam-se os movimentos socialistas²², pois não bastava ao ser humano ser livre, se não tinha como usufruir dessa liberdade. Era preciso assegurar uma existência digna para os trabalhadores.

Nesse prisma, passaram a ser temas constitucionais a ordem econômica, a previdência social, a educação, a saúde; todos eles complementos lógicos da liberdade.

22 Manifesto Comunista e a Comuna de Paris, em 1848 e 1871. Doutrina social da Igreja Católica - Encíclica "Rerum Novarum", de 15.05.1891, do Papa Leão XIII.

A necessidade de reativar na prática esses sentimentos foi aguçada com as duas Grandes Guerras Mundiais²³, que forçavam a chamada segunda geração dos direitos (direitos sociais).

Vieram a terceira (direitos difusos e coletivos) e a quarta gerações (proteção do patrimônio genético); mas ainda são conclamações teóricas; sobretudo no chamado terceiro mundo²⁴, que desconhece a globalização prática das conquistas da humanidade.

23 Entre as causas econômicas da I Grande Guerra (1914-1918) incluem-se as rivalidades entre as grandes potências (França, Inglaterra, Alemanha) na conquista da hegemonia econômica e a disputa por territórios coloniais. Entre as causas políticas, incluem-se o nacionalismo e a "Política de Alianças". Sobre a II Grande Guerra, destaque-se que, após a morte do Presidente HINDENBURGO, em 1934, HITLER foi aclamado o "guia", o "chefe" (Führer), e passou a governar com poderes absolutos. Toda a oposição ao nazismo foi eliminada mediante deportações em campos de concentração e condenações à morte. Os judeus foram perseguidos, e centenas de milhares foram concentrados em "guetos". HITLER iniciou a expansão com vistas à conquista de territórios onde viviam minorias alemãs. Este fato veio a precipitar a Segunda Guerra Mundial. Cabe lembrar que HITLER participou da Primeira Guerra Mundial, e, após a derrota da Alemanha, colocou-se contra o marxismo, os movimentos operários e os judeus. Entre as idéias defendidas pelos nazistas, incluíam-se a eliminação do Tratado de Versalhes (devolução de territórios pela Alemanha e pagamento de elevadíssima soma como indenização de guerra), da cidadania aos judeus, da República de Weimar, das dívidas de guerra e o combate aos movimentos operários e marxistas. Foi em 1919 que HITLER ingressou no Partido Nacional Socialista, ao lado de oficiais do Exército como GOERING, RUDOLF HESS, os jornalistas GOEBBELS, GREGOR e OTTO STRASSER. Costuma-se apontar entre os motivos para a Segunda Guerra Mundial: a expansão dos países totalitários, como o Japão, a Itália e a Alemanha; o enfraquecimento dos países democráticos, como a França e a Inglaterra, que não puderam se opor às agressões internacionais, e a fragilidade da Sociedade das Nações, que não conseguiu coordenar o esforço de paz entre os países. Em 1º de setembro de 1939, HITLER ordenou a ocupação de Dantzig. Inglaterra e França declararam guerra à Alemanha, iniciando-se a Segunda Guerra Mundial. Na Conferência de Potsdam, decidiu-se que Berlim seria dividido em duas zonas: a Oriental, sob o domínio da União Soviética e a Ocidental, sob o domínio dos Estados Unidos da América do Norte, França e Grã-Bretanha. Do ponto de vista econômica, a II Grande Guerra determinou a hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte, no Ocidente, e a da União Soviética em grande parte da Europa Oriental e parte da Ásia. Durante a Conferência de São Francisco, em 1945, foi instituída a "Organização das Nações Unidas - ONU", pretendendo unir os países na luta pela paz mundial. Novos movimentos de independência política, sobretudo na África, procederam-se a partir dos anos 50. Atualmente, as gritantes desigualdades constituem um grave desafio a ser superado pela espécie humana.

24 Trata-se de um jargão diplomático que dividia o mundo em quatro blocos: 1. as nações industrializadas do sistema capitalista; 2. os antigos países comunistas; 3. as nações emergentes ou em desenvolvimento e 4. os países desesperadamente pobres.

A busca por esse bem-estar geral vem sendo uma guerra perdida, quando se constata, como realidade, a existência de lideranças políticas que mais não se preocupam senão com um objetivo principal: a manutenção do seu poder político.

A bondade e o desejo de cooperação parecem ainda distantes de predominar na natureza humana.

Enquanto pensadas a atividade de legislar e a execução das leis como simples técnicas de confronto entre lideranças políticas pouco se poderá progredir.

Pior do que isso. A idéia de que o poder precisa encontrar-se, no atual estágio histórico, com um grupo reduzido, e que isso seria o ideal em termos de eficácia e capacidade de ação, em detrimento das assembleias com muitos componentes, que seriam lentas e incapazes de agir, pode provocar a armadilha de uma *nova fisionomia de absolutismo*.²⁵

Embora reconhecendo que as decisões das assembleias costumam diluir a responsabilidade daqueles que as tomam, não me parece que a desconsideração ou desmerecimento contribua para a composição de um caminho alternativo melhor, ainda mais em um mundo

25 Na pessimista perspectiva do fracasso da democracia, e da necessidade de reinserir a religião na vida pública, integrando *religião, política e sociedade*, vêm reaparecendo os *movimentos fundamentalistas*. Porém, não me refiro, aqui, apenas ao *fundamentalismo* cristão ou muçulmano, mas também àquele proposto por uma visão utilitária contra os imigrantes (*economia, política e sociedade*), que, para alguns Países, tornaram-se um problema estrutural. É o fundamentalismo aplicado contra este novo tipo de êxodo, o realizado, em escala planetária, entre Países pobres (plebe) e ricos (nova aristocracia). Matéria preocupante, pois termina por estabelecer vários graus de cidadania. Uma classificação vulnerável a abusos xenófobos. Por outro lado, há o desafio de um imigrante conquistar todos os direitos sem que para isso tenha de perder a sua identidade cultural. É a difícil arte da convivência entre os diferentes; ou melhor, a utopia da integração cultural não baseada em critérios econômicos.

controlado pelos conglomerados econômicos transnacionais, cuja força de barganha não torna imune o pequeno grupo detentor do poder.

É um desafio: legislar com agilidade sem desprezar o método democrático. As rápidas mudanças do mundo globalizado não justificam o desprezo pela democracia.

Não desconhecendo a presença freqüente do Poder Executivo na seara legislativa²⁶, e não apenas nas situações de crise ou de absoluta excepcionalidade – que poderiam ser resolvidas mediante os regulamentos existentes para os estados de defesa e de sítio (Brasil), mas também atingindo a execução de programas de governo, é indevido deixar uma expansividade ilimitada para qualquer um dos Poderes, independentemente de serem três ou mais.

O equilíbrio democrático atual depende da resolução desse problema. Para alguns, poderia bastar a intervenção do Poder Legislativo suplementar e posteriormente, e a adoção do controle judicial nas hipóteses de superlativo excesso jurídico.

Ocorre que a democracia não se limita ao sufrágio eleitoral, podendo ser estendida ao exercício do poder (*democracia participativa*)²⁷.

Eis o caso bem sucedido, em alguns Estados do Brasil, do denominado “*orçamento participativo*”, em

26 Além da lei delegada e da medida provisória presidencial, tem-se: o pedido de urgência para projetos de lei enviados pelo Poder Executivo, o reenvio, a convocação extraordinária do Poder Legislativo, a iniciativa privativa; e, até mesmo, em alguns países, o decurso de prazo e o decreto lei que sequer é encaminhado à Assembleia.

27 PLATÃO, na sua *Apologia de Sócrates* (obra citada, p. 72), atribui a SÓCRATES o pensamento de que *quem combate verdadeiramente pelo que é justo, se quer ser salvo por algum tempo, deve viver a vida privada, e nunca meter-se nos negócios públicos*. O próprio PLATÃO atribuiu a morte de SÓCRATES à “teatrocracia”, que seria alimentada pela democracia. Pessoalmente, entendo que não se deve atribuir à democracia os riscos do fanatismo. Nem tampouco identificar democracia com demagogia.

que lideranças locais ou comunitárias apontam as primeiras necessidades que precisam ser atendidas em uma certa região. Mas participação popular exige informação, e boa informação.

Mesmo reconhecendo essa dificuldade, sublinha-se que o poder concentrado já deu lições de horrores no passado. Esperar um absolutismo, ou um *déspota esclarecido* parece um *non sense*. O exercício do poder não santifica ninguém.

Enfim, o homem já buscou um direito ditado pelos deuses, fracionou o poder no feudalismo, concentrou-o no absolutismo, destacou a liberdade à revelia dos demais direitos, foi em busca de quatro gerações jurídicas (direitos sociais, difusos e coletivos, proteção do patrimônio genético); e, agora, depara-se com um mundo globalizado, que mantém a soberania estatal enfraquecida, e precisa não encontrar na democracia o bode expiatório da difícil missão de melhorar o seu futuro.

Nesse quadro de profundas desigualdades sociais no mundo, mantêm-se em estreita interdependência fatores econômicos e não econômicos, sobre eles devendo preponderar a preocupação com o fator humano.

Um esforço global para reduzir a miséria que, de algum modo imaginado nos anos cinquenta, precisa ser novamente despertado. Evitar a explosão demográfica, despesas militares de dominação, dívidas externas escaldantes são apenas alguns dos fatores de combate.

Se o homem um dia pensou em dividir o poder para conquistar a liberdade, agora, precisa reorientá-lo senão em busca da igualdade, ao menos, para conferir condições dignas de subsistência.

É necessário aliar a liberdade a condições de vida com dignidade. Liberdade e dignidade, provavelmente, não estejam nas construções teóricas externas; mas no desenvolvimento interior do ser humano.

É preciso crescer espiritualmente. Adotar por principal escopo o aperfeiçoamento individual, mas respeitando a opinião alheia, e mantendo a consciência independente e avessa à corrupção e ao despotismo. Esse é o verdadeiro desafio.

Superar a lei como limite do poder, e enxergá-la também como o impulso da atuação administrativa é algo que, na realidade brasileira e possivelmente mundial, ainda é uma ilusão.

O *poder* costuma, de fato, ser exercido com, sem ou contra o direito. Para ele, o direito parece um entrave; ainda mais ao poder concentrado e com tendências absolutistas.

Diz-se isso para concluir que, se não é possível melhorar um quadro que já se encontra patológico, ao menos que a solução alternativa não sirva para piorá-lo ainda mais.²⁸

De fato, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, além de possibilitar a inclusão, nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, de instrumentos de participação popular nas administrações desses entes, preocupou-se por consagrar mecanismos de democracia direta vinculados aos três Poderes.

28 Sobre o presidencialismo, o parlamentarismo e os sistemas mistos remeto o leitor para o Capítulo onde estudo o direito comparado. Nele, volto as minhas atenções para a investidura de confiança, o voto de censura, as eleições extraordinárias parlamentares, as coligações partidárias etc.

Veja-se:

1. VINCULADOS AO PODER LEGISLATIVO:

- a) consulta prévia para a elaboração de Projeto de lei;
- b) audiências públicas realizadas pelas Casas Legislativas;
- c) iniciativa popular legislativa;
- d) plebiscito e referendo²⁹;
- e) representação aos Tribunais de Contas.

2. VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO:

- a) conselhos, tais como os Conselhos Setoriais de Saúde, Criança e Adolescente, Assistência Social, Mulher, etc.;
- b) audiências públicas com órgãos da administração direta;
- c) direito de petição;
- d) ouvidoria.

29 A Constituição Brasileira de 1937, também chamada de *Constituição-fantasma* pelos adversários, foi a segunda outorgada, abrindo largo espaço para as práticas plebiscitárias. No início da sua vigência, a partir de 10.11.1937, reinava o preocupante comentário de que nada seria mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la, ou de apenas cumprir os preceitos que fossem da conveniência do poder estabelecido. Por nove vezes, o plebiscito foi referido (arts. 5º, Parágrafo Único; 63 e Parágrafo Único; 174, § 4º; 175; 178 e 187). As três Constituições anteriores não mencionavam o plebiscito. A Constituição de 1946 permitiu a sua realização para restabelecer o sistema presidencialista de governo, revogando a Emenda Constitucional nº 04, de 02.09.1961. A Constituição de 1967 o menciona apenas em relação à *consulta prévia às populações*, a ser disciplinada por Lei Complementar, para a criação de Municípios. O principal autor da Constituição de 1937, FRANCISCO CAMPOS, parece que entendia não haver distinção conceitual entre o *plebiscito* e o *referendo*; por isso, utilizou, unicamente, o termo *plebiscito* para a consulta popular quer sobre um ato prévio de órgão estatal – o próprio Texto Constitucional de 10 de novembro –, quer sobre um evento posterior, tal como a subdivisão ou desmembramento de Estados.

3. VINCULADOS AO PODER JUDICIÁRIO E ÀS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA:

- a) ação popular;
- b) representação ao Ministério Público;
- c) ação civil pública;
- d) mandado de injunção;
- e) mandado de segurança coletivo;
- f) ação de inconstitucionalidade por omissão.

Acrescenta-se, ainda, que a Câmara dos Deputados aprovou a Resolução nº 21, de 30 de maio de 2.001, que cria a “*Comissão Permanente de Legislação Participativa*”; o que pode implicar um importante espaço aberto para que a sociedade traga as suas contribuições para o processo legislativo.

Pretende-se, com isso, superar a complexidade e a morosidade dos trâmites legislativos. Afinal, do modo como vinham sendo encarados os projetos de iniciativa popular, a frustração era a vala comum, pois eles não prosperavam³⁰.

Em suma, a Comissão³¹ pretende apresentar-se como um instrumento pedagógico de educação política e de for-

30 A Proposta de Emenda Constitucional nº 02, de 2 de março de 1999, da autoria da Deputada LUÍZA ERUNDINA (Partido Socialista Brasileiro – São Paulo), veicula a diminuição das exigências dos procedimentos para a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular; mas, até setembro de 2.001, ainda não foi constituída Comissão Especial para apreciar o assunto.

31 Aos 10.10.2001, a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE encaminhou à Comissão de Legislação Participativa um anteprojeto de lei sobre a informatização do processo judicial, que, se aprovado pela Comissão, passará a constituir Projeto de Lei da sua autoria. Este anteprojeto pretende reduzir o tempo de tramitação de um processo, sobretudo diminuindo o longo período em que ele permanece em Cartório. Com isso, além da economia de tempo, haverá uma minimização dos custos. O rastreamento das eventuais fraudes, provavelmente, também será facilitado pelo sistema de informática. É o que, no Brasil, vem-se chamando de o “*fim da era dos carimbos*”.

talecimento da democracia representativa, demonstrando não temer a divisão de poder com o povo, construindo a Democracia e a Cidadania com os pilares da democracia representativa e da participativa, somando-as.

Isso não significa dizer que não se reconheça que o estágio de consciência e de organização política da maioria da população sejam ainda insuficientes; o que, ao invés de enfraquecer a Comissão que surge, antes poderá fortalecê-la, funcionando como uma maneira de institucionalizar a conquista de um espaço de participação, garantindo a efetividade de mecanismos que, via de regra, por ausência de regulamentação, freqüentemente se esvaziam.

Nesse sentido, a democracia participativa funciona como uma alternativa não excludente das medidas provisórias.

No caso do direito financeiro, o orçamento participativo assume um papel de destaque.

Mas, infelizmente, ao lado dessa experiência, o mundo da globalização econômica vem se deparando com o reaparecimento de ligações perigosas entre a religião e a vida pública, ou mesmo entre a economia e a xenofobia. Um sentimento de que aquilo que é diferente não deve ser aceito, ou mesmo deve ser eliminado.

É o que o Ocidente vem chamando de Fundamentalismo estatal.

Encontram-se duas perspectivas básicas para esse tipo de Estado:

- a) Estado fundamentalista religioso;
- b) Estado fundamentalista econômico.

Começa-se com o Estado fundamentalista religioso. Via de regra, trata-se de uma expressão pejorativa. Mas é preciso, ao menos, esforçar-se para entender esse modo especial de ver o mundo.

Nele, compreende-se que os ideais espirituais de um determinado grupo de pessoas merecem respaldo em suas aspirações políticas. Um governo de Deus, "God" ou Alá.

Esse ponto de vista, nas situações atuais, em que uma grande quantidade de pessoas pretendem espalhar-se pelo mundo economicamente mais desenvolvido, mantendo a sua identidade cultural, termina por provocar rejeições de parte a parte, gerando crises políticas e respostas terroristas desesperadas e extremamente violentas.

Na crença firme de uma determinada verdade, que seria completa e sem concessões, reduções ou reinterpretções, defende-se que uma certa doutrina religiosa estaria apta para produzir o apogeu da humanidade.

O apego à *idéia da verdade* forneceria o anteparo ético para a reclamação de uma autoridade suprema, em que a violência poderia ser utilizada como um modo de ação política.

Religião, política e sociedade seriam uma espécie de *santíssima trindade*, conformando um todo unitário absoluto contra o qual ninguém poderia se opor, sem que para isso estivesse profanando a *verdade*.

Esta *verdade suprema* funcionaria como um antídoto salvador de uma sociedade corrompida por costumes desviados de determinados caminhos religiosos.

Assim, a religião deixaria um papel secundário e passaria ao de protagonista, transformando o ideal religioso

no verdadeiro ideal político. Com isso, a pluralidade de caminhos funcionaria como um perigoso detonador da necessária identidade religiosa.

De fato, a religião, abandonando a característica de um assunto privado, e retomando a militância e o interesse público, possui antecedentes históricos recentes que não devem ser ignorados³²:

- a) a Revolução islâmica no Iran;
 - b) o fundamentalismo hindu das últimas duas décadas, baseado nos ensinamentos do Deus Rama, com o objetivo de fazer renascer o *Estado sagrado de Bharat*;
 - c) o papel da Igreja Católica na Revolução Sandinista e em alguns conflitos na América Latina;
 - d) o fundamentalismo protestante como uma importante força política nos Estados Unidos da América do Norte³³;
- etc.

32 A volta aos textos sagrados, escritos que se afirmam derivados de Deus ou dos Deuses (a Bíblia – Antigo e Novo Testamento, a Tora judaica – Pentateuco de Moisés e o Corão islâmico), constituiria a base para definir uma vida correta, e o que é mais apropriado, nas circunstâncias, para disciplinar a maneira como a sociedade e o Estado deveriam ser organizados. Uma espécie de retorno aos *fundamentos* para um Estado perfeito no mundo atual. Infelizmente, acusações recíprocas de fanatismo e extremismo vêm marcando essa redescoberta. Em muitos Países do denominado *terceiro mundo*, provavelmente, o *fundamentalismo* apresenta-se como uma reação em face dos fracassos do Estado secular, que, além de não conseguir resolver os problemas econômicos e sociais, alia-se à corrupção e se depara com uma urbanização desorganizada, com o desemprego e com uma sensação de dominação estrangeira predatória.

33 De fato, os fundadores do Estado norte-americano, a partir dos primeiros debates, pretenderam assegurar os direitos fundamentais, ao menos internamente, fazendo uma separação rígida entre a religião e o Estado, com o propósito de assegurar a democracia liberal. Portanto, a opção pela tolerância religiosa, em regra geral, evitou que o norte-americano fosse obrigado a fazer violentas opções entre as obrigações civis e as religiosas. Contudo, isso também favoreceu um grande surgimento de seitas e de doutrinas religiosas, entre elas algumas inclinadas para a violência.

Movimentos como tais podem, de um lado, provocar uma redução da violência entre as populações mais pobres, diminuindo a degradação moral e a familiar; mas, por outro, acaso o fanatismo conquiste o seu espaço real e simbólico, podem também provocar reações violentas de insatisfação contra um mundo de matiz excludente.

Essa retomada de um Estado que declara o fracasso da laicização, embora assuma um relevo todo especial entre as comunidades mais pobres, não impede a existência de uma espécie de alto clero, entre as camadas sociais mais favorecidas economicamente.

E, dentro deste movimento religioso, atacado pelo sentimento de que os males humanos são conseqüências do abandono do *verdadeiro caminho*, constitui-se uma cultura que se coloca em posição de supremacia moral sobre as demais, pois a evolução³⁴ teria um só percurso e um só modelo.

A oposição a isso mereceria sofrer um termo, não sendo a liberdade de culto e a pluralidade religiosa senão uma linguagem a ser evitada e eliminada. Uma espécie de exigência de *apocalipse*³⁵ daqueles que pensam o contrário.

Evidentemente que qualquer religião, acaso levada às raias do fanatismo, torna-se perigosa, ainda mais em um mundo cheio de tensões, injustiças e desigualdades.

34 O termo "*fundamentalismo*" surgiu como uma resposta à obra de CHARLES DARWIN, que estudou a origem e a evolução das espécies, mas também era dirigido contra a pretensão, por parte das ciências da natureza e do pensamento crítico, de conferir uma nova interpretação ao universo, pondo em dúvida as Sagradas Escrituras.

35 Uma idéia bíblica de um campo de batalha, ou de uma grande guerra, que provocaria uma enorme destruição e o fim de um mundo.

Contudo, o choque ou a total identidade entre o poder temporal e o religioso torna-se um ambiente favorável às intrigas, às filosofias mais radicais e a avanços importantes na história da humanidade. A Reforma e o Iluminismo são exemplos disso.

Com a queda do comunismo, o fanatismo e o terrorismo³⁶ adveio uma espécie de *crise de objetividade*, elegendo-se o Islã como um inimigo. Esquece-se, porém, que o Alcorão detém ensinamentos de respeito ao próximo, sendo necessário rever e aprofundar a sua leitura. É o próprio Alcorão que ensina: “Não permita que seu ódio às pessoas o torne injusto. Seja amável; é o mais próximo de ser verdadeiramente consciente de Deus.”

Portanto, a hostilidade e a aplicação distorcida dos livros religiosos passam um falso conceito de que a religião seja um inimigo presumido manipulador da opinião pública. Não parece que seja esse o caso, embora a identidade entre o poder político e o religioso termine, historicamente, por não favorecer o equilíbrio entre as diferentes necessidades da vida em uma sociedade vocacionada por resistir ao que lhe seja diferente.

Assim, acreditar que uma parte do mundo, quer seja a Ásia, a Europa ou a América constitua o único berço da civilização é algo precário e hostilizante. Rejeitar as proposições e idéias do outro, marginalizando-o culturalmente, termina provocando reações desesperadas, e de uma violência primitiva.

36 Os Países ricos precisam questionar quais as razões atuais do terrorismo internacional, tomando em conta a miséria e a grande concentração de riqueza. Um forte perigo é o de transformar a “guerra” em algo necessário para que se continue concentrando rendas e gerando maiores espaços de pobreza no mundo.

As colonizações cultural e financeira minam as afirmações de pretensão real de um pluralismo democrático, de liberdade e de tolerância.

A invasão do Vietnã, de Madagascar, da Tunísia, atentados terroristas de grupos pretensamente religiosos são ações e reações fundadas no equívoco de que existem raças mais elevadas, com um direito concreto sobre aquelas inferiores, empunhando a bandeira da cultura da dominação.

Se essa já foi uma prática de antepassados, esse modo de comportamento das primeiras gerações precisa ser denunciado e alterado. Rejeitar a violência é trabalhar em favor da justiça. Segurança e justiça são conceitos indissociáveis.

E é nesse estágio que se considera importante refletir sobre o Estado fundamentalista econômico.

Aqui, a economia é o principal fator vinculante da vida da sociedade e da política. Esse tipo de Estado depara-se com um mundo onde a imigração assume uma estrutura toda especial, e particularmente numerosa.

É natural, portanto, que a presença de imigrantes provoque tensões internas, e reações adversas de diferentes graus.

Nessas circunstâncias, os princípios de cidadania conquistados historicamente, e alardeados pela doutrina (liberdade, igualdade, etc.), sofrem um choque de insinceridade. Deixam de constituir paradigmas e passam a conviver com a hipocrisia.

Se, em um passado relativamente recente, houve um interesse político de inclusão³⁷, atualmente, parece haver um sentimento oposto em nome da estabilidade e do equilíbrio. Trata-se da aplicação do princípio utilitarista baseado na lógica dos custos e dos benefícios.

O fato de o utilitarismo ser injusto seria derogado pelas conseqüências de instabilidade que a presença do imigrante poderia provocar na qualidade de vida, interferindo negativamente no mercado de trabalho, nos serviços de saúde postos à disposição dos nacionais; enfim, no destino e no espaço vital do autóctone.

O forasteiro seria um invasor trazendo mais custos do que benefícios. Logo, procura-se estabelecer uma evidente distância entre o "nós" e o "eles".

Esse perigoso fenômeno termina por legitimar o racismo e um exasperamento da xenofobia.

Nessa nova "Idade da Imigração"³⁸, eclodem posturas preconceituosas não apenas quanto às raças, mas inclusive quanto à própria cultura alienígena.

37 A chamada "Idade do Ouro" da globalização situa-se aproximadamente entre 1870 e 1914. Nesse período, o fluxo financeiro não estava submetido a restrições entre os países. O padrão-ouro era aceito pelos Estados. O Estado nacional era embrionário e a noção de responsabilidade social também. Era bem mais livre a circulação das pessoas, se comparada com os dias atuais. Nestes cerca de quarenta anos de transição entre o século XIX e o XX, ocorreram três intensas correntes migratórias: a) entre a Europa e a América, sobretudo a do Norte; na China e na Índia, em direção ao Sudeste asiático; dentro da própria Europa, particularmente entre a Europa central e a Itália em direção à França, à Alemanha e à Suíça. Cerca de cem milhões de pessoas migraram no final do século XIX.

38 Falar em *cidadania cosmopolita* no século XXI pode manifestar um desejo, mas, infelizmente, ainda se está bem longe dessa realidade. Este desejo parece ser um ideal do migrante estrangeiro, mas nem sempre está de acordo com o discurso nacionalista autóctone. Além do mais, a imagem de um "consumidor-mundial", que se preocupa com a compra de produtos baratos e de qualidade, sem importar-se com a origem nacional, é algo que não se compadece com a miséria que lastreia os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, refletindo um sonho de produção de novas identidades culturais em um mundo sem fronteiras. Uma federação mundial de Estados-nações, havendo uma perda progressiva de importância do antigo conceito do Estado. Ocorre que esta tal "homogeneização cultural" procura esconder a enorme tensão existente entre o local e o global, que não vem produzindo uma República, e menos se expressa pela crise da soberania, e mais pela crise da fome, que, na prática, vai produzindo uma espécie de limpeza étnica genocida e conflitos armados instigados pela pobreza e pela falta de esperança.

Trata-se, portanto, de um fundamentalismo estatal, no sentido de que o "outro" não deve ser aceito conforme a sua própria identidade.

Exemplifica-se: imagine-se que, após a Segunda Guerra Mundial, houvesse a necessidade de reconstrução da Europa. Diante dessa circunstância de exigência de mão-de-obra estrangeira, fomentou-se a imigração, acreditando-se que os imigrantes retornassem aos seus Estados de origem quando a demanda cessasse. Logo, nessa primeira etapa, as portas estariam abertas. Ocorre que, cessada a necessidade, as portas se fechariam, argumentando-se que era preciso estabelecer um limite para que um país suportasse a chegada de imigrantes sem diminuir a qualidade de vida dos seus cidadãos. Haveria um limite para garantir aos autóctones os direitos de cidadania. De início, em favor da implementação desse desejo, se fixaria uma política de quotas, pretendendo regular a imigração. Depois, se imaginaria incentivar economicamente os imigrantes para que retornassem aos países de onde vieram.

Ora, esse tipo de raciocínio detém matiz nitidamente utilitarista, enxergando o homem como uma simples mercadoria.

Ocorre que não o é.

Sem desconhecer o problema de estrutura, e esse novo tipo de êxodo de escala mundial, desenvolvida entre os países pobres e os ricos, é preciso adotar uma postura nítida, reconhecendo as suas conseqüências.

Se, de um lado, pretende-se continuar resistindo ao fenômeno sem procurar reestruturar os problemas que

configuram as suas raízes, ou se é possível refletir sobre o assunto, modificando as estruturas atuais de exclusão.

Não se pense que esse dilema é pouco preocupante, ou que apenas interessa aos países pobres, que não pertencem ao *coração do mundo*.

Resolver a questão da cidadania em um sistema que reconhece direitos e deveres por categorias de imigrantes, transparecendo uma diferenciação social baseada em critérios mistos de nacionalidade e de potencial econômico, é um embate de que o Estado do século XXI não irá poder fugir.

Tornar vulnerável ao mercado a cidadania nos países pobres, mantendo-a indefesa aos abusos, constitui uma forma de fazer padecer a democracia, em razão de um sentimento de que o homem precisa se libertar: o egoísmo.

Por outro lado, o imigrante, embora esteja querendo ser aceito, provavelmente não deseje ou não consiga desligar-se da sua identidade e da sua prática cultural.

Dentro do ponto de vista de um *Estado fundamentalista*, isso seria inaceitável. Aceitar o dessemelhante poderia implicar violência contra a sua estabilidade interna. Permitir ao imigrante adquirir todos os direitos, conservando a sua identidade cultural, faria quebrar a noção de pureza, permitindo a mistura entre raças, credos religiosos, etc.

Enfim, se aboliriam as formas de preconceitos e de discriminações.

Evidentemente que isso requer convicção educacional e cultural, e a ausência de receio de discutir a verdade

que se entende como única. Portanto, educação, cultura e uma forte dose de evolução interior.

Mas, por enquanto, retorna-se ao Estado brasileiro, dizendo que a democracia participativa é um pouco disso, pois, através da composição e da execução orçamentárias, se permitiria a todos, nacionais e estrangeiros, discutirem as prioridades.

Evidentemente que é uma iniciativa em embrião, mas, até mesmo por isso, merece um sereno lançar de olhos.

O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL

Ivan Luiz da Silva

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape. Professor substituto da Escola Superior da Magistratura de Alagoas-ESMAL, Professor Direito Penal do CCJUR-Cesmac. Advogado, Procurador de Estado/AL, Ex-Procurador de Estado/SE.

SUMÁRIO

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL; 2- DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 3- DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; 4- NOTAS CONCLUSIVAS, 5- REFERÊNCIAS

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

Os princípios penais constitucionais formam a base do ordenamento jurídico-penal e configuram-se em su-pedâneo do Direito Penal moderno, no qual visam a garantir os direitos e liberdades fundamentais do cidadão em face do poder punitivo estatal.

Por força do modelo de Estado de Direito Democrático proposto pela *Lex Magna* pátria, esses princípios penais básicos propõem a adoção de um Direito Penal de intervenção mínima, ou seja, só fatos que demonstrem materialmente a necessidade de uma repressão penal devem receber a incidência da lei criminal.

Contudo, a imprecisão legislativa e a descrição abstrata do tipo penal permitem que algumas condutas penalmente irrelevantes sejam atingidas pela persecução penal. Com o objetivo de evitar essas situações de injustiça, a doutrina e jurisprudência passaram a atribuir e a exigir um conteúdo material do tipo penal. Assim, haverá tipicidade penal apenas quando a conduta formalmente típica lesionar materialmente o bem jurídico penalmente tutelado.

É nesse contexto que surge o Princípio da Insignificância em matéria penal, que atuará no sentido de afastar do âmbito da lei penal as condutas formalmente típicas que não lesionam, concretamente, o bem jurídico atacado.

Não obstante a ausência do conceito do Princípio da Insignificância na dogmática jurídica, a doutrina e jurisprudência têm cumprido a contento a função de defini-lo, já que há definições objetivas que afastam o *déficit* conceptual dogmático.

Assim, o Princípio da Insignificância pode ser reconhecido pelo enunciado *nullum crimen sine injuria* e definido como o princípio de Direito Penal que interpreta, restritivamente, o tipo penal para afastar a incidência da lei penal sobre a conduta que demonstra ínfimo grau de lesividade contra o bem jurídico penalmente tutelado.

Cumpre, pois, demonstrarmos o emprego desse princípio penal pelo Judiciário, que ocorre por meio da concretização normativa dos princípios jurídicos constitucionais.

2. DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A concretização normativa consiste num processo que parte de uma norma generalíssima e abstrata (os princípios jurídicos) – que detém apenas normatividade mediata – até atingir uma norma de decisão – com normatividade concreta – que deverá regular e solucionar um caso jurídico concreto. Ocorre em nível legislativo, judicial e administrativo.¹

A concretização judicial é realizada pela atuação do Judiciário, que através de suas sentenças densifica um preceito constitucional, partindo da norma abstrata até obter a norma de decisão solucionadora do caso concreto posto à sua apreciação.

No que tange aos princípios constitucionais implícitos, o trabalho de concretização judicial assume especial relevância, uma vez que o primeiro ato concretizante realizado será o de descobrir o princípio não-expresso no interior do ordenamento jurídico. Após isso, a concretização judicial realiza-se no sentido de densificar e precisar os contornos normativos do princípio revelado.²

1 Sobre concretização normativa vide: SILVA, Ivan Luiz da. **Da insignificância como princípio jurídico de direito penal constitucional**. Dissertação de mestrado, Recife: UFPE, 2002. p.37-41; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 216-225; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p.232-242.

2 Nesse sentido é oportuna a lição de Daniel Sarmento. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 53: "(...) o reconhecimento de um princípio implícito resulta de um trabalho de descoberta e não de pura invenção. Nesse trabalho, tem importância vital a atuação da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário 'polimento' até que adquiram uma compostura mais precisa."

Essa atuação do Judiciário evidencia sua função de revelar normas implícitas no sistema jurídico. A respeito dessa matéria, Márcia Dometila Carvalho³ preleciona:

Admissível uma controlada criação do direito pela jurisprudência, com a finalidade de afastar as injustiças decorrentes de uma interpretação formal, quando esta se mostrasse inábil para fazer justiça na situação concreta, justiça prevista, constitucionalmente, através de valores e princípios consagrados.

A criação jurisprudencial seria, aí, o elo entre o Direito Penal e o Direito Constitucional. (...)

3. DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Princípio da Insignificância, por seu turno, insere-se no rol dos princípios implícitos do Direito Penal, pois não está expresso formalmente na Constituição entre as demais normas penais. Sua presença na Carta Magna é deduzida do significado jurídico da complementariedade dos outros princípios penais explícitos.

Em sendo assim, a concretização normativa judicial é de suma importância na teoria principiológica da insignificância em matéria penal, pois a doutrina ensina que é o

3 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 142.

Judiciário o órgão encarregado de determinar a irrelevância penal de uma conduta típica e aplicar-lhe o Princípio da Insignificância.⁴

Nesse sentido é a lição de Abel Cornejo:⁵

(...) como deve desenvolver-se um processo inductivo de seleção e preferência de valores, volta a ser necessário sublinhar qual é o órgão encarregado de determinar a insignificância dos fatos, que a nosso entender não pode ser outro que o juiz, precisamente porque não é parte no processo, em virtude de que está sobre as partes. Para isto resulta oportuno recordar que, só o juiz pode considerar um fato nímio, porque é o único titular da jurisdição (...).

Em conclusão a esse entendimento surge a lição de Carlos Baraldi:⁶

Trata-se, ao que se vê, de principio informativo da teoria da aplicação da pena, que é matéria intimamente ligada ao poder discricionário do

4 Entendemos, todavia, que não só o Judiciário pode aplicar o Princípio da Insignificância, o Ministério Público também pode invocá-lo para requerer o arquivamento do inquérito policial, por entender que não há crime a denunciar em razão da insignificância da conduta praticada. Tal aplicação denominamos de *concretização administrativa* do princípio da insignificância. Nesse sentido vide: SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit., 2002. p. 126-129.

5 CORNEJO, Abel. *Teoria de la insignificancia*. Buenos Aires: Editora Ad Hoc 1997. p. 95.

6 BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da insignificância penal. *Revista da Esmagis*, Campo Grande, n. 6, p. 31-47, jan., 1994. p. 40-41. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 3, v. 3, n. 1, p.36-50, jan.-mar., 1990. p. 48), por seu turno, assim pontifica: "(...) o princípio da insignificância tem caráter regulador e deve ficar reservado ao aplicador do Direito a tarefa de julgar o conteúdo da insignificância." Vide também nesse sentido: ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976. p. 221.

juiz. Do mesmo modo que a lei dá ao juiz o poder de escolher e fixar a pena, de receber ou não uma denúncia, de determinar o arquivamento do inquérito policial, dá também o poder de aplicar o princípio da insignificância, seja na determinação do arquivamento do inquérito policial, rejeitando a denúncia, ou na sentença final. (...)

Vistas essas noções iniciais sobre concretização judicial, vejamos, agora, como o Judiciário realizou a concretização do Princípio da Insignificância no sentido de transformá-lo numa norma de decisão – com normatividade concreta – aplicável na solução de casos concretos.

A jurisprudência pátria há tempos reconheceu e aplica o Princípio da Insignificância em matéria criminal para excluir as condutas sem poder ofensivo ao bem jurídico tutelado da incidência do Direito Penal.

Não obstante, a decisão, que pode ser denominada como primeiro ato concretizador judicial, foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – em 1988, e, pela primeira vez, reconheceu, expressamente, a existência do Princípio da Insignificância e o aplicou para solucionar o caso *sub judice* nesses termos:⁷

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.

7 SANGUINÉ, Odone. Op. cit., 1990, p. 36. Antes desse acórdão, o STF, no julgamento do RHC 59.191/PB realizado em 15/9/1981, entendeu inexistir crime de dano na ação de cortar folhas de uma palmeira, porém, sem reconhecer expressamente a incidência do Princípio da Insignificância. O argumento empregado pelo relator, Min. Clóvis Ramalho, foi de que o ressarcimento do dano de pequena monta extinguiria a punibilidade.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas. (RHC, nº 66.869-1, 2ª Turma do STF, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 06/12/1988)

Essa primeira concretização é de vital importância para a teoria do Princípio da Insignificância, pois o STF, sendo a mais alta e última Corte, expressamente reconheceu sua existência e a possibilidade de sua invocação no Direito Penal brasileiro, justificando, assim, a atuação dos tribunais inferiores que há tempos o aplicavam.⁸

Assim, o STF reconheceu sua validade no sistema penal e o positivou, através de uma norma de decisão de grau mais elevado de densidade normativa, ao aplicá-lo às condutas típicas penalmente insignificantes.

Outra concretização judicial do Princípio da Insignificância digna de nota foi realizada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que em julgamento recente entendeu que sua aplicação não viola a lei federal. Vejamos o teor desse acórdão.

8 Sobre o entendimento do STF a respeito do Princípio da Insignificância vide: REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 47-49; BASTOS, Marcus Vinícius Reis. O princípio da insignificância e sua aplicação jurisprudencial. **Cartilha Jurídica**, Brasília, n. 55, p. 9, jun. 1998.

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. – A lei federal não resulta ofendida pela aplicação do princípio da insignificância. – Divergência jurisprudencial comprovada. – Recurso especial conhecido, porém improvido. (STJ, RESP 235152/PR, 6ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 26/6/2000, p. 220)⁹

Com efeito, uma vez reconhecida, pelas Cortes superiores, a presença do Princípio da Insignificância no Direito Penal pátrio e que sua aplicação não viola a lei penal, a jurisprudência passou a determinar as condições de aplicabilidade do referido princípio.

Os tribunais, então, firmaram o entendimento de que sua aplicação deve ser precedida de uma análise individualizada de cada caso, buscando-se, assim, inferir o grau de ofensa ao bem jurídico atacado.

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. DELITO DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE DE CADA CASO.

Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do

9 Consulta feita diretamente na fonte via *internet*. Sobre o entendimento do STJ a respeito da matéria vide: REBÉLO, José Henrique Guaracy, Op. cit., 2000, p. 49-55; BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Op. cit., 1998, p. 11.

paciente, não permitem acolher a tese da singeleza. (STF, HC 70.747/RS, 2ª T., rel. Min. Francisco Resek, DJU: 07/6/1996, p. 19826)¹⁰

O STJ, por seu turno, também firmou seu entendimento sobre as condições de aplicabilidade do Princípio da Insignificância. Assim, vejamos.

PENAL – DESCAMINHO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

- 1. A aplicação do princípio da insignificância deve ser precedida de uma valorização subjetiva do resultado produzido pela conduta típica, onde se verifica, sob o prisma do sujeito passivo do delito, qual o tamanho da lesão do bem jurídico de que é titular.*
- 2. No caso, o resultado produzido lesionou infimamente o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo plenamente aplicável o princípio da insignificância, pois o constrangimento causado pela simples instauração da instância criminal seria desproporcional ao dano causado pelo autor através de sua conduta.*

10 BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Op. cit., 1998, p. 10. Esse acórdão possui uma peculiaridade, qual seja, o *Habeas Corpus* foi impetrado por Luiz Luisi em favor de réu denunciado por lesão corporal culposa ("arranhão com pouco mais de um centímetro") contra um guarda de trânsito. No que tange aos argumentos de denegação do referido *habeas Corpus* vide a veemente crítica de Luiz Luisi (O princípio da insignificância e o pretório excelso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo a. 6, n. 63, p.227, fev. 1998), na qual o preclaro jurista aduz que a decisão, do ponto de vista técnico, não fora das mais felizes. Vejamos excertos de seus comentários: "(...) Todavia, *data venia*, o equívoco mais gritante está na afirmação contida na ementa quando na mesma se diz que 'a natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza. (...) A vida pregressa, os antecedentes, por mais 'hediondos' que sejam, não podem levar a tipificação criminal de uma conduta que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante."

3. *Recurso não conhecido. (STJ, RESP 221292/PR, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ: 10/04/2000, p. 138)*¹¹

Ainda em sede de concretização judicial do Princípio da Insignificância, cumpre trazermos a lume o magistral acórdão da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, no qual o eminente jurista sintetiza, jurisprudencialmente, toda a teoria do Princípio da Insignificância em matéria penal. Vejamos o teor dessa decisão.

RESP – PENAL – FURTO – TALONÁRIO DE CHEQUES – OBJETO MATERIAL – POSSIBILIDADE.

– O delito, no estágio atual do Estado de Direito Democrático, encerra sempre a conduta. Ação ou omissão, pouco importa. Fundamental, indispensável, porém, o comportamento do homem. Além disso, reclama-se para efeito de tipicidade, configurar o evento. Não é exaustivo o impacto no plano físico. O conceito, insista-se, é normativo: reclama, por isso, dano, ou perigo ao bem juridicamente tutelado, ao lado do objeto material e do sujeito passivo, entendido como titular do objeto jurídico. O dano pode ser material ou moral. O perigo, por sua vez, probabilidade (não se confunde com a possibilidade) de dano. Não obedecido esse esquema, o raciocínio passa a ser próprio do mundo da

11 Consulta feita diretamente na fonte via internet.

natureza, que não se coaduna, na espécie, com os requisitos jurídicos. O Direito tem seu método. Se não observado, a conclusão, com certeza, será equivocada. O homicídio é crime porque elimina a vida do homem. A calúnia afeta a honra. O furto diminui o patrimônio. A literatura alemã, por influência jurisprudencial, construiu a doutrina da insignificância, cuja divergência é restrita ao seu efeito, ou seja, se elimina a culpabilidade, ou repercute na própria tipicidade. Aliás, a sensibilidade dos romanos consagrou – de ‘minimis non curat praetor’.

*– O prejuízo não é qualquer dano material, de que são exemplos o ligeiro corte na cutícula provocado pela manicure, ou o queimar, sem maior importância, as pontas dos cabelos da cliente. Nessa linha, ‘BETTIOL, ANIBAL BRUNO, MONTAVANI, MAURACH’. O talonário de cheques, dada a insignificância de valor econômico, não se presta a ser objeto material do crime de furto, ou de receptação. Esta conclusão não se confunde com a conduta que se vale do talonário para praticar crime, de que o estelionatário e o falso são ilustração. (STJ, RESP 150908/SP, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ: 19/10/1998, p. 162)*¹²

Exsurge, portanto, que a concretização judicial do Princípio da Insignificância resgatou-o da ordem jurídica pressuposta e o positivou numa norma de decisão – com

12 Consulta feita diretamente na fonte via internet.

normatividade concreta -, autorizando, assim, sua invocação na solução de casos concretos em que ocorra uma conduta penalmente insignificante.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

O sistema criminal num Estado de Direito Democrático é informado por princípios constitucionais que estabelecem e impõem limites ao *jus puniendi* estatal, objetivando garantir os direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

Esses princípios constitucionais são aplicados pelo Judiciário através da concretização judicial, que, por meio de sentenças e acórdãos, densifica-os até atingir uma norma de decisão solucionadora de um caso concreto posto à sua apreciação.

Em sede da teoria principiológica da insignificância em matéria criminal, a concretização judicial é de suma relevância, uma vez que revelou a existência do Princípio da Insignificância entre os princípios penais constitucionais e definiu-lhe os contornos normativos.

A concretização judicial do Princípio da Insignificância positivou-o numa norma de decisão com grau de densidade normativa mais elevado, permitindo, assim, sua invocação para afastar da incidência penal as condutas típicas penalmente insignificantes.

Os tribunais pátrios, através da concretização judicial, firmaram o entendimento no sentido de que o Princípio da Insignificância não viola a lei federal, devendo sua aplicação ser precedida de uma análise individualizada de cada caso para se inferir o grau de ofensividade da conduta típica realizada.

5. REFERÊNCIAS

BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da insignificância penal. **Revista da Esmagis**, Campo Grande, n. 6, jan. p. 31-47, 1994.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. O princípio da insignificância e sua aplicação jurisprudencial. **Cartilha Jurídica**, Brasília, n. 55, jun., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificancia**. Buenos Aires: Editora Ad Hoc, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

LUIZI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelso. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 6, n. 63, fev. p. 227, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 3, v. 3, n.1, p.36-50, jan/mar., 1990.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. **Da insignificância como princípio jurídico de direito penal constitucional**. Dissertação de mestrado, Recife: UFPE, 2002.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO DIFUSO À SEGURANÇA PÚBLICA

J.E. Carreira Alvim

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA - DIREITOS UNIVERSAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS. 3. DIREITO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA DE EXERCÍCIO DO DEVER ESTATAL. 4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES INSTITUCIONAIS. 5. DIREITOS DIFUSOS E INTERESSES DIFUSOS - INTERESSE LEGÍTIMO. 6. DIREITO À SEGURANÇA E DEVER DE SEGURANÇA: PROBLEMÁTICA E SOLUÇÃO. 7. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DIREITO À SEGURANÇA - LEGITIMAÇÃO PARA AGIR. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O recrudescimento da violência em escala nacional, tanto nas grandes capitais brasileiras como nas cidades do interior, não tem merecido das autoridades públicas federais, estaduais ou municipais, a devida atenção, a não ser a constituição de *grupos-tarefa* para combater a criminalidade e o crime organizado, e, mesmo assim, quando algum fato é denunciado pela mídia, seguido de manifestações da sociedade, pedindo a garantia de um dos mais elementares direitos da pessoa humana, em geral, e do brasileiro em especial, que é a segurança pessoal.

Nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País é garantida a inviolabilidade do **direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança** e à propriedade, nos termos do

disposto nos incisos I a LXXVII. Como se não bastasse, estabelece o § 2º desse mesmo artigo que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Se são invioláveis o direito à vida, à liberdade e à segurança, o mínimo que se pode exigir do Estado de Direito, numa interpretação sistemática do texto constitucional, é a garantia desses direitos, para que sejam realmente positivados, a fim de que essa mesma Constituição não seja uma simples *folha de papel*.

De todos os bens terrenos, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à segurança constituem a *santíssima trindade* dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem os quais o homem não passa de um prisioneiro da sua própria insegurança, e o Estado de Direito, um ente virtual e incapaz de cumprir os seus objetivos institucionais, fazendo-se cada vez mais presente o *Estado marginal*, que amplia cada vez mais os seus domínios, descendo o morro para ocupar o asfalto.

O direito à segurança, na verdade, é o direito guardião dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada, e o chamado Estado de Direito se transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA - DIREITOS UNIVERSAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS

Na evolução por que passaram os direitos fundamentais, os primeiros universalmente consagrados foram os direitos civis e políticos, denominados *direitos de liberdade* ou direitos subjetivos de primeira geração. Depois, vieram os direitos sociais, econômicos e culturais, *direitos de igualdade*, denominados direitos de segunda geração. Por fim, eclodiram os direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável, denominados *direitos de solidariedade*, ou direitos de terceira geração.

No atual estágio dessa evolução, ganham foro de universalidade os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, chamados *direitos humanos fundamentais*, ou direitos de quarta geração.¹

É nesse contexto que adquirem especial relevância os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, convivendo com outros “de notória importância e envergadura”, como o direitos à vida, à liberdade e à segurança, aos quais se aplicam, em face do Estado de direito, os mesmíssimos instrumentos de garantia constitucionalmente previstos para assegurar a sua eficácia, inclusive o acesso à Justiça, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹ O direito à segurança se inclui entre os direitos de segunda geração, como se vê do disposto no art. 6º da Constituição, nestes termos: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

disposto nos incisos I a LXXVII. Como se não bastasse, estabelece o § 2º desse mesmo artigo que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Se são invioláveis o direito à vida, à liberdade e à segurança, o mínimo que se pode exigir do Estado de Direito, numa interpretação sistemática do texto constitucional, é a garantia desses direitos, para que sejam realmente positivados, a fim de que essa mesma Constituição não seja uma simples *folha de papel*.

De todos os bens terrenos, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à segurança constituem a *santíssima trindade* dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem os quais o homem não passa de um prisioneiro da sua própria insegurança, e o Estado de Direito, um ente virtual e incapaz de cumprir os seus objetivos institucionais, fazendo-se cada vez mais presente o *Estado marginal*, que amplia cada vez mais os seus domínios, descendo o morro para ocupar o asfalto.

O direito à segurança, na verdade, é o direito guardião dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada, e o chamado Estado de Direito se transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA - DIREITOS UNIVERSAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS

Na evolução por que passaram os direitos fundamentais, os primeiros universalmente consagrados foram os direitos civis e políticos, denominados *direitos de liberdade* ou direitos subjetivos de primeira geração. Depois, vieram os direitos sociais, econômicos e culturais, *direitos de igualdade*, denominados direitos de segunda geração. Por fim, eclodiram os direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável, denominados *direitos de solidariedade*, ou direitos de terceira geração.

No atual estágio dessa evolução, ganham foro de universalidade os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, chamados *direitos humanos fundamentais*, ou direitos de quarta geração.¹

É nesse contexto que adquirem especial relevância os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, convivendo com outros “de notória importância e envergadura”, como o direitos à vida, à liberdade e à *segurança*, aos quais se aplicam, em face do Estado de direito, os mesmíssimos instrumentos de garantia constitucionalmente previstos para assegurar a sua eficácia, inclusive o acesso à Justiça, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹ O direito à segurança se inclui entre os direitos de segunda geração, como se vê do disposto no art. 6º da Constituição, nestes termos: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

disposto nos incisos I a LXXVII. Como se não bastasse, estabelece o § 2º desse mesmo artigo que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Se são invioláveis o direito à vida, à liberdade e à segurança, o mínimo que se pode exigir do Estado de Direito, numa interpretação sistemática do texto constitucional, é a garantia desses direitos, para que sejam realmente positivados, a fim de que essa mesma Constituição não seja uma simples *folha de papel*.

De todos os bens terrenos, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à segurança constituem a *santíssima trindade* dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem os quais o homem não passa de um prisioneiro da sua própria insegurança, e o Estado de Direito, um ente virtual e incapaz de cumprir os seus objetivos institucionais, fazendo-se cada vez mais presente o *Estado marginal*, que amplia cada vez mais os seus domínios, descendo o morro para ocupar o asfalto.

O direito à segurança, na verdade, é o direito guarda dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada, e o chamado Estado de Direito se transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA - DIREITOS UNIVERSAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS

Na evolução por que passaram os direitos fundamentais, os primeiros universalmente consagrados foram os direitos civis e políticos, denominados *direitos de liberdade* ou direitos subjetivos de primeira geração. Depois, vieram os direitos sociais, econômicos e culturais, *direitos de igualdade*, denominados direitos de segunda geração. Por fim, eclodiram os direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável, denominados *direitos de solidariedade*, ou direitos de terceira geração.

No atual estágio dessa evolução, ganham foro de universalidade os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, chamados *direitos humanos fundamentais*, ou direitos de quarta geração.¹

É nesse contexto que adquirem especial relevância os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, convivendo com outros “de notória importância e envergadura”, como o direitos à vida, à liberdade e à *segurança*, aos quais se aplicam, em face do Estado de direito, os mesmíssimos instrumentos de garantia constitucionalmente previstos para assegurar a sua eficácia, inclusive o acesso à Justiça, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹ O direito à segurança se inclui entre os direitos de segunda geração, como se vê do disposto no art. 6º da Constituição, nestes termos: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

3. DIREITO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA DE EXERCÍCIO DO DEVER ESTATAL

Ao registrar a diferença entre *direitos e garantias*, no texto constitucional, registra Ruy Barbosa que aqueles são expressão de disposições *meramente declaratórias*, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, enquanto estas são expressão de disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.² Tal enfoque, no entanto, já não corresponde ao moderno constitucionalismo, em que as *garantias* não resultam apenas de limitações do poder estatal, impondo-se, antes, como *prestações positivas* por parte do Estado, na adoção de verdadeiras políticas públicas de segurança, tendentes a assegurar o seu efetivo (e não virtual) exercício.³

A falta da segurança no Estado de direito⁴ afeta não apenas os direitos fundamentais da pessoa humana, mas, principalmente, as instituições públicas, porque também os agentes do Poder Público se sentem acuados na prática de atos próprios do seu ofício, como sucede com as forças policiais que, criadas para dar segurança à sociedade, não cumprem esse objetivo.

2 BULOS, Uadi Lmmégo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 71.

3 Neste contexto, inserem-se os direitos à vida, à liberdade e à segurança, que impõem uma atuação ativa do poder público, consistente no *dever de prestar-lhes garantia*, para que sejam efetivamente exercidos.

4 Fala-se também em Estado democrático de direito, para distinguir aquela especial modalidade de Estado que consagra os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, dentre os quais o direito dos cidadãos de influir nos destinos políticos da Nação. O simples Estado de Direito não significa, necessariamente, um Estado democrático, porquanto também o Estado absolutista ou ditatorial não deixa de ser de direito, assentando numa ordem constituída segundo seus próprios métodos. Feitas estas observações, usarei o termo Estado de direito como sinônimo de Estado democrático de direito.

Recentemente, a mídia anunciou que o Poder Judiciário estava encontrando dificuldades para efetuar citações nos morros do Rio de Janeiro, dominados pelo tráfico, porquanto os oficiais de Justiça são impropriamente confundidos com policiais, correndo risco de morte no exercício de suas funções. Portanto, o devedor que quiser se livrar da Justiça basta, doravante, residir num desses morros e trabalhar por conta própria em local desconhecido. Se bem que se tenha preconizado, para esses casos, a citação por edital, com a conseqüente suspensão do processo, mas, por certo, essa modalidade de ciência da ação não cabe na moldura do art. 231, II, do Código de Processo Civil. É que não se pode considerar “inacessível o lugar em que se encontre” o réu, para os fins processuais, quando o Estado-juiz não tenha, ainda que em tese, autoridade para fazê-la cumprir a seu mando.

Se a autoridade inerente ao Poder Público não se faz sentir em determinados pontos do território nacional, onde as forças legalmente constituídas só adentram trocando tiros com as forças marginais ou paramilitares, os que habitam nessas áreas sentem-se desobrigados de cumprir com os seus deveres tributários, pois jamais serão incomodados pelo Fisco. Aliás, os tributos, pelo menos constitucionalmente, cumprem a finalidade de carrear recursos para o Estado exercer as suas funções, dentre as quais a segurança da população, e esse objetivo por certo não tem a simpatia dos “*governadores*” dos morros.

Não se vê muita diferença entre a situação em que forças militares de outro país ocupem porções do território nacional, e aquela em que forças paramilitares nacio-

nais igualmente as ocupem, pois, em qualquer caso, falta a autoridade nacional e as forças legais só entram ali mediante combate com os seus ocupantes. Talvez, no dia em que os marginais ocuparem os edifícios da administração pública, dêem-se conta as autoridades constituídas de que o País vive o clima de uma verdadeira guerra civil. Veja-se, a propósito, notícia veiculada pela imprensa: “Comboio do tráfico ataca PMs na Linha Amarela”.⁵ A morte de policiais militares, nessa guerra urbana contra a violência, tornou-se um fato tão corriqueiro para os cariocas que já é tido como uma consequência normal desses episódios. Veja-se esta outra:

*O torcedor Antônio Carlos Machado, de 26 anos, morreu anteontem à noite com um tiro de fuzil no peito disparado por traficantes, quando um ônibus da torcida do Fluminense passava pela Linha Amarela. A 50 metros do local, policiais faziam uma blitz.*⁶

Embora a população seja a destinatária dos serviços públicos, sofre ela com a sua prestação irregular, porque a falta de segurança afeta o seu exercício. Ainda recentemente, a mídia carioca noticiou que empresas de transporte estavam se recusando a atuar em linhas consideradas perigosas, em face da insegurança gerada pela queima de ônibus determinada pelo tráfico.

5 O GLOBO. Rio de Janeiro, 12 jul. 2002. 1º Caderno, p. 19. Apenas o trecho inicial: “Mais de 50 homens armados com fuzis e pistolas, em dez carros, trocaram tiros na madrugada de ontem com policiais da 8ª Companhia Independente da Polícia Militar (CIPM), que faziam uma ronda na Linha Amarela, na altura do acesso a Bom Sucesso, no sentido Ilha do Governador. (...)”.

6 O GLOBO. Rio de Janeiro, 1 set. 2002. 1º Caderno, p. 1.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES INSTITUCIONAIS

É para proteger a vida das pessoas, a sua liberdade, e dar, enfim, segurança à população que os Estados-membros organizam suas polícias civil e militar, e para fazer funcionar as instituições, e mantê-las em funcionamento, que a União organiza as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), de modo que a *segurança dos direitos fundamentais* não é dever deste ou daquele setor do poder político, mas de todos, conjuntamente, porquanto, sem segurança, o próprio poder político fica comprometido. Da mesma forma que a marginalidade contaminou as forças policiais de muitas unidades federativas, transformando-as em fator de apreensão social, pela dificuldade de se distinguir o marginal à paisana do marginal fardado, poderá contaminar também os Poderes Legislativo e o Judiciário, fazendo da corrupção a forma de minar as instituições.

É preciso não olvidar a situação colombiana, em que as forças paramilitares já exercem autoridade sobre o próprio governo civil, obrigando a renúncia de membros do poder constituído, e assassinando aqueles que não se sentem intimidados pelas suas ordens.

O poder, qualquer que ele seja, político ou apolítico, legítimo ou ilegítimo tende a manifestar-se até onde lhe permitem suas próprias forças —, que são os seus limites —, pois, apesar de *poder* e *direito* serem dois valores sociais concebidos para se harmonizarem, guardam entre si uma incompatibilidade que se tornou eterna.

5. DIREITOS DIFUSOS E INTERESSES DIFUSOS - INTERESSE LEGÍTIMO

Das ondas *cappellettianas* que varreram o mundo ocidental, aquela voltada para a tutela dos direitos coletivos por meio de ações coletivas mostrou-se de maior alcance, porquanto a sociedade moderna, mais conscientizada, revelou a existência de uma especial categoria de direitos que, “não pertencendo a ninguém, em particular, pertence a todos, em geral”, e, como tal, só podem ser defendidos coletivamente. São os denominados direitos difusos –, também chamados transindividuais, metaindividuais ou superindividuais – verdadeiros *direitos disseminados*, objeto de gozo individual apenas enquanto seja possível o seu gozo coletivo por todos ou alguns segmentos sociais. Mas não apenas os direitos se dizem difusos, podendo essa difusão ser relativa também a interesses, sendo essa a razão pela qual o art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, alude a direitos ou interesses difusos, entendendo-se como tais “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Em que pese o esforço da doutrina nacional, nessa área, não se tem feito uma distinção razoável entre *direito subjetivo* e *interesse legítimo*, havendo mesmo quem os tome por sinônimos, o que não é correto, porquanto dizem respeito a situações jurídicas distintas com efeitos jurídicos igualmente distintos. No magistério de Alessi,⁷ o *direito subjetivo* constitui uma situação jurídica caracterizada por uma garantia le-

7 “... il diritto soggettivo... come categoria unitaria, come una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da una garanzia legislativa di una utilità sostanziale e diretta per il soggetto titolare...; “...interesse legittimo... se tratta della situazione caratterizzata della garanzia di una utilità strumentale alle legalità del comportamento amministrativo...” (ALESSI, Renato. *Principi di Diritti Amministrativo*. Milano: 1971. v. II, pp 537 e 547).

gislativa de utilidade substancial e direta para o seu titular, enquanto o *interesse legítimo* constitui uma situação marcada por uma garantia instrumental da legalidade do comportamento administrativo. Se se quiser destacar o lado subjetivo da noção de *interesse legítimo*, deve-se dizer que esse interesse é o “reflexo subjetivo da garantia e do comportamento administrativo”.⁸

Para Zanobini, a diferença entre o direito subjetivo e o interesse legítimo pode ser encontrada tomando-se como referencial a norma de direito objetivo, de modo que o direito subjetivo é “um interesse reconhecido pela ordem jurídica como próprio e exclusivo do seu titular, e, como tal, por ela protegido de forma direta e imediata”. Já o interesse legítimo configura-se como “um interesse individual intimamente ligado a um interesse público e protegido pelo ordenamento somente através da tutela jurídica deste último”, de modo que

*os particulares participam de tais interesses coletivos não ut singuli, mas uti universi, e não têm nenhum meio para pedir [singularmente] a sua proteção e tutela.*⁹

Portanto, o direito subjetivo é protegido diretamente pela norma jurídica, que o tutela diretamente, reconhecendo-o a um titular determinado, enquanto, no interesse legítimo, o objeto da tutela não é um direito subjetivo, mas uma situação jurídica traduzida num interesse público, de

8 “...se noi invece vogliamo porre l'accento sul lato soggettivo della nozione di interesse legittimo dobbiamo dire que interesse legittimo (inteso come riflesso soggettivo della garanzia e del comportamento amministrativo.” *Idem*, p. 537 e 547.

9 ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1936/1959. p. 187 e 188.

forma que, tutelando esse interesse, a norma jurídica protege, reflexamente, eventuais direitos subjetivos.

Um exemplo esclarecerá melhor as duas situações:

a) uma empresa impugna o resultado de uma licitação, porque venceu o certame, mas fora preterida por outra concorrente, e, por isso, pede-lhe seja adjudicado o objeto licitado; b) outra empresa impugna o resultado de uma licitação, porque as normas do edital não foram respeitadas, e, por isso, pede anulação do certame.

Nesses casos, os interesses que movem as empresas na busca da tutela jurisdicional são distintos: a) no primeiro caso, tendo a empresa vencido o certame, tem o *direito subjetivo* à adjudicação, devendo o seu objeto ser-lhe atribuído; b) no segundo caso, a empresa não venceu o certame, mas tem *interesse legítimo* em que as regras do edital sejam respeitadas, devendo ser anulada a licitação.

Ambos os interesses, por conseguinte, tanto o interesse juridicamente protegido (*direito subjetivo*), quanto o *interesse legítimo* são de natureza *material*, nada tendo que ver com o legítimo interesse, que é de natureza processual, traduzindo a situação de quem necessita das vias judiciais para evitar ou reparar uma lesão ao direito.

Como se vê, o direito subjetivo é uma coisa e o interesse legítimo é outra, não havendo nenhuma sinonímia entre ambos.

Para se ter a noção dessa distinção, basta considerar que pode alguém estar legitimado para ajuizar determinada demanda e não estar legitimado para outra. Assim, o Ministério Público, por exemplo, pode postular a anulação da licitação por desrespeito às regras do contrato, como titular de um *interesse legítimo* – o de que as normas administrativas sejam respeitadas –, mas, não poderia fazê-lo como titular de um *direito subjetivo*, que ele não possui.

Não é comum na doutrina brasileira e no direito positivo a referência a interesse legítimo como base da ação transindividual, sendo mais comum a alusão a *interesse difuso*, como no art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, *interesse difuso* e *interesse legítimo* soam como sinônimos, porquanto, nenhum deles assegura a proteção de direitos subjetivos, senão de forma reflexa, na medida em que autorizam a tutela do interesse público (administrativo) que está na base dos direitos subjetivos privados.¹⁰

A expressão “interesse público” deve soar como um interesse em que a administração pública se faça com a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em benefício de toda a coletividade.

6. DIREITO À SEGURANÇA E DEVER DE SEGURANÇA: PROBLEMÁTICA E SOLUÇÃO

Nos termos do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” Traduzida em miúdos, a transindividualidade significa que se trata de um direito ou de um interesse que ultrapassa a individualidade, indo além de cada indivíduo singularmente considerado. A natureza indivisível significa que é um direito insétil, isto é, que não pode ser dividido. Esse direito tem titulares, que são, no entanto, indeterminados, ou seja, não podem ser individualizados,

10 Registra Mancuso que a Corte de Cassação italiana, no julgamento do caso “Itália Nostra” (no qual essa associação se apresentara como portadora dos interesses difusos à proteção ambiental) aproximou os conceitos de interesse difuso e interesse legítimo. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos, conceito e legitimção para agir*. 4 ed. São Paulo: Saraiva: 1997. p. 143-144.

em concreto, senão na sua configuração como componente do grupo. Por fim, essas pessoas devem estar ligadas por circunstâncias de fato (situação de fato) –, como, v.g. residirem numa área que será inundada por uma hidrelétrica; habitar nas margens de um rio onde são lançados produtos poluentes; residir num morro onde o cartel do tráfico se instalou –; se bem que essa “ligação” por situações de fato não seja algo fácil de ser absorvido pelos juristas.

Posto nesses termos, ter-se-ia, no caso, um direito difuso ou um interesse difuso?

Tanto o direito difuso quanto o interesse difuso têm as mesmas características do ponto de vista do *ius positum* – transindividual, natureza indivisível, titulares indeterminados e ligamento fático (não jurídico) – pelo que não existe substancial diferença entre ambos.

Se o direito à segurança é um dos direitos fundamentais inscritos no *caput* do art. 37, e um direito inviolável, tanto quanto os direitos à vida e à liberdade, não cabe discussão se os indivíduos globalmente considerados têm um verdadeiro direito em face do Estado –, direito à segurança –, a não ser que se leia pelo avesso o preceito constitucional; e não se tratando de um direito potestativo,¹¹ fica evidente que, ao direito dos indivíduos à segurança, corresponde o dever do Estado de prestar-lhes essa segurança. Assim, se o Estado (Poder Público) não tem o dever de garantir a

11 Direito potestativo, na lição de Chiovenda, é aquele ao qual não corresponde nenhuma obrigação, na medida em que os efeitos que produz não dependem de qualquer ato do seu destinatário, que fica apenas sujeito ao efeito jurídico produzido.

segurança pessoal aos brasileiros, considerados *uti singuli* –, pois seria impossível destinar um guarda para proteger cada brasileiro –, têm-no, considerados *uti universi*, tratando-se de um *direito difuso à segurança*, mas, nem por isso, menos concreto do que o direito subjetivo individualizado.

Nos termos do art. 144, I a V, da Constituição, a segurança pública é dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos nele referidos, cabendo destacar a polícia federal, estruturada pela União, e as polícias militares, estruturadas pelos Estados-membros. A polícia federal destina-se, dentre outras atribuições, a prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho (§ 1º, inciso II) e exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (§ 1º, inciso III), por onde passa igualmente o tráfico de drogas, e, junto com ele, a violência. Às polícias militares cabe a polícia ostensiva e a *preservação da ordem pública*.¹²

Como os direitos difusos gozam de proteção legal (arts. 129, III, CF e 81, I, CDC), fica evidente que essa garantia se estende ao próprio direito de segurança –, gerando o dever do Estado de prestá-la –, e que, uma vez violado pela omissão do Poder Público, faz incidir o disposto no

12 As guardas municipais estruturadas pelos Municípios destinam-se à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei (art. 144, § 8º), mas nem esse objetivo têm cumprido, como se viu do atentado a bala contra prédios municipais, inclusive delegacias de polícia, no Rio de Janeiro.

art. 5º, XXXV, da Constituição, garantidor do acesso à Justiça e instrumento de cidadania. Seria um absurdo que a poluição atmosférica numa favela, por exemplo, autorizasse o ajuizamento de uma ação civil pública para fazer cessar os danos à saúde dos favelistas,¹³ e a atividade marginal do tráfico de drogas, que põe em risco permanente o seu direito à vida, não o autorizasse. Fosse assim, o direito à saúde, apesar de ser direito de todos e dever do Estado (art. 196 da Constituição) estaria sobreposto ao direito à vida, ou à preservação da vida, que é o mais importante direito fundamental do ser humano.

Na Itália, decidiu-se que a saúde é constitucionalmente garantida como *direito subjetivo*, e como direito fundamental da pessoa, gozando de uma posição primária e absoluta, devendo tal direito considerar-se tutelado de modo pleno também em face da Administração Pública, e legítimo o recurso ao art. 700 do Código de Processo Civil (italiano), quando seja necessário obter um provimento cautelar a respeito (*Pretore Catania ord. Del 16.07.80, pres. Trovato rel. Trovatto att Sgroi conv. Com. Catania*).¹⁴

Se assim é, relativamente à saúde, por que não seria assim relativamente à vida, se, sem esta a saúde não tem o menor significado? A preservação da vida e da liberdade dependem da garantia da segurança, pelo que não seria demais falar-se numa segurança à segurança.

A omissão do Poder Legislativo também colabora para o caos em que se encontra a segurança pública no País, gerando a conseqüente responsabilidade

¹³Favelista é o mesmo que favelado, ou seja, o habitante da favela.

¹⁴PAJARDI, Piero. *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*. Milano: Pirola Editore, 1992. p. 292.

da União, pela violação do direito à segurança individual e coletiva, pois, nos termos do § 7º do art. 144, da Constituição:

*a lei disciplinará a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”, e, infelizmente, nada se fez nessa área para que se cumpram os objetivos constitucionais.*¹⁵

A ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, Constituição), destinada a suprir a inatividade legislativa ou administrativa na adoção de medida para tornar efetiva norma constitucional, tem-se revelado um instrumento tão ineficaz, na prática, em face da posição adotada a respeito pelo Supremo Tribunal Federal, que, se omitida pelo texto constitucional, não teria sido notada pelo cidadão brasileiro.

7. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DIREITO À SEGURANÇA - LEGITIMAÇÃO PARA AGIR

As ações coletivas são o mais eficaz instrumento concebido pela moderna ordem jurídica de acesso à Justiça, e, nesse universo, a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo ocupam posição de destaque na proteção dos direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

¹⁵Sequer o Poder Judiciário se exime de omissão na área da segurança pública, na medida em que não se aparelha para cumprir o seu ofício jurisdicional, de processar e condenar os responsáveis pela violência que gera a insegurança, dando ensejo a *habeas corpus* por excesso de prazo, seja na últimação do inquérito policial, seja na do próprio processo penal

A exigibilidade e a acionabilidade dos direitos fundamentais, como, aliás, de todo e qualquer direito,¹⁶ já não pode mais ser negado, ante o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, e no reconhecimento de um direito processual constitucional, enquanto “reunião de princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”.¹⁷ Seria, aliás, um contra-senso que a Constituição garantisse o gozo de todos os demais direitos subjetivos e interesses legítimos, e não garantisse aqueles que, justo por serem o que são, recebem a denominação de *direitos fundamentais* (entre eles os direitos à vida, à liberdade e à segurança).

O direito à segurança é um *direito difuso*, na medida em que se enquadra na moldura do art. 129, III, da Constituição, com as características traçadas no art. 81, I, do CDC: transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (residir numa favela).

Portanto, pode o direito à segurança ser objeto de ação civil pública, nos termos do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, segundo o qual regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Se o Estado, como tal considerado o representante das esferas federal e estadual de poder, não adota medidas concretas para assegurar a inviolabilidade do direito à

16 – “Art. 75 (Cód. Civil). A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.
17 SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de funções e o juiz natural. RePro n. 48, 1987, p. 125 (tradução de Nelson Nery Junior). NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 19.

segurança, no cumprimento do seu dever de (prestar) segurança, pode ser demandado para esse fim, sendo “admissíveis todas as espécies de ações capazes de proporcionar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 CDC). A ação civil pública, no particular, poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º ACP), constituindo autêntica obrigação de fazer a prestação de segurança à população, que pode e deve ser prestada jurisdicionalmente, no caso de omissão do Poder Público.

A prestação dessa segurança cabe ao Estado-membro, na medida em que a ameaça de lesão à liberdade (caso de seqüestro) e à vida (caso de morte) por falta de segurança atinja a população da unidade federativa, e à União Federal, na medida em que afetadas são as instituições públicas, como, v.g., o funcionamento da polícia e da Justiça. Na cidade do Rio de Janeiro, onde os oficiais de Justiça não podem fazer citação nos morros, porque são confundidos com policiais, correndo risco de morte, e os policiais não podem portar qualquer documento de identificação, ou mesmo andarem fardados em coletivos, fica a nu que as instituições “polícia” e “Justiça” estão comprometidas pela atuação de um poder paralelo, o que justifica a ação civil pública contra o Estado do Rio de Janeiro e contra a União Federal, em litisconsórcio passivo, para que cumpram o seu dever de garantir a incolumidade do direito à liberdade (evitando seqüestro) e à vida (evitando morte), mediante segurança pública adequada à proteção desses direitos e interesses. Portanto, os legitimados passivos são, conforme a hipótese, ou o Estado-membro ou União, isoladamente, ou ambos, em conjunto, se a falta de segurança atingir as insti-

tuições nacionais, ou mesmo municipais ou estaduais, mas com repercussão nacional.

Os legitimados para a propositura da demanda são os elencados no art. 5º da Lei n. 7.347/85, compreendendo o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associação, que, para esse fim, não estão sujeitas às exigências do item I (esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil) desse artigo. Apesar de a Lei n. 8.884/94, art. 88, parágrafo único, (Lei Antitruste), ao dar nova redação ao inciso II da Lei n. 7.347/85, não mais mencionar a expressão “ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, que fora acrescentada ao dispositivo pelo art. 111 do CDC, o princípio continua em vigor, porque esses outros interesses difusos ou coletivos são objeto de proteção pelo art. 129, III, da Constituição, e pelo inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85. Assim, podem os estatutos da associação civil conter a previsão de que uma das finalidades institucionais da entidade seja a defesa de outros interesses difusos ou coletivos, para os fins de que trata a legitimação para a causa regulada nesse preceito.¹⁸

A União pode ter interesse em mover a ação civil pública contra o Estado-membro, quando o dever de prestar segurança caiba a este, e o Estado-membro, reciprocamente, contra a União, quando esse dever caiba a esta. Podem, também, os demais legitimados demandar contra ambos, em litisconsórcio passivo, ou, isoladamente, contra um ou contra outro.

18 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2001. p. 1.532.

A legitimação do Ministério Público, federal ou estadual, por si ou em litisconsórcio, decc.re do art. 129, inciso III, da Constituição, sendo suas funções institucionais: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses difusos* e coletivos.”

Embora se tenha considerado a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública como extraordinária (substituição processual), ou de condutor autônomo do processo, acredita-se tratar-se de *legitimação ordinária constitucional*, pois ela brota diretamente da Constituição (art. 129, III).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o direito à segurança, tanto quanto os demais direitos fundamentais da pessoa humana, considerada na sua relação com o grupo, seja defensável mediante ação civil pública, dada a sua natureza de direito difuso, não se tem notícia de demanda proposta com esse objetivo, que tenha logrado o seu escopo.

Para que isso venha acontecendo, tem colaborado a doutrina mais acreditada, mas também mais ortodoxa, tendo o emérito Celso Antônio Bandeira de Mello, referindo-se a um assalto em via pública ou uma agressão sofrida em local público, afirmado que o lesado [para obter a indenização] poderia sempre argüir que “o serviço não funcionou”. E complementa: “A admitir-se responsabilidade objetiva nessas hipóteses o Estado estaria erigido em segurador universal!”¹⁹

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: RT, p. 344 a 347. *Apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 178.

Talvez o emérito administrativista não emitisse esse entendimento se conhecesse, como conhece hoje, a violência e a omissão estatal como elas grassam em toda parte, fazendo do ato de “ir e vir” mais um ato de sorte do que o exercício de um direito (art. 5º, XV, direito de locomoção), e, da casa, mais uma prisão particular, do que uma residência ou um asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI).

A essa posição da doutrina mais conservadora, acrescenta-se a orientação da jurisprudência, que se tem recusado, sistematicamente, a amparar pretensões que buscam responsabilizar o Estado por assaltos ou furto de veículos na via pública, seqüestros à luz do dia “nas barbas da polícia”, etc., ao fundamento, nada justificável, de que incurrer em omissão do dever estatal de garantir a segurança.

Se os direitos fundamentais, individuais e coletivos, bem assim as suas garantias, tivessem maior atenção dos constitucionalistas, e os interesses legítimos fossem mais desenvolvidos pelos administrativistas e civilistas, pondo à mostra a sua profunda diferença dos direitos subjetivos, talvez houvesse uma doutrina e uma jurisprudência mais ajustadas à realidade operacional do direito.

Quando a jurisprudência se der conta de que o direito à segurança é um direito fundamental da pessoa humana, cabendo ao Estado o dever de (prestar) segurança, inclusive mediante coerção judicial, através da ação civil pública, com provimentos de caráter antecipatório (art. 461 do CPC), talvez, aí, o Estado-poder se dê conta de que lhe cabe fazer cumprir a Constituição e as leis do País, para fazer jus à sua natureza de “Estado democrático de direito”.

A ACÇÃO POPULAR NO DIREITO PORTUGUÊS

José Lebre de Freitas

Professor-Doutor da Universidade Clássica de Lisboa

1. FONTES

A consciência da necessidade dum regime legal especial de tutela dos interesses colectivos e difusos é, em Portugal, relativamente recente. Datam da década de 80 os primeiros diplomas que dela se ocuparam: Lei de Defesa dos Consumidores (Lei 29/81, de 22 de Agosto); Lei de Defesa do Património Cultural Português (Lei 13/85, de 6 de Julho); Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro); Lei das Associações de Defesa do Ambiente (Lei 10/87, de 4 de Abril); Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril). Estes diplomas constituíram a primeira realização, no domínio da legislação ordinária, dum imperativo da Constituição da República Portuguesa, que, desde 1976, consagra o direito de acção popular para protecção da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, e do património cultural¹. Escassas eram,

.....
¹ A norma consta hoje do art. 52-3 da Constituição, com a seguinte redacção: *É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.* Constituiu entre 1976 e 1982 o nº 2 do art. 49 e entre 1982 e 1989 o nº 2 do art. 52. Até à revisão de 1997, a redacção do preceito era a seguinte: *“É reconhecido o direito de acção popular, nos casos e nos termos previstos na lei.”*

nesses diplomas, as referências à tutela judiciária dos direitos colectivos e difusos e insuficiente o esquema de protecção montado.

A Lei de Defesa dos Consumidores concedia ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da acção, reduzindo as associações de consumidores a um papel secundário e acessório: podiam intervir nas acções cíveis como assistentes do Ministério Público (arts. 10-3 e 13-h da Lei 29/81). E, no entanto, a norma constitucional conferia já o direito de acção, não só às associações de protecção dos interesses em causa, mas também pessoalmente a qualquer cidadão².

Só com o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais é que as associações de consumidores ganharam legitimidade para a propositura de acções destinadas a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais, ao lado das associações sindicais, profissionais ou de interesse económico e do Ministério Público (art. 25 da Lei 446/85). Foi este o primeiro diploma legal que, no direito português, conferiu às associações o direito de accionar para defesa de interesses que não lhes são próprios. Faltava, porém, ainda dar cumprimento à norma constitucional na parte em que conferia igual legitimidade aos cidadãos.

2 Houve na doutrina quem considerasse ser de aplicação imediata a norma do art. 52-3 da Constituição da República, que assim não teria de esperar a regulamentação na lei ordinária dos direitos colectivos e difusos (CANOTILHO, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra, s.d. p. 322; colação antes. *Subsídios para tutela dos interesses difusos*. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1985. p. 917). Mas esta interpretação não logrou convencer os tribunais, que resistiram em aceitar a legitimidade das associações de consumidores nas acções para defesa dos direitos do consumidor.

Novo passo foi dado no âmbito da protecção do ambiente. Quer em sede preventiva, que, para fazer cessar a violação das leis ambientais, as Leis 10/87 e 11/87 atribuíram legitimidade para agir em juízo aos cidadãos directamente ameaçados e às associações de defesa do ambiente, enquanto, no campo da responsabilidade civil, a conferiram aos cidadãos lesados e às autarquias (respectivamente, art. 7 da Lei 10/87 e art. 40, n.ºs 4 e 5, da Lei 11/87). A exigência de ameaça directa, tal como, na Lei 29/81, a exigência dum dano próprio, constituía, porém, ainda uma restrição que a norma constitucional não consagrava.

Quanto à lei 13/85, consagrava, pomposamente, no art. 59, o direito de acção popular de defesa do património cultural a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis, bem como a qualquer associação de defesa do património legalmente constituída. Mas logo restringia este direito aos “casos e termos definidos na lei”. Como esta, à data, nada definia, a norma, generosa, mas inútil, para nada servia.

É de acrescentar que, quer as acções destinadas a proibir o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais abusivas (actual art. 29-1 do DL 446/85), quer as acções de indemnização por dano ambiental ou de... próprio com o valor até à alçada do tribunal de comarca (arts. 10-1 da Lei 29/81 e 44-1 da Lei 11/87) estavam isentas de custas³.

Em 31.8.95, foi publicada uma lei geral regulando o direito de participação popular no procedimento adminis-

3 De outras normas destes diplomas da década de 80 se falará adiante, maxime da providência cautelar antecipatória da proibição de cláusula geral que haja fundado receio de vir a ser incluída em contratos singulares (actual art. 31 do DL 446/85), da possibilidade de a parte em cujo contrato se incluem cláusulas contratuais gerais proibidas invocar em seu benefício a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória (actual art. 32-2 do DL 446/85) e da aplicabilidade de sanção pecuniária compulsória ao demandado, vencido na acção inibitória, que infrinja a proibição de uso ou recomendação da cláusula geral (actual art. 33-1 do DL 446/85).

trativo e o direito de acção popular. Alargando a enunciação exemplificativa do art. 52-3 da Constituição, a nova lei (Lei de Acção Popular: Lei 83/95, de 31 de Agosto) define como abrangidos no seu âmbito de aplicação a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público e atribui aqueles direitos de participação e de acção a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, às associações e fundações defensoras desses tipos de interesses e ainda às autarquias locais, em relação aos interesses respeitantes a residentes na área da respectiva circunscrição (art. 2). A Lei de Acção Popular constitui também o primeiro diploma que considera o direito à indemnização a que se refere o art. 52-3 da Constituição.

Sendo o repositório das normas aplicáveis à acção popular em geral, a Lei 83/85 não impede que continuem a existir normas específicas de índole processual nos diplomas que tratam especificamente dos interesses colectivos e difusos.

Assim é que, na mesma data da sua publicação, foram introduzidas modificações no Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, que deixaram, *grosso modo*, incólumes as normas de processo anteriormente vigentes (DL 220/95, de 31 de Agosto). Esta constatação não é despicienda: ela tem implicações no regime do caso julgado, como adiante se verá.

Um ano mais tarde, foi a vez de alterar a Lei de Defesa do Consumidor, inteiramente substituída por um novo diploma (Lei 24/96, de 31 de Julho). Às associações de consumidores é reconhecida, tal como aos consumidores individuais, sejam ou não directamente lesa-

dos, ao Ministério Público e ainda ao Instituto do Consumidor⁴, legitimidade para a acção inibitória e para a acção de responsabilidade civil. À Lei 24/96 se deve também a classificação dos interesses abrangidos pela acção popular em colectivos, difusos e individuais homogéneos (arts. 13-c e 20), que alguma da nossa doutrina já havia importado do Brasil, mas que a lei portuguesa ainda não utilizara.

Mais recentemente, a Lei 13/85 foi completada pela Lei 107/2001, de 8 de Setembro, que, no seu art. 9, reconhece o direito de acção popular para a protecção de bens culturais ou outros valores integrantes do património cultural, nos termos da lei geral (nº 2) e ainda ao Ministério Público (nº 3), com expressa referência a que tal arasta a possibilidade de desencadear meios processuais de natureza cautelar (nº 1-c).

Passo seguidamente em revista os regimes de tutela, primeiro em geral e depois em especial.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

2.1. O direito fundamental de acesso à justiça, ou direito à jurisdição, encontra-se consagrado, no plano dos direitos e interesses tradicionais, no art. 20 da Constituição da

.....

⁴ A este conferia a Lei 29/81, que o criou, apenas funções gerais no domínio do estudo, da prevenção, da informação e da prossecução de programas ou de aperfeiçoamento das medidas previstas na lei. Na nova lei, o Instituto não só tem legitimidade para intentar acções no plano dos conflitos de consumo, mas também legitimidade passiva para representar direitos e interesses colectivos e difusos dos consumidores (art. 21-2-c da Lei 24/96), tendo também o poder administrativo de ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição do fornecimento de bens ou da prestação de serviços que, pelo seu objecto, forma ou fim, acarretem ou possam acarretar risco para a saúde, a segurança ou os interesses económicos dos consumidores (art. 21-2-d).

República Portuguesa. Numa leitura moderna da norma constitucional, feita ao abrigo da doutrina processualista hodierna e das convenções internacionais celebradas e ratificadas pelo Estado Português⁵, nela está consagrado, não só o direito de acção e o direito de defesa, mas também o direito a um processo equitativo, postulando, entre outros, os princípios do contraditório e da igualdade de armas, bem como o direito a uma decisão em prazo razoável⁶. Mas a redacção da norma constitucional não deixa dúvidas quanto a aplicar-se directamente apenas às acções que tratam dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos, de acordo com a perspectiva clássica do direito de acção: “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus **direitos e interesses legítimos**”. Do mesmo modo, no campo da justiça administrativa, o art. 268, n.ºs 4 e 5, da Constituição garante aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela, perante a Administração, de “**direitos ou interesses legalmente protegidos**”.

A ligação do direito de acção à ideia de tutela dum direito ou interesse material *próprio de quem o exerce* é, no esquema do art. 20 da Constituição, manifesta. Não se trata de qualquer regresso à concepção, há muito ultrapassada, do direito de acção como *manifestação dum direito material concreto*, com a sua inerente absorção

5 A Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui texto de interpretação e integração dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, de acordo com a expressa disposição do seu art. 13. Sobressai, além disso, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo art. 6, tal como o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, apela aos conceitos de igualdade e equidade, bem como aos de independência e imparcialidade do tribunal.

6 O direito à decisão em prazo razoável passou a estar expressamente consagrado no art. 20 da Constituição, com a revisão de 1997.

pelo direito subjectivo substantivo. De acordo com tal concepção, só quem fosse titular dum direito material é que estava legitimado a exercer o direito de acção, recorrendo aos tribunais para fazer valer, contra a parte contrária (o réu), esse direito que a ordem jurídica lhe concedera. Hoje, é pacífico que o direito de acção é um *direito abstracto*, isto é, independente da existência do direito material que quem o exerce afirma ter e, como tal, integrado no *direito à jurisdição* e dirigido contra o Estado. Mas, através dele, pretende o seu titular fazer valer direitos e interesses *próprios*, que afirma existirem, ainda que na realidade não existam. Se alguma dúvida restasse, aí está, na redacção do art. 20 da Constituição, o adjectivo possessivo *seu* («seus direitos e interesses legítimos») para a dissipar.

Temos, pois, que, segundo o art. 20 da Constituição, o autor terá, *em regra*, de se arrogar a titularidade dum direito ou, *pelo menos*, dum interesse legalmente protegido. No primeiro caso, a discussão no processo instaurado desenrolar-se-á normalmente em torno da questão da existência e do conteúdo duma relação jurídica⁷. No segundo caso, com larga aplicação no contencioso administrativo e alguma, ainda que quase residual, no processo civil, haverá que averiguar se o autor é titular de determinado interesse não organizado em direito subjectivo, seja como particular em face do Estado, seja como pessoa privada interessada, por exemplo, na validade ou na nulidade dum contrato, ou na genuinidade ou na falsidade dum documento.

7 Pode assim não ser e o objecto do processo ser tão-só uma situação jurídica absoluta. Quando, por exemplo, em acção de simples apreciação contra incertos, se pretende a declaração do direito de propriedade para efeito de registo predial (art. 116 do Código de Registo Predial), está-se fora do âmbito da relação jurídica.

Devendo coincidir o titular do direito ou do interesse *porventura existente* com aquele que exerce o direito de acção, segundo uns em termos *objectivos*, isto é, abstraindo apenas da efectiva existência do direito ou interesse material, e segundo outros em termos *subjectivos*, isto é, com abstracção também da sua efectiva titularidade, a legitimidade processual verifica-se quando ocorre essa coincidência e dá lugar à ilegitimidade quando, em vez dela, ocorre um desfasamento. Esta última consequência só não se verificará, segundo a doutrina tradicional, quando estamos perante um dos casos em que, a título extraordinário, a lei admite a substituição processual. Acontece então que, dada a conexão existente entre o interesse *principal* dum terceiro relativamente ao processo e o interesse *dependente* da parte, é esta admitida a litigar em nome próprio, mas por conta do terceiro, ainda que reflexamente também no seu próprio interesse. É o que, para dar só alguns exemplos, se dá na acção subrogatória (art. 606 CC), na transmissão do direito litigioso sem habilitação (art. 271 CPC) ou na execução, pelo exequente, dum crédito do executado (art. 860-3 CPC).

2.2. A acção popular vem baralhar este esquema clássico. Dela trata a Constituição em sede diversa: o art. 52 enquadra-se no capítulo sobre “Direitos, liberdades e garantias de participação política”, enquanto o art. 20 se insere entre os “Princípios gerais” relativos aos direitos e deveres fundamentais. Assim, é princípio fundamental o da garantia do acesso à justiça para defesa das situações subjectivas próprias tuteladas pelo direito substantivo; seguidamente, a garantia estende-se às outras situações em que a Constitui-

ção atribui o direito de acção. No art. 52-3, não há já referência ao direito subjectivo ou ao interesse próprio do autor. Sem prejuízo de, uma vez exercido o direito de acção popular, o processo em que é feito valer obedecer aos mesmos princípios fundamentais que vigoram quando se exerce o direito de acção individual⁸, a atribuição do direito de acção popular foge ao esquema clássico da legitimidade patente no art. 20 da Constituição.

O direito de *acção popular* é uma figura há muito existente no direito processual administrativo, pela qual qualquer cidadão eleitor ou contribuinte pode *recorrer* contenciosamente das deliberações dos órgãos das autarquias locais em que esteja recenseado ou por onde seja colectado (art. 822 do Código Administrativo), bem como *substituir-se*, quando aí tenha domicílio há mais de 2 anos, ao órgão autárquico competente na propositura contra terceiro de acções respeitantes a bens ou direitos da autarquia (art. 369 do Código Administrativo). Esta segunda situação constitui um caso de nítida substituição processual. Quanto à primeira, gera uma acção semelhante à da moderna acção popular, podendo considerar-se um embrião histórico desta, ressalvado o seu diverso âmbito de aplicação (material e territorial). Aliás, desde a revisão de 1997, o art. 52-3 da Constituição da República atribui o direito de acção popular também para assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 52-3-b). Poderá ainda falar-se aqui de substituição processual?

⁸ A sistematização da Constituição não permite duvidar: a parte dedicada aos “Direitos e deveres fundamentais” está dividida em 3 títulos: “Princípios gerais”, “Direitos, liberdades e garantias” e “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. Os direitos, liberdades e garantias são agrupados por categorias, uma das quais respeitante à participação política.

2.3. Não cabe a esta exposição sobre a lei portuguesa especular teoricamente sobre a natureza do direito de acção popular. No entanto, para bem situar as opções feitas pelo legislador português, algumas palavras se impõem nessa sede.

É sabido que, confrontada com o problema de saber quem tem legitimidade para propor acções que visem a tutela de interesses colectivos e difusos, a doutrina mais arreigada às concepções clássicas continuou a fazê-las valer, mediante a tese da coincidência.

Num primeiro momento, defendeu que só cada um dos membros do grupo, organizado ou ocasional, pode recorrer ao tribunal, enquanto titular individual, embora com outros, do interesse em causa. Radicando este interesse nos vários membros da comunidade, aquele que propõe a acção (porque, por exemplo, sofreu, ou está sofrendo, as consequências duma emanção de gás para a atmosfera) está fazendo valer um direito próprio, ainda que não exclusivo. Embora todos os membros do grupo beneficiem desta actuação, ela é possibilitada pela radicação do interesse em cada um deles, com a consequente possibilidade da iniciativa processual individual. Mas a opção de atribuir o direito de acção a associações de defesa dos interesses colectivos e difusos, sem prejuízo de continuarem a tê-lo também os vários membros da comunidade, levou a doutrina clássica a outras posições.

Eis então que, num segundo momento, a doutrina clássica entrou a defender que, quando tal acontece, o grupo organizado (associação) é legitimado a

actuar um *direito próprio*, coincidente com o interesse colectivo ou difuso em causa. O interesse colectivo ou difuso aparece, assim, configurado, tal como nos casos de contitularidade de direitos, como igual à pluralidade dos interesses individuais dos membros da comunidade afectados pela violação perpetrada, radicando na associação mediante a atribuição dum direito subjectivo. O artifício de tal concepção é manifesto: consistindo na situação favorável resultante da afectação dum bem à realização de fins de pessoas individualmente consideradas, o direito subjectivo não se compadece com a sua atribuição a uma pessoa jurídica para a satisfação de interesses exclusivamente alheios.

Lançou então mão a doutrina da ideia da *representação*: a associação representa todos os interessados individuais, ainda que não seus associados, nestes continuando a radicar o direito subjectivo que a associação, em seu nome, exerce.

Próxima desta, outra posição doutrinária recorre ao conceito de *substituição*: o interesse colectivo subjectivase na colectividade e à associação cabe, por via da atribuição duma legitimidade processual extraordinária, actuar por conta dela, substituindo-se-lhe na prossecução desse interesse.

Todas estas concepções partem duma visão individualista do direito, que nada consegue conceber fora do campo da relação jurídica e das situações subjectivas. Ora a consagração da protecção dos interesses colectivos e difusos (ainda particulares, embora generalizados e a meio-caminho dos interesses públicos) faz antes apelo a uma *concepção objectiva do direito*, em que nem tudo são situações subjectivas.

A atestá-lo, está o quadro das consequências que a tese da representação teria em sede de caso julgado: se a associação representa todos os interessados, a decisão de absolvição que venha a ser proferida em acção por ela proposta impede a propositura de nova acção em que um dos particulares interessados sustente, por exemplo, ter sido afectado pela emanção de gases poluentes ilicitamente provocada pela mesma empresa ré. Isto é, *quer o caso julgado favorável, quer o caso julgado desfavorável* abrangiam, no âmbito subjectivo da sua eficácia, não só a associação autora e a empresa ré, mas também todos os titulares dos interesses individuais que as doutrinas em causa fazem coincidir com o interesse colectivo, impedindo a propositura, por qualquer deles, de outra acção com o mesmo objecto. Do mesmo modo, o apelo à ideia de substituição, que tem sempre como corolário a produção de caso julgado perante o terceiro substituído (a quem, por exemplo, é sempre dada a possibilidade de intervir ou de se conservar na causa, da qual só se mantém alheio por voluntariamente dela se ter excluído ou nela ter recusado participar), levaria a idêntica inadmissibilidade de nova acção subsequente a uma decisão de absolvição do réu.

Ora, esta consequência seria indesejável: uma acção mal orientada por uma associação acabaria por prejudicar o particular, que para ela em nada teria contribuído. Diga-se, aliás, que a tese da substituição tem também contra si o facto de a legitimidade das associações não ser *extraordinária*, mas *normal*, e de a colectividade dos interessados não constituir uma pessoa jurídica.

Estas constatações têm levado a perfilhar a ideia de que as associações que actuam em defesa dos interesses

colectivos e difusos fazem valer uma *legitimidade originária específica* quando propõem acções para tutela de tais interesses, legitimidade essa baseada numa norma jurídica que a atribui independentemente da radicação dum direito subjectivo material (que não têm) ou dum interesse material, ainda que dependente dum interesse principal alheio (que tão-pouco têm). Consequentemente, na falta duma disposição em contrário, proposta uma acção de tutela dum interesse colectivo ou difuso por uma associação, designadamente de defesa do ambiente, poderá uma outra associação ou um particular directamente interessado vir a propor outra acção com o mesmo objecto, sem que seja invocável a *litispêndencia* ou, proferida uma decisão absolutória, a excepção do *caso julgado* – tal como podem vários credores solidários, vários sócios de uma sociedade ou vários cidadãos lesados por um acto administrativo propor mais do que uma acção com o mesmo objecto –, sem prejuízo de se dever lançar mão do mecanismo da *apensação* dos vários processos num só, consentido pelo art. 275 do Código de Processo Civil português, e de se poder, alternativamente, *suspender* alguma das instâncias nos termos do art. 97 do Código de Processo Civil português. Consequentemente, ainda podem duas ou mais associações, ou uma associação (ou associações) e particulares interessados mover conjuntamente acções de tutela de interesses colectivos e difusos, em situação de *liticonsórcio activo*, só diferindo da figura geral do liticonsórcio, definida no art. 27 do Código de Processo Civil português, na mesma medida em que o conceito de legitimidade oferece especialidades relativamente à legitimidade em geral, isto é, na medida em que

os vários autores, actuando embora em próprio nome, não fazem valer um direito subjectivo ou interesse próprio, ainda que dependente dum interesse alheio.

São ideias que se coadunam com o texto constitucional, mas que a Lei de Acção Popular veio aparentemente abalar.

3. A LEI DE ACÇÃO POPULAR

3.1. A Lei 83/95 constituiu um importante passo na realização de direitos fundamentais, sem paralelo na maioria das legislações europeias, onde a matéria continua dispersa por diplomas específicos dos quais cabe à doutrina extrair os princípios gerais. Entre nós, a falta de diploma geral fazia—se há muito sentir, pela insuficiência das regulamentações específicas (a do direito do ambiente incluída), quando não da sua total inexistência (assim em áreas como as do património cultural e da saúde), e a inovação é de aplaudir. Mas não deixa de suscitar várias perplexidades, no plano do regime e da conseqüente arrumação de conceitos processuais.

Entre as questões que por ela ficaram resolvidas, conta-se a decorrente da ambigüidade de que enferma o preceito constitucional ao atribuir a todos os cidadãos «pessoalmente» legitimidade para a defesa dos interesses colectivos e difusos, em termos geradores da dúvida de saber se esta atribuição é feita na dependência ou, pelo contrário, independentemente da titularidade dum interesse pessoal. Ao invés da orientação dominante na doutrina e normalmente consagrada em leis estrangeiras, a lei ordinária atribui o direito de acção a *qualquer cidadão* no gozo dos seus direitos civis e políticos, *independentemente da titularidade de interesse directo na de-*

manda. É uma evolução importante, em face, designadamente, da anterior limitação da legitimidade para a defesa do ambiente aos cidadãos directamente ameaçados ou lesados.

3.2. Mas grandes dúvidas são suscitadas pela Lei 83/95, em face do disposto nos arts. 14 (regime especial de representação processual), 15 (direito de exclusão por parte dos titulares dos interesses em causa) e 19 (efeitos do caso julgado). O autor é dito *representar* todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa, com excepção daqueles que a ele se associem em litisconsórcio sucessivo ou que, pelo contrário, declarem expressamente querer ficar excluídos da representação — isto após uma citação edital, ou por anúncio em meio de comunicação social, e até ao termo da produção de prova. Consequentemente, é atribuída *eficácia geral* à sentença que venha a ser proferida, seja em acção do foro cível ou administrativo, seja em recurso administrativo. Esta extensão do caso julgado aos interessados ditos representados pelo autor cessa nos casos de improcedência por *insuficiência de provas* e quando o julgador deva decidir por forma diversa, fundado em *motivações próprias do caso concreto*.

Este regime foi claramente inspirado nas *class actions* norte-americanas, que igualmente apelam à ideia de representação para dela extrair a vinculação global, pela sentença, do grupo representado⁹. Ele pode revelar-se extre-

.....
⁹ Que a representação não é inerente à noção de class action resulta, por um lado, do facto de até 1966 os Estados Unidos terem experimentado a solução da formação de caso julgado secundum eventum litis e, por outro, da rejeição maioritária da ideia de representação na doutrina alemã sobre a Verbandsklage, que vê antes a Verband como titular, entre outros, do interesse do grupo (Manfred Wolf, *Die Klagebefugnis der Verbände*. Tübingen, Mohr, 1971, p. 20 e 66; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1986, p. 254; Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1998, p. 68).

mamente gravoso para o titular do interesse colectivo, ou sobretudo difuso, que, não exercendo o direito de acção, *ab initio* ou por recurso à intervenção como terceiro, não se tenha excluído da representação. Absolvido o réu do pedido e não tendo ocorrido nenhuma das causas impeditivas da extensão subjectiva do caso julgado, a eficácia da sentença impedirá o «representado» de propor nova acção com o mesmo objecto. Não tendo a concessão do direito de acção popular a finalidade de restringir os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos cidadãos, mas a de permitir o recurso a juízo ainda que não se seja titular do direito ou interesse ofendido, tenho defendido que não deve poder um cidadão, por via da Lei 83/95, ver o seu direito ou interesse pessoal atingido pela formação dum caso julgado desfavorável em acção em que não tomou parte. É que, de acordo com os princípios gerais, a propositura da acção, ou a instauração do recurso do acto administrativo, por um dos titulares do direito ou interesse comum ofendido, jamais tornaria eficaz a sentença desfavorável perante os outros titulares do mesmo direito ou interesse. Na falta, pois, da consagração do direito de acção popular, as questões da representação e da extensão dos efeitos do caso julgado não se poriam. Será admissível que, por via da consagração do direito de acção popular, estes princípios possam ser subvertidos e que um cidadão que, antes da Lei 83/95, era livre de propor uma nova acção para tutela do seu direito ou interesse legítimo, ou de impugnar ainda, se estivesse a tempo, o acto administrativo recorrido, veja este seu direito fundamental suprimido?

A resposta não pode, sob pena de violação da Constituição, deixar de ser negativa, pois nem a citação edital, ou através de meios de comunicação social, pode-

rá constituir presunção *inilidível* do conhecimento da acção por todos os interessados nem a flutuação da titularidade do interesse difuso, e mesmo do interesse colectivo, e portanto da própria existência ou do grau da sua violação, se coaduna com a ideia da perda do direito processual de o fazer valer, por via dum comportamento omissivo. O conceito de representação, que pressupõe uma procuração ou um mandato, não pode servir de alibi a esta violação¹⁰.

Note-se, aliás, que, diversamente do que tem sido a prática jurisprudencial norte-americana, a lei portuguesa não prevê qualquer controlo judicial da legitimidade do autor da acção popular enquanto representante, do qual possa resultar a negação dessa legitimidade por haver o receio de que os interesses dos representados silenciosos possam vir a ser prejudicados. O simples facto de não só pessoas colectivas (associações e fundações) poderem propor a acção, mas também o poder fazer qualquer cidadão, constitui um risco acrescido de prejuízo de terceiros que não se tenham excluído da acção.

É certo que o art. 19 da Lei 83/95 consigna excepções à extensão do caso julgado, mas também estas suscitam dúvida.

Por um lado, admitir que o juízo de improcedência se pode fundar apenas em motivações próprias do caso concreto, isto é, da situação jurídica do autor da acção proposta, equivale a reconhecer a inexistência de qualquer

10 O conceito de representação tem outra consequência funesta: a de negar ao «representado» a legitimidade para o recurso extraordinário de oposição de terceiro (art. 778 CPC), no caso de o autor «representante» e o réu infractor terem simulado o litígio para que, fraudulentamente, fosse conseguida a sentença de absolvição do pedido.

relação de representação de terceiros, visto que a representação, tal como a substituição, implicaria que o processo, e portanto a sentença, se ocupasse das situações desses terceiros, determinados ou indeterminados.

Por outro lado, o caso em que a improcedência se deva à *insuficiência de prova* dos factos alegados pelo autor, introduzindo uma excepção igualmente incompatível com a tese da representação, não é o único em que se justifica que a sentença de improcedência não atinja quem na acção não interveio, mesmo que nele se inclua o de *falta absoluta de prova*, igualmente conducente a un *non liquet*, e que se estenda ainda a excepção ao caso em que tenha sido feita a *prova de factos* que, sendo favoráveis ao réu, sejam *contrários* aos alegados pelo autor. Em matéria tão sensível como a do ambiente (e o mesmo se pode dizer das outras matérias tuteladas pelo art. 52 da Constituição), um *vício de inconcludência*, isto é, a alegação duma causa de pedir identificada, mas insuficiente para a procedência da acção – ou do recurso administrativo –, poderá ser tão lesivo para os terceiros interessados como a falta de prova dos factos concludentes alegados. E poderá igualmente levar a situações de conluio entre o autor da acção e o agente responsável, em benefício deste, sem que delas se apercebam os terceiros que, *inclusive* por se julgarem representados, não cuidem de fazer um exame jurídico minucioso do processo.

É certo também que o Ministério Público, enquanto órgão de fiscalização da legalidade¹¹, se pode subs-

.....

¹¹ "O Ministério Público fiscaliza a legalidade" (art. 16-1 da Lei 83/95). Ele tem também a representação do Estado, quando este é parte na causa, bem como a dos ausentes, menores e demais incapazes, que sejam autores ou réus, e a de outras pessoas colectivas públicas, quando tal for autorizado por lei (n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo).

tituir ao autor no caso de desistência, transacção ou comportamento lesivo dos interesses em causa (art. 16-3 da Lei 83/95), e que a lei consagra o poder de o juiz recolher provas oficiosamente, independente da iniciativa das partes (art. 17 da Lei 83/95). Mas estas cautelas podem não ser actuadas ou revelarem-se insuficientes, não constituindo garantia satisfatória de tutela dos interesses em jogo.

Tenho, por isso, defendido que:

- Não sendo as definições legais vinculativas, a noção de representação baseada no comportamento omissivo dos terceiros interessados é de afastar.
- O que a lei quis foi sujeitar, em princípio, os terceiros que, citados para ocupar a posição de autores, o não tenham feito nem se tenham excluído da causa, às consequências, favoráveis ou desfavoráveis, da decisão a proferir.
- Atendendo, porém, a que a modalidade de citação necessariamente escolhida (por meio público de comunicação) não garante a chegada do conhecimento da propositura da acção a todos os interessados, a constituição de caso julgado desfavorável contra eles, privando-os do exercício do direito de acção, viola em termos inadmissíveis o direito de acesso à justiça, pelo que só será constitucional facultar-lhes o aproveitamento do caso julgado favorável, nunca os afectando o caso julgado desfavorável.

3.3 Comparando o texto do art. 1 da Lei 83/95¹² com o do art. 52-3 da Constituição da República, vê-se que nele continua a não ser previsto o recurso à acção popular para conseguir a condenação do réu no pagamento aos lesados da indemnização devida.

Esta lacuna é, porém, um pouco compensada com o reconhecimento, no art. 22 da Lei 83/95, do dever, imposto ao agente violador, de indemnizar os lesados; a indemnização é fixada *globalmente* (por iniciativa, entende-se, oficiosa) quando esteja em causa a violação de interesses de titulares não individualmente identificados, com a consequência, quando venham a passar três anos sobre o trânsito em julgado da sentença que a tenha fixado, de prescrever o respectivo direito e ela ser transferida para o Ministério da Justiça; este afectá-la-á, além do mais, ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de acção popular que justificadamente o requeiram.

A polémica sobre o destino da indemnização (receita da associação proponente da acção, constituição dum fundo de garantia, distribuição entre os interessados) fica assim resolvida em termos genericamente aceitáveis, embora propiciadores de indesejável *discrecionariiedade administrativa* na atribuição de verbas aos titulares do direito de acção popular. E, saliente-se, esta discrecionariiedade, bem como a possibilidade, que implica, de retenção do produto da indemnização até à atribuição efectiva aos requerentes, é tanto

.

12 "1 – A presente lei define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de acção popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções previstas no nº 3 do artigo 52º da Constituição. 2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público."

mais de estranhar quanto é certo que o agente violador pode ser a própria Administração, como tal condenada em acção do foro cível ou administrativo, e, não tendo a Lei 83/95, como lei geral, retirado às autarquias a legitimidade, que a lei especial (Lei de Bases do Ambiente, art. 40-5) lhes conferiu, para fazerem valer o direito de indemnização dos seus autarcas, não é muito defensável que as indemnizações por elas obtidas devam ser entregues ao Ministério da Justiça.

Tão-pouco se compreende que ao titular do direito de acção popular, pelo menos quando é uma associação ou fundação, não tenha sido concedida legitimidade para pedir a condenação dos responsáveis e para discutir, mediante alegação e prova, sobre o conteúdo do dever de indemnizar, independentemente da solução a dar à questão do destino dessa indemnização e sem prejuízo também da possibilidade de, por o autor legitimado não coincidir com o titular do direito à indemnização, ela ser oficialmente fixada em montante superior ao pedido. Nesta parte, a *inconstitucionalidade, por omissão*, da lei ordinária, já existente na Lei de Bases do Ambiente e na Lei das Associações de Defesa do Ambiente, mantém-se.

Por outro lado, nos casos em que, por não estarem individualmente identificados os titulares dos interesses, o juiz arbitra uma indemnização global, parece resultar do esquema da Lei 83/95 que esses titulares não poderão mais pôr em causa a quantia fixada, restando-lhes apenas a possibilidade de se habilitarem àquilo que, dela, lhes venha a caber – ainda que, porventura, se verifique que o número de lesados ultrapassa a estimativa judicialmente feita.

No entanto, o apelo às motivações próprias do caso concreto obsta à extensão do caso julgado ao titular do direito à indemnização que seja **especialmente** afectado pelo facto lesivo: quem, por exemplo, sofre de doença causada pela contaminação das águas poderá fazer valer o seu direito em acção autónoma. Mas, na falta dessas circunstâncias especiais, a lei visa a extensão do caso julgado sobre a indemnização a quem a poderia reclamar. Veja-se, nomeadamente, que a fixação da indemnização é feita oficiosamente, não dependendo da formulação duma causa de pedir (fundamento da acção e, portanto, fundamento, positivo ou negativo, da sentença). A intenção da Lei 83/95 deve ser contrariada pelo juízo de inconstitucionalidade atrás referido: não pode ter-se por constitucional uma solução que passe, como a lei portuguesa examinada parece inculcar, pela impossibilidade de terceiros, titulares de interesse ofendido pelo agente poluidor, pretenderem uma indemnização superior àquela que resulta da sentença proferida em acção em que não intervieram, ainda que de sentido favorável¹³.

3.4. Outros aspectos da acção popular portuguesa são seguidamente indicados.

13 O STJ confrontou-se, em acórdão de 18.11.99, www.dgsi.pt, processo 99B895, com a questão da formação de caso julgado na acção popular. Uma junta de freguesia havia proposto uma acção para reconhecimento de que determinado largo duma povoação pertencia ao domínio público, pelo que os réus, que nele estavam procedendo à construção duma obra, deviam ser condenados a demoli-la. A acção foi julgada improcedente, com trânsito em julgado. Vieram então quatro pessoas singulares, proprietárias de prédios contíguos a esse largo, propor acção com o mesmo objecto. O STJ decidiu que não procedia a excepção de caso julgado, porquanto os autores da nova acção estavam defendendo interesses pessoais, que não se confundiam com o interesse geral defendido pela junta de freguesia (tanto assim que a construção em curso lhes podia vir a vedar janelas), não sendo a segunda acção uma acção popular e não havendo, conseqüentemente, identidade de sujeitos do lado activo; mas não deixou o STJ de considerar que a identidade jurídica de autores se verificaria se se estivesse perante uma acção popular.

3.4.1. A lei distingue a **acção popular administrativa** e a **acção popular civil**. A primeira é dirigida contra pessoas colectivas de direito público, *maxime* o Estado, e é da competência do tribunal administrativo; tem lugar quando esteja em causa um acto ou omissão de um órgão ou agente da administração no exercício da sua competência e abrange o recurso administrativo de impugnação, a acção de indemnização e a acção para o reconhecimento de direitos e interesses legítimos, que constituem os três grandes meios do contencioso administrativo português. A segunda, da competência dos tribunais cíveis, é dirigida contra pessoas de direito privado, ou contra pessoas de direito público por acto ou omissão fora do exercício da função administrativa. Ambas podem ter o seu resultado acautelado através da **providência cautelar**, destinada a obstar ao dano decorrente, ou susceptível de decorrer, da demora no julgamento das acções (de prevenção ou de cessação da violação) ou dos recursos: intimação da entidade violadora para a suspensão imediata da actividade causadora do dano; embargo ou demolição de obra, construção ou edificação que traduza violação; proibição do início da exploração ou do lançamento dum produto no mercado; suspensão da eficácia do acto administrativo recorrido, com fundamento na probabilidade dum prejuízo de difícil reparação, desde que, por seu lado, a suspensão não determine grave lesão do interesse público.

Ainda que a violação do interesse colectivo ou difuso se faça a coberto duma licença ou autorização administrativa, a tutela respectiva é conseguida através da acção popular civil, sem prejuízo da impugnação do acto administrativo que eventualmente se faça no contencioso administrativo. Assim, das

ofensas ao direito a um ambiente sadio cabe ao tribunal cível conhecer, ainda que a actividade fabril que as provoca se encontre licenciada¹⁴.

Quanto às providências cautelares, pode, além das que por lei especial sejam previstas, ser pedida, ao abrigo da cláusula geral do art. 381 do Código de Processo Civil português, qualquer “providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”¹⁵.

Constitui equivalente da acção popular o **direito de participação popular** no procedimento administrativo gracioso. Também aí, requerendo e intervindo, podem os cidadãos, associações e fundações defender, perante a Administração, os interesses colectivos e difusos protegidos pela Constituição.

14 Acs. do STJ de 21.9.93, *CJ/STJ*, 1993, III, p. 26, e do TRP de 26.4.01, www.dgsi.pt, processo 0130480, embora este com o argumento suplementar de que, no caso concreto, não fora pedida a suspensão da laboração da unidade fabril, o que no citado acórdão do STJ é, pelo contrário, entendido caber no âmbito da acção civil (tinha sido pedida a demolição dum pavilhão industrial licenciado e a abstenção do exercício da actividade para ele projectada); ver, também neste sentido, o ac. do STJ de 2.7.96, *BMJ*, 459, p. 444, em que estava em causa a suspensão da actividade dum posto de abastecimento de combustíveis na proximidade duma escola, bem como a declaração de voto no ac. do STJ de 14.4.99, www.dgsi.pt, processo 98B1090. Esta declaração de voto tem outro ponto de inquestionável interesse: perante a argumentação, que fez vencimento, de que a satisfação do pedido dos autores (a não instalação duma estação rodoviária em certo local) levaria ao sacrifício do interesse de outros cidadãos (mediante o regresso da estação ao local em que até então funcionara), é afirmado que uma violação ambiental não se supera com outra violação ambiental, não havendo que comparar interesses em conflito, mas sim que tutelar o interesse em causa, impedindo a violação, e que o outro grupo de cidadãos, se fosse caso disso, igualmente teria direito a impedir que a violação se consumasse no outro local.

15 Ver, por exemplo, os acs. do STJ de 14.4.99, já citado na nota anterior (abstenção de utilização da antiga estação de recolha de eléctricos do Arco do Cego, em Lisboa, para desenvolvimento da actividade de terminal de transporte colectivo de passageiros), do TRP de 25.11.99, www.dgsi.pt, processo 9931110 (providência na dependência de acção movida contra a anunciada instalação dum aterro sanitário), e do TRL de 26.11.00, www.dgsi.pt, processo 0091106 (suspensão imediata e total das obras do plano especial de realojamento em curso no Alto da Faia, em Lisboa).

3.4.2. A legitimidade das **associações e fundações** não depende apenas da personalidade jurídica (como no caso das pessoas singulares): é também necessário que, entre as suas atribuições ou objectivos estatutários, esteja a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate, bem como que não exerçam qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais (art. 3 da Lei 83/95). Quer no domínio da defesa dos direitos do consumidor, quer no da protecção do ambiente, há, em Portugal, várias associações constituídas que operam a nível nacional.

3.4.3. Constitui regra processual, vigente quer no campo do processo civil (para o processo ordinário), quer no do contencioso administrativo, que o recurso da 1ª instância para a Relação tem, em princípio, efeito suspensivo. Esta regra será, em breve, invertida, no domínio do processo civil, passando os recursos das sentenças de 1ª instância a ter, em regra, tal como hoje já acontece no processo sumário, efeito meramente devolutivo. Este é o efeito do recurso em matéria cível interposto da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça. Ora, na acção popular, está consagrado que, quando o recurso devesse, segundo as regras gerais, ter efeito meramente devolutivo, o juiz poderia conferir-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável ou de difícil reparação (art. 18 da Lei 83/95).

3.4.4. Outra norma especial da acção popular consiste em que há nela dispensa do pagamento adiantado da taxa de justiça e em que o autor fica totalmente isento de custas em

caso de procedência parcial do pedido (art. 20 da Lei 83/95, n.ºs 1 e 2). Assim, só se perder totalmente a acção é que o autor pagará custas; mas, mesmo assim, estas são reduzidas, pois o julgador fixa-as entre um décimo e metade das que seriam normalmente devidas, tendo em conta a situação económica do autor e a razão, formal ou substantiva, da improcedência (art. 20-3 da Lei 83/95).

3.4.5. Quanto à indemnização a prestar pelo agente causador de danos em resultado da violação de interesse colectivo ou difuso, é de frisar, além do que já ficou dito, que há responsabilidade objectiva, independente de culpa do agente, sempre que a acção ou omissão deste constitua actividade objectivamente perigosa (art. 23 da Lei 83/95; semelhantemente no art. 41 da Lei 11/87 e no art. 12, n.ºs 1 e 5, da Lei 24/96). Esta responsabilidade pelo perigo produzido tem natureza semelhante à responsabilidade pelo risco da condução automóvel.

4. A TUTELA DO CONSUMIDOR

4.1. De acordo com a Lei 24/96, de 31 de Julho, que actualmente regula a defesa dos direitos do consumidor, entende-se por **conflito de consumo** todo aquele em que é parte um consumidor, isto é, alguém a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios (art. 2-1). O conflito de consumo é assim definido, apesar da aparência contrária, em torno duma noção **objectiva**

da relação de consumo: qualquer cidadão pode ser consumidor.

Pelo art. 13 da Lei 24/96, é atribuída legitimidade para a acção popular de defesa dos direitos do consumidor, para além daqueles que a têm por força da lei geral (Lei 83/95), ao Ministério Público e ao Instituto do Consumidor, “quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos e difusos”. A referência aos interesses individuais homogêneos deve, logicamente, ser entendida em termos genéricos: por interesse individual homogêneo entende-se, a exemplo do que acontece no Brasil, um direito subjectivo ou outra situação subjectiva cindível em parcelas formalmente idênticas e, por isso, só fará sentido conceder a não interessados legitimidade para propor a acção popular na medida em que nela não sejam discutidas situações individuais particularizadas, mas tão-só situações jurídicas genericamente consideradas.

O conceito tem especial interesse quando conjugado com o facto de, também pela primeira vez na lei portuguesa, o art. 12 da Lei 24/96 conceder a acção popular para fazer valer o direito à reparação dos danos produzidos pelo fornecimento de coisa defeituosa, quer estes sejam produzidos com culpa, quer sejam produzidos sem culpa¹⁶. A lei ordinária atribui assim, no campo da defesa do consumidor, um direito que, apesar de consagrado na Constituição da República, as leis ordinárias anteriores usaram omitir. Enquanto o consumidor a quem é fornecida a coisa com defeito tem direito, conforme os casos e em conformidade com

¹⁶ “O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei” (art. 12-5 da Lei 24/96).

a lei geral, à sua reparação, à sua substituição, à redução do preço, à resolução do contrato e/ou à indemnização (por dano material e moral), o autor da acção popular mais não poderá do que pedir uma indemnização globalmente fixada, em termos porventura equitativos¹⁷.

Além da acção para fazer valer o direito à reparação por fornecimento de coisa ou serviço defeituoso, é tipificada, como acção popular de defesa do consumidor, a **acção inibitória**, destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, que nomeadamente, atentem contra a sua saúde e segurança física, consistam em práticas criminais expressamente proibidas por lei ou se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas. A decisão condenatória que venha a ser proferida, e que pode ser acompanhada da aplicação de sanção pecuniária compulsória, é publicitada a expensas do infractor.

4.2. É objecto de regulamentação autónoma a acção popular inibitória do uso de **cláusulas contratuais gerais**. Duas importantes especialidades são de realçar: por um lado, em sede de legitimidade activa, a tese da representação é directamente afastada pelo dispositivo do art. 25-2 do DL 446/85: “as entidades referidas no número anterior actuam no processo *em nome próprio*, embora façam valer um *direito alheio* pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada”; por outro lado, o art. 32-2 do DL 446/85, tal como resultou do DL 220/95, veio dispor que, quando a parte que as tiver predis-

¹⁷ De acordo com o art. 566 do Código Civil, o tribunal deve fixar equitativamente a indemnização, quando não haja elementos que permitam, na sentença ou no momento da execução, liquidar o respectivo montante, segundo a teoria da diferença.

posto for vencida na acção inibitória da sua utilização, pode a sua contraparte num contrato celebrado invocar a todo o tempo, *em seu benefício*, «a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória». Daqui se tira que as decisões de condenação da empresa predisponente duma cláusula ilícita formam caso julgado, contra ela invocável em outras acções, independentemente de quem as proponha; mas as decisões que a absolvam, por não considerarem que a cláusula seja ilícita, já não constituem caso julgado invocável em acções contra ela propostas por pessoas diversas de quem propôs a primeira acção, podendo assim ser repetidas causas com o mesmo objecto. Trata-se dum regime de caso julgado *secundum eventum litis*, paralelo ao que, fora do campo dos interesses colectivos e difusos, vigora em sede de obrigações solidárias (arts. 522 CC e 531 CC), de obrigações indivisíveis (art. 538-2 CC), de certas obrigações dependentes (fiança e direito real de garantia: art. 635 CC), de impugnação de deliberações sociais (art. 61-1 CSC) e de impugnação do acto administrativo: o caso julgado favorável aproveita ao terceiro; o caso julgado desfavorável é-lhe inoponível.

Esta diversa configuração da legitimidade e do caso julgado é, em meu entender, correcta; mas harmoniza-se mal com as opções tomadas pela Lei (geral) da Acção Popular.

5. A TUTELA DO AMBIENTE E DO PATRIMÓNIO CULTURAL

No campo da protecção do ambiente, a acção popular não apresenta especialidades significativas. As referências que lhe são feitas são poucas e é na regulamentação geral da Lei 83/95 que se encontra, fundamentalmente, a definição do seu regime. Tenha-se, porém, em conta o já

referido alargamento da legitimidade processual activa.

Mais escassas são também as disposições processuais constantes da lei de protecção do património cultural, sendo de realçar, como já atrás se frisou, a legitimidade activa atribuída ao Ministério Público¹⁸.

6. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Os tribunais portugueses nem sempre têm admitido facilmente a figura da acção popular.

Assim é que algumas decisões foram proferidas no sentido de entender que só os interesses difusos, por se reportarem a um conjunto inorgânico de pessoas de composição ocasional, como tal não permitindo a identificação dos respectivos titulares, é que podem ser defendidos por meio de acção popular, o mesmo não acontecendo quanto aos interesses colectivos, reportados a uma comunidade de pessoas identificáveis¹⁹. Com a actual lei de defesa do consumidor, este tipo de decisão tornou-se mais rara²⁰.

18 O art. 9-3 da Lei 107/2001 não denomina de acção popular a proposta pelo Ministério Público para defesa dos bens culturais e de outros valores integrantes do património cultural, antes parecendo, à letra, que considera tal actuação fora do campo da acção popular ("sem prejuízo da iniciativa processual dos lesados e do exercício da acção popular"). Tal remete — pode dizer-se — para a distinção brasileira entre a acção pública e a acção popular. Mas, nada mais divergindo do que a figura do autor e atendendo a que, na Lei 83/95, o Ministério Público se pode substituir ao autor em determinadas condições, conservando a acção a sua natureza, parece dever-se concluir que a iniciativa do Ministério Público não descaracteriza, aqui tal como no campo da defesa do consumidor, a acção popular.

19 Assim julgou o Tribunal da Relação de Lisboa em 28.3.96, www.dgsi.pt, processo 0000836, 6.3.97 (agravo 881/96 da 6ª secção) e 16.5.97 (agravo 1289/96 da 6ª secção).

20 Já nos acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 23.9.97, www.dgsi.pt, processo 973503, proferido em acção contra a Portugal Telecom em que se pedia a indemnização dos assinantes de contrato de serviço telefónico público por haverem pago duas facturas num só mês, e de 17.2.98 (agravo 725/97 da 1ª secção), proferido em procedimento cautelar também movido contra a Portugal Telecom para impedir a cobrança dum quantia fixa pela activação de chamadas telefónicas, se faz apelo à Lei 24/96 para reconhecer a consagração, na Lei 83/95, do direito à acção popular para tutela de interesses, não só difusos, mas também colectivos e individuais homogêneos.

Outra questão, com a qual a jurisprudência se tem confrontado é a de saber se o novo figurino da acção popular absorveu a velha figura da acção proposta, em substituição ao órgão autárquico competente, para defesa de bens ou direitos da autarquia, nos termos do art. 369 do Código Administrativo. Regista-se a tendência para julgar que a referência do texto do art. 1 da Lei da Acção Popular ao domínio público visa, por forma explícita (já implicitamente assim era antes de 1995, por via do carácter exemplificativo da enunciação do art. 52-3 da Constituição), integrar no âmbito da moderna acção popular a defesa do tipo de interesse que, por via do mecanismo da substituição processual, era assegurado pelo Código Administrativo²¹, em sobreposição às decisões que, contrariamente, continuavam a distinguir as duas figuras, considerando que a acção de defesa dos direitos e bens da administração local devia ser proposta nos termos do Código Administrativo, nomeadamente só podendo sê-lo decorridos 3 meses sobre uma exposição circunstanciada, dirigida ao órgão da Administração, acerca do direito que se pretendesse fazer valer e dos meios probatórios de que se dispusesse para o efeito, sem que o órgão a que competia a defesa do direito em causa o tivesse, nesse prazo, feito valer²².

21 Por exemplo, acs. do STJ de 11.7.00 (revista 387/2000, da 1ª secção) e do TRP de 21.6.01, www.dgsi.pt, processo 0130857, e de 16.5.02, www.dgsi.pt, processo 0230661: à velha legitimidade por substituição processual substituiu-se, mediante revogação do art. 369 do Código Administrativo, a legitimidade directa conferida pela Lei 83/95, permitindo, ao seu abrigo, pretensão da qualificação dum caminho como público e a reparação dum situação de facto com ela desconforme.

22 Por exemplo, acs. do TRP de 6.10.98, www.dgsi.pt, processo 9520459, e de 9.12.99, CJ 1999, V, p. 182, igualmente versando sobre a defesa de caminhos públicos.

O FUTURO DO “DIREITO MORAL” *

José de Oliveira Ascensão

Professor. Doutor da Universidade Clássica de Lisboa

SUMÁRIO

1. EXPANSÃO OU DEPRESSÃO DO DIREITO MORAL? 2. OS DIREITOS MORAIS NA LEI DO REINO UNIDO; 3. A EXACERBAÇÃO DO DIREITO MORAL; 4. UMA SOLUÇÃO FORA DO PRAZO DE VALIDADE; 5. DIREITOS MORAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE; 6. MONISMO OU DUALISMO; 7. DIREITO MORAL OU DIREITOS MORAIS?; 8. O ÂMBITO DAS FACULDADES PESSOAIS; 9. A SUCESSÃO POR MORTE; 10. A NÃO TAXATIVIDADE DA DISTINÇÃO DO PESSOAL E DO PATRIMONIAL; 11. O CAMINHO DO MEIO; 12. O FUTURO É POSSÍVEL?.

1. EXPANSÃO OU DEPRESSÃO DO DIREITO MORAL?

A uma primeira vista, o século XX encerra-se em plena expansão do “direito moral”. Pessoalmente, preferimos falar em *direito pessoal*, por nos parecer mais técnico. Mas não há divergência de fundo, pelo que utilizaremos indiferentemente ambas as expressões. Já o uso do singular ou do plural será adiante objecto de esclarecimento.

Tem-se ido de extensão em extensão no conteúdo do direito. Ao núcleo já clássico das faculdades compreendidas acrescenta-se o direito de acesso. Em relação a obras de exemplar único fala-se de um direito de impedir a destruição¹. Outras faculdades, que merecem a qualificação de pessoais, surgem a propósito de obras ou relações específicas.

* * * * *

* O tema que nos foi atribuído era: O direito moral dos autores na Europa. O assunto na Convenção de Berna e na Convenção de Roma. Documentos e tendências do direito comunitário. O futuro dos direitos morais dos criadores.

¹ Menciona-se também um direito de colecção, que consistia em publicar unitariamente obras publicadas em fascículos ou folhetins.

Por outro lado, o círculo dos beneficiários amplia-se. Há particularmente o que respeita aos direitos conexos: fala-se de um direito moral dos titulares de direitos conexos. E mesmo para além dos titulares clássicos, há outras entidades que são beneficiadas com prerrogativas que só podemos qualificar como pessoais. Seja o caso do editor, a quem o art. 76/1 *a* do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português garante a indicação do nome em caso de utilização livre da obra editada.

A mesma expansão parece processar-se a nível internacional. As adesões à Convenção de Berna trazem implícita a recepção do art. 6 *bis* daquela Convenção: isto seria muito importante, considerando a magnitude de países como Rússia, Estados Unidos da América e China, que a esta aderiram nos últimos anos. A expansão, mais lenta, da Convenção de Roma sobre direitos conexos trouxe também consigo, por levar os Estados a legislar na matéria, sensível incremento de faculdades de ordem pessoal – antes de mais, as referentes à identificação do artista e à integridade da sua interpretação ou execução. Também países que não previam na sua legislação (nem sequer na sua ordem jurídica) os direitos morais foram legislando nesse domínio. É particularmente importante o que respeita ao Reino Unido, que na lei de 1988 sobre Direito de Autor, Desenhos e Modelos e Patentes passa a prever, nos arts. 76 a 88², esses direitos.

Mas esta impressão pode revelar-se, por muitos aspectos, falaciosa. E pelo contrário há quem considere que a situação dos direitos morais é hoje uma situação deprimida.

2 Traduzimos *clause por artigo*, por nos parecer a formulação mais próxima da realidade portuguesa.

O que vemos progredir é um economicismo que deixa muito pouco espaço para o direito moral.

Os últimos grandes instrumentos internacionais no domínio do direito autoral ignoram os direitos morais.

Os tratados da OMPI de 1996 excluem-no. O art. 3 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor manda aplicar os arts. 2 a 6 da Convenção de Berna. O preceito respeitante aos direitos morais é o art. 6 *bis*. Ficou de fora.

Mais grave ainda: o direito de autor passa a ser regulado, com muito maior eficácia prática, pela Organização Mundial do Comércio. A disciplina do direito passa a ser matéria mercantil. Não há conseqüentemente espaço para uma consideração do direito moral. O acordo ADPIC/TRIPS exclui-o completamente.

No plano comunitário a situação não é melhor.

A Comunidade Europeia não avançou, não obstante as suas ambições no domínio do direito de autor, em matéria de direito pessoal. Isto não obstante as graves discrepâncias que se verificam no seu seio, e possivelmente por causa mesmo dessas discrepâncias. Mas temos também a incidência de se tratar de uma comunidade *económica* a regular o Direito de Autor. Este torna-se mercadoria. Aspectos culturais, de informação ou semelhantes têm função essencialmente decorativa. Também o direito moral lhe escapa.

Nesta evolução, surgem mesmo directrizes comunitárias em que o direito moral é ignorado em relação aos direitos que se contemplam. A Directriz n.º 91/250, de 14 de Maio, sobre *programas de computador*, silencia sobre a aplicação de direitos morais. Os Estados-membros, em conseqüência, legislaram diversamente, perante a di-

ficuldade de compaginar várias faculdades pessoais com semelhantes "obras". No Reino Unido, é excluída a aplicabilidade dos direitos morais. Em geral, tender-se-á a dar-lhes uma protecção diminuída em relação às obras tradicionais: será o caso de França³. Será ainda o caso de Portugal, onde se especificam as matérias da lei geral que serão aplicáveis, afastando implicitamente as restantes. Só se contemplam os direitos à menção do nome e à paternidade⁴.

As tentativas de deduzir da qualificação como obra literária a plena aplicabilidade das regras sobre direitos morais conduzem a aporias, resultantes do carácter meramente técnico destas obras⁵.

Situação semelhante ocorre no domínio das *bases de dados*, mesmo as consideradas "criativas". São meras estruturas técnicas, que se não prestam a valorações éticas.

Tudo isto são consequências nocivas da expansão economicista do direito de autor, que afecta os direitos morais.

Outro aspecto significativo da restrição afinal imperante é a situação no Reino Unido, que passamos a examinar em especial.

3 BERTRAND, André. *Le droit d'auteur et les droits voisins*. 2. ed. Dalloz, 1999. p. 12-52, afirma que os direitos morais do autor do programa são limitados, "para não dizer quase inexistentes". O autor expõe seguidamente esses direitos, entre os quais se inclui um direito à integridade; mas neste caso, ao contrário do que se passa em geral no direito francês, o autor não pode se opor a uma modificação que não seja prejudicial à sua honra ou à sua reputação. Bertrand lamenta que o legislador não tenha aproveitado o ensejo para estender esta restrição a todas as obras.

4 Art. 9/1 do Dec.-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. No n.º 2 do art. 9 estabelece-se ainda o direito do criador intelectual individualizável, a quem não caiba a autoria, de ser reconhecido como tal e ter o seu nome mencionado no programa.

5 Procederá assim Jesús Delgado Echeverría, in *Comentarios à la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz, 2. ed. Madrid: Tecnos, 1997. sub art. 95, VI 1. O autor afirma ainda que foi possivelmente França o país europeu membro da Convenção de Berna que mais limitou o direito moral do autor de software... Portugal limitou mais, reduzindo-o aos direitos à paternidade e à menção do nome. E o Reino Unido excluiu-o de todo.

2. OS DIREITOS MORAIS DA LEI NO REINO UNIDO

A actual lei inglesa sobre *copyright* terá superado a lacuna existente em matéria de direito moral e compatibilizado o sistema com a Convenção de Berna.

Mas fê-lo de maneira extremamente restritiva, que a diferencia muito das leis vigentes no continente. A transposição que se realizou foi mínima.

Os arts. 76 a 88 limitam-se a enunciar quatro direitos:

1. direito a ser identificado como autor ou realizador
2. direito a opor-se a modificações na obra
3. reacção à falsa atribuição da obra
4. direito à privacidade de certas fotografias e filmes.

Confrontando com o art. 6 *bis* da Convenção de Berna, vemos que há uma correspondência básica com os dois únicos direitos que a convenção consagra no art. 6 *bis*/1: o direito de reivindicar a paternidade e de se opor a qualquer modificação.

Mas vemos também que faltam direitos essenciais para a cultura romanística, como o direito de inédito e o direito de retirada.

Acrescentam-se dois direitos estranhos às listagens habituais:

- 1) o de direito de qualquer pessoa a não lhe ser falsamente atribuída uma obra
- 2) o de direito de privacidade em certas fotografias e filmes, em que se exclui a utilização pública da obra resultante.

Independentemente da integração ou não destas matérias nos direitos morais, a realidade é que estas previsões não suprem as lacunas apontadas.

Mas o aspecto talvez mais importante, na solução britânica, está no carácter renunciável destes direitos. A irrenunciabilidade não foi estabelecida em geral. Aproveita-se com isto a circunstância de a Convenção de Berna estabelecer a permanência destes direitos após a cessão da obra e mesmo após a morte do autor, mas não excluir a renúncia.

Ora, a renúncia é largamente facultada, o que marca uma diferença maior em relação aos direitos romanísticos. A protecção do criador intelectual perante a maior força das empresas de *copyright* (que é um dos objectivos fundamentais do regime do direito moral) esvai-se.

A renúncia pode fazer-se mesmo antes da constituição dos direitos, embora deva ser expressa e realizada por escrito. Pode assim renunciar-se a direitos morais que resultariam de obras futuras ⁶.

Também o entendimento dos direitos em si pode ser mais restrito que no continente europeu. Assim, o direito à integridade, embora sujeito aos mesmos critérios valorativos da Convenção de Berna, só abrangeria as actuações sobre a obra, e não actos como a colocação num contexto de que resulte criticismo ou ridículo ⁷. Também

6 Cfr. CORNISH, W. R. *Intellectual Property*, 3. ed., Londres: Sweet and Maxwell, 1996, 11.71. Não se requer consideration (aproximadamente, uma causa onerosa justificativa), mas está sujeita a estoppel e aos princípios gerais dos contratos. Ainda, o direito está sujeito à preclusão se o titular se comportou de modo que fez crer à outra parte que não iria utilizar o direito moral, e afinal o vem a fazer.

7 CORNISH, W. R. *ob. cit.*, p. 11.75.

se observa que a reacção subjectiva do autor à intervenção alheia, que em França é a consideração determinante, não tem significado no Reino Unido ⁸.

Ainda: não encontramos na lei do Reino Unido motivo para que se fale de um "direito moral", como realidade unitária. Regulam-se apenas quatro "direitos morais", sem sequer se estabelecerem princípios comuns. Já a integração ou não desses "direitos" no *copyright*, como facultades insitas no conteúdo deste, ou como posições autónomas daquele distintas, é questão que a lei não resolve nem lhe caberia resolver.

3. A EXACERBAÇÃO DO DIREITO MORAL

Mas, por outro lado, há que reconhecer que a "depressão" do direito moral coincide com o empolamento deste em certas ordens jurídicas.

O exemplo-padrão é o da ordem jurídica francesa. O proteccionismo extremo aí imperante manifesta-se também no domínio do direito moral.

O direito moral é tomado como um direito unitário, distinto do direito patrimonial dentro de uma visão dualista, perpétuo, e cujo exercício é independente de qualquer valoração ética em concreto!

Além disso, o conteúdo atribuído ao direito moral é muito amplo. Começa logo pela referência ao *direito de divulgação*. Direito de divulgação e direito ao inédito não são a mesma coisa: serão como a face positiva e a face

8 *Ibid.*, p. 11-76. Daí resultaria por exemplo que a paródia, que é apresentada como "excepção" aos direitos em França, está no Reino Unido fora do âmbito do direito, não necessitando de ser objecto de um limite ao exclusivo atribuído.

negativa de uma realidade. Mas enquanto outras ordens jurídicas só inscrevem no direito moral o direito ao inédito, e integram o direito de publicação nos direitos patrimoniais, a ordem jurídica francesa engrossa com esta categoria os direitos morais. Mas isso não deixa de trazer dificuldades depois, nomeadamente na conjugação deste direito de publicação com o direito patrimonial de publicação, que pode caber a titulares diferentes ⁹.

A Convenção de Berna, no art. 6 *bis*, faz depender o direito à integridade, que confere, de uma avaliação ética de se tratar de um atentado à obra, "prejudicial à honra ou à reputação do autor". A lei francesa (tal como a lei alemã, aliás) elimina esta valoração. Isto significa que o titular pode usar arbitrariamente as faculdades que lhe são concedidas: não tem de dar justificação. Pode usá-las, nomeadamente, para obter um ganho, consistente na indemnização que reclame ou que força o outro a pagar, pelo inopinado da exigência no momento em que a utilização pública se ia concretizar ¹⁰.

Isto representa um gravíssimo entrave à exploração normal das obras, e com isso à cultura em geral. Entrave esse que se multiplica nas obras de criação plural, e que se torna quase insuportável nas obras multimédia. A todo o momento pode surgir uma impugnação, que frustre ou paralise a exploração da obra.

9 Cfr. LUCAS, André; LUCAS, H. J. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. 2. ed. Paris: Litec, 2001. n. 383.

10 A própria Comissão da Comunidade Europeia defendeu que "nem todas as alterações a uma obra constituirão, todavia, uma violação dos direitos morais; com efeito, se a modificação/alteração não é susceptível de prejudicar a reputação do titular do direito, só serão afectados os direitos patrimoniais (por exemplo, o bem conhecido direito de adaptação)": cfr. a Comunicação da Comissão COM (96) 568, Seguimento do Livro Verde sobre o Direito de Autor e os Direitos Conexos na Sociedade da Informação, cap. 3/4.

E com isto, vão-se dar argumentos aos países que não regulam adequadamente a exploração do direito moral. Os norte-americanos receiam justamente estas actuações que não controlam, e que são incompatíveis com o primado empresarial do seu ordenamento. Cada extremo encontra justificação dos exageros do outro.

A maneira como este contraste é resolvido não tem sido normalmente muito feliz. Um exemplo flagrante é-nos dado pelos direitos reconhecidos a realizadores ou directores norte-americanos de filmes a preto e branco de invocar direitos morais na Europa contra a *coloração de filmes*. Sem poder entrar no âmago do problema, é seguramente estranho que o realizador norte-americano, que não é autor no país de origem, possa invocar essa qualidade noutros países. O menos que se poderia dizer é que os princípios enquadradores do direito de autor não funcionaram satisfatoriamente.

Mas há sobretudo a paternidade ¹¹. Segundo a lei francesa, poderia hoje um descendente de Homero invocar lesão de direitos morais por referência à Odisseia; ou poderá fazê-lo daqui a milhares de anos um descendente de Sartre. E se é um facto que demonstrar hoje ser descendente de Homero é difícil, já será fácil encontrar milhões de filhos de Abraão, que venham invocar direitos morais sobre a Bíblia.

O absurdo é tão grande que na prática os tribunais fogem a tirar as consequências da perpetuidade. Em sentença de 12 de Setembro de 2001, o Tribunal de Grande Instância de Paris rejeitou a oposição de Pierre Hugo,

11 Posso falar à vontade, porque já tivemos a perpetuidade de todo o direito de autor na lei portuguesa: é ridículo, simplesmente.

descendente de Victor Hugo, a um romance que se apresentava como continuação de "Os Miseráveis", que aquele considerava ofensiva da obra. O Tribunal baseou-se em o autor não ter provado a qualidade de herdeiro (não estando embora em dúvida a sua posição prioritária que ocupava na linha da descendência). Tudo indica tratar-se de uma esquivia, como tantas vezes os tribunais fazem quando não querem aplicar leis que lhes repugnam – no caso, a que estabelece a perpetuidade.

Isto significa que a perpetuidade é de tal maneira exacerbada que os tribunais acabam por arranjar maneira de a afastar. A realidade é que com o tempo a ligação dos descendentes ao autor se dilui: a defesa da obra passa para a colectividade. A manutenção do direito moral além do direito patrimonial (que, recorde-se, pode durar 150 anos, ou mais...), não tem justificação¹².

4. UMA SOLUÇÃO FORA DO PRAZO DE VALIDADE

O reordenamento da matéria do direito moral passa pela revisão das bases em que assenta¹³.

No virar do séc. XIX para o séc. XX começa a formar-se a concepção de um direito moral autónomo, contraposto ao direito patrimonial. O direito moral seria um direito de personalidade como qualquer outro, submetido ao regime destes¹⁴.

12 Veja-se a sentença e a anotação de Agnès-Lucas Schlotter in *GRUR Int*, 8-9/02, 770-773, que conclui pelo carácter afinal ilusório da perpetuidade. Veja-se também a publicação da sentença na *RIDA*, 191 (Jan.02), 321.

13 Foi ponto sobre o qual tivemos oportunidade de ouvir as exposições de Rodrigo Bercovitz e de José Manuel Otero (este sobre os direitos fundamentais, categoria decerto afim).

14 É a doutrina de Kohler, que DIETZ, Adolf. *Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht*. Munique : C.H. Beck, 1968, qualifica como o velho dualismo (29). Também se fala na teoria dualista pura.

A evolução fez-se porém no sentido de um afastamento progressivo do direito pessoal de autor em relação aos direitos de personalidade. Dietz pôde assim afirmar como princípio genericamente aceite que o direito moral de autor ou as faculdades neste compreendidas são de direito autoral¹⁵. São por isso aplicáveis os princípios do Direito Autoral, e não os do Direito da Personalidade. Quer dizer, o falar-se do *Urheberpersönlichkeitsrecht* não implica uma fragmentação do direito de autor¹⁶.

Pensamos que esta evolução é de aplaudir. Vemos nela um temperamento da exaltação excessiva do direito moral e uma recondução deste ao seu domínio próprio, que é o dos direitos sobre a obra.

A integração dos direitos pessoais de autor no direito de personalidade é antes de mais um arcaísmo.

Ela surgiu como um expediente dos juristas para preencher a lacuna das leis, que não previam esta categoria de direitos de autor. O recurso foi ancorá-lo directamente no Direito da Personalidade.

Mas hoje os direitos pessoais constam da Convenção de Berna e de quase todos os ordenamentos positivos. A fundamentação no Direito da Personalidade tornou-se dispensável. Não obstante, os juristas mantiveram esta justificação básica, não só pelo conservadorismo doutrinário¹⁷ como por influência do movimento de sacralização do direito de autor. Por isso dizemos que está fora do prazo de validade.

15 Ob. cit., p. 27.

16 Cf. por exemplo REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 10. ed. Munique : C.H. Beck, 1998. § 28, n.º 235: há um monismo, não só de direito patrimonial e pessoal, como de protecção da obra e da personalidade. Mas este "droit moral" é distinto também do direito geral de personalidade.

17 É um fenómeno muito frequente. Construções que foram necessárias em certas épocas para cobrir situações não previstas são mantidas após a emissão de lei, quando na realidade mais não representavam que um recurso, com insuficiente capacidade explicativa.

Na realidade, a integração no Direito da Personalidade é insatisfatória no que respeita aos direitos morais.

No direito moral, ao contrário do que se passa nos direitos de personalidade, não está em causa a defesa da personalidade em si, mas antes a ligação especial entre uma pessoa e uma obra.

Em tudo isto, evidentemente, pressupomos um entendimento dos direitos de personalidade como direitos sempre eticamente fundados: só isso justifica o regime especialíssimo de que beneficiam¹⁸. Faculdades que formalmente cairiam no Direito da Personalidade mas não se ancoram na defesa ôntica da pessoa podem ser direitos pessoais, mas não são direitos de personalidade. Não beneficiam por isso do regime excepcional de tutela dos direitos de personalidade.

Se se não confundirem direitos pessoais com direitos de personalidade – pois direito pessoal é uma categoria muito mais vasta, que não está já ancorada na defesa da personalidade ôntica – a colocação da questão dos direitos morais do autor fica muito facilitada.

O direito de personalidade, por se referir ao valor supremo da ordem jurídica, que é a própria pessoa, goza de uma tutela ímpar. Mas essa tutela já se não justifica no direito moral, genericamente, porque este pode ser independente daquela consideração.

Assim, quando se atribui ao titular o direito à menção (ou não) da sua designação, ou ao reconhecimento da paternidade da obra, atribuem-se faculdades absolutas, que são independentes de quaisquer considerações éti-

18 Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral*, I. 2. ed. Coimbra Editora, 2000. n. 36 e segs.

cas. O titular não tem de se fundar em qualquer lesão da personalidade para as impor: basta a sua manifestação autónoma de vontade. Isto afasta estas matérias do Direito da Personalidade.

Apenas em certos casos há que exigir a fundamentação ética do direito; é o que se passa com o direito à integridade é o direito de retirada, nos ordenamentos espanhol e português. Mas mesmo aí não se transformam estes direitos em direitos de personalidade. São direitos autorais eticamente fundados, mas sempre dependentes da relação com uma obra. Têm o regime autoral, e não o regime próprio dos direitos de personalidade.

5. DIREITOS MORAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Pode acontecer que haja na mesma matéria *concorência de direito moral e direito de personalidade*: que seja o mesmo o objecto de direito autoral e direito de personalidade. Mas não se confundem por isso. Passa a haver dois títulos para a mesma pretensão, mas cada título está sujeito ao seu regime próprio, com pressupostos, vicissitudes, e meios de tutela diferentes. Podendo assim acontecer que um se extinga e o outro permaneça.

Ora bem: a independência entre direito moral e da personalidade, mesmo em hipóteses em que a personalidade ôntica seja posta em causa, fica bem patente se considerarmos que o direito de personalidade, que é afectado perante uma obra de que se é autor, é independente do direito de autor. Existe quer haja direito de autor quer não. Assim, o escritor cujo direito não seja reconhecido – por razões de reciprocidade em relação a países em que se

Na realidade, a integração no Direito da Personalidade é insatisfatória no que respeita aos direitos morais.

No direito moral, ao contrário do que se passa nos direitos de personalidade, não está em causa a defesa da personalidade em si, mas antes a ligação especial entre uma pessoa e uma obra.

Em tudo isto, evidentemente, pressupomos um entendimento dos direitos de personalidade como direitos sempre eticamente fundados: só isso justifica o regime especialíssimo de que beneficiam¹⁸. Faculdades que formalmente cairiam no Direito da Personalidade mas não se ancoram na defesa ôntica da pessoa podem ser direitos pessoais, mas não são direitos de personalidade. Não beneficiam por isso do regime excepcional de tutela dos direitos de personalidade.

Se se não confundirem direitos pessoais com direitos de personalidade – pois direito pessoal é uma categoria muito mais vasta, que não está já ancorada na defesa da personalidade ôntica – a colocação da questão dos direitos morais do autor fica muito facilitada.

O direito de personalidade, por se referir ao valor supremo da ordem jurídica, que é a própria pessoa, goza de uma tutela ímpar. Mas essa tutela já se não justifica no direito moral, genericamente, porque este pode ser independente daquela consideração.

Assim, quando se atribui ao titular o direito à menção (ou não) da sua designação, ou ao reconhecimento da paternidade da obra, atribuem-se faculdades absolutas, que são independentes de quaisquer considerações éti-

18 Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral*, I. 2. ed. Coimbra Editora, 2000. n. 36 e segs.

cas. O titular não tem de se fundar em qualquer lesão da personalidade para as impor: basta a sua manifestação autónoma de vontade. Isto afasta estas matérias do Direito da Personalidade.

Apenas em certos casos há que exigir a fundamentação ética do direito; é o que se passa com o direito à integridade e o direito de retirada, nos ordenamentos espanhol e português. Mas mesmo aí não se transformam estes direitos em direitos de personalidade. São direitos autorais eticamente fundados, mas sempre dependentes da relação com uma obra. Têm o regime autoral, e não o regime próprio dos direitos de personalidade.

5. DIREITOS MORAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Pode acontecer que haja na mesma matéria *concorrência de direito moral e direito de personalidade*: que seja o mesmo o objecto de direito autoral e direito de personalidade. Mas não se confundem por isso. Passa a haver dois títulos para a mesma pretensão, mas cada título está sujeito ao seu regime próprio, com pressupostos, vicissitudes, e meios de tutela diferentes. Podendo assim acontecer que um se extinga e o outro permaneça.

Ora bem: a independência entre direito moral e da personalidade, mesmo em hipóteses em que a personalidade ôntica seja posta em causa, fica bem patente se considerarmos que o direito de personalidade, que é afectado perante uma obra de que se é autor, é independente do direito de autor. Existe quer haja direito de autor quer não. Assim, o escritor cujo direito não seja reconhecido – por razões de reciprocidade em relação a países em que se

não verifica aquela protecção, ou porque a sua obra está entre aquelas que a lei exclui da protecção – não deixa de beneficiar, como qualquer outro autor, da tutela através dos direitos de personalidade¹⁹.

Isto não exclui que haja analogias entre estes direitos.

Assim, poderá o titular do direito moral renunciar a uma faculdade nele contida?

Não pode renunciar ao "direito moral", e as leis declaram as faculdades específicas irrenunciáveis. Mas seguramente que terá de poder renunciar em concreto ao exercício de uma faculdade já adquirida. Poderá por exemplo renunciar à indicação do nome na obra, ou permitir modificações que desvirtuem a obra, para efeito de certas utilizações.

Com que limite? Se as faculdades não são eticamente fundadas poderá renunciar sem limites ao seu exercício. Se o são, pode sustentar-se uma analogia com os direitos de personalidade, que admitem restrições que não forem contra os bons costumes²⁰. Se isso é possível nos direitos de personalidade, por maioria de razão deverá ser possível no direito pessoal de autor.

Esta distinção leva-nos a divisar dois núcleos dentro dos direitos morais. Há os que são eticamente fundados, e há os que são independentes dessa fundamentação.

Esta conclusão é muito importante. Se for aceite (o que parece ocorrer sem dificuldade nas ordens jurídicas portuguesa e italiana), permitiria resolver em boas condições problemas do âmbito dos direitos pessoais de autor. Como teremos oportunidade de verificar.

19 Isto impede também de considerar que o direito de autor seja direito especial, que disciplina a intervenção dos direitos de personalidade no domínio da criação literária ou artística.
20 Art. 81/1 do Código Civil português, que todavia põe como limite a ordem pública.

6. MONISMO OU DUALISMO

A problemática do monismo ou dualismo do direito de autor está longe de ser meramente teórica.

O monismo traz, ou pelo menos favorece, um regime unificado das várias faculdades. O dualismo leva a uma fragmentação dos direitos.

Nas orientações extremas, o dualismo implica a cisão do direito moral em relação ao Direito de Autor, pela integração no Direito da Personalidade, como vimos. Nas orientações moderadas, os dois direitos são de autor, mas o direito moral seria outro direito, além do patrimonial.

Para saber se uma ordem jurídica consagra o monismo ou o dualismo, há que atender ao regime concreto que institui. Assim, opõe-se ao monismo alemão, em que o direito de autor, único, compreende faculdades patrimoniais e faculdades pessoais, o dualismo francês, em que os dois direitos estão radicalmente separados.

Não teria sentido examinar ordens jurídicas concretas, para as qualificar. Interessa mais saber que influência têm monismo e dualismo sobre a aproximação dos sistemas jurídicos.

Parece claro que a visão dualista é a que mais dificulta a aproximação.

A noção de um direito moral independente do direito patrimonial (ou direito de autor propriamente dito) tende a reforçar a rigidez da figura, e a criar obstáculos à adaptação às situações concretas. Pelo contrário, uma concepção monista permite encarar com muito maior maleabilidade as circunstâncias. Desligadas do enquadramento

rígido do direito moral, as faculdades que tiverem carácter pessoal são reguladas por si, segundo o seu mérito, sem a uniformidade que lhes atribuiria a integração no direito moral.

7. DIREITO MORAL OU DIREITOS MORAIS?

Ainda há que distinguir, dentro do dualismo, a concepção de um direito moral único, integrado por todas as faculdades pessoais, e a de vários direitos morais, tendo em comum a qualificação como "morais", mas independentes entre si. Isso facilitaria que cada direito tivesse o seu regime próprio, em vez de ter dependência do regime comum do direito moral.

Esta última concepção teria as vantagens de maior maleabilidade. Permitiria, por exemplo, uma maior aproximação ao direito do Reino Unido: pois também este regula faculdades sem as aglutinar num direito unitário, o direito moral, nem lhes impor um regime comum.

Se se chegasse a este ponto, a aproximação dos vários sistemas seria grande. Pois também o monismo traz um enunciado de faculdades pessoais, sem que isso implique um direito moral. Isso abriria a porta à regulação individualizada das faculdades de ordem pessoal, que nos parece muito desejável perante as dificuldades práticas que de todo o lado estão sendo assinaladas.

E teria ainda outras vantagens: permitiria considerar *todas* as faculdades de ordem pessoal, sem que isso implique a integração num monolítico direito moral e ao seu regime comum. Por exemplo, o direito do autor de *corrigir as provas* no contrato de edição é uma faculdade pessoal, que todavia

não é integrada no direito moral. O monismo permitiria afastar estas separações artificiais. A ocorrência de faculdades pessoais é normal, em todos os direitos, mesmo patrimoniais, sem que isso leve a construir um direito moral. Assim, o direito de voto ou o direito de ser eleito para cargos sociais são direitos pessoais dos accionistas, sem que ninguém se lembre por isso de visionar um direito moral autónomo do accionista, distinto do direito patrimonial.

Que falta, então, para dar este passo em direcção ao monismo? Falta que não resulte da lei a construção das faculdades pessoais como separadas e dependentes dum título diferente.

Antes de mais no que respeita às vicissitudes. A perpetuidade, nomeadamente, deveria ser sacrificada, em nome de uma comunhão de duração, até à entrada no domínio público²¹. Mas mais genericamente, as vicissitudes deveriam ser harmonizadas, nomeadamente evitando-se que os direitos subsistissem sem ligação e levando a considerar que tecnicamente se trataria de direitos diferentes.

Repare-se todavia que os obstáculos a uma visão monista não provêm só da concepção do direito moral. Provêm também da maneira como se concebe o direito patrimonial.

De facto, o entendimento do direito patrimonial como uma *propriedade*, que surgiu no final do séc. XVIII para fugir à condenação dos privilégios, não facilita a integração de faculdades pessoais, particularmente perante a exacerbação que foi dada ao "direito moral". Esta con-

²¹ Note-se que se pode sustentar que um diferente tempo de entrada no domínio público é compatível com uma concepção monista. A partir de certo momento, o direito subsistiria apenas nas suas componentes de carácter pessoal.

cepção tornou-se hoje dominante, mesmo que sob as vestes de uma "propriedade espiritual". Se se preferir, porém, a qualificação do direito de autor como *exclusivo*, já se torna mais fácil admitir que no interior deste se combinem faculdades pessoais e patrimoniais.

8. O ÂMBITO DAS FACULDADES PESSOAIS

O que acabamos de dizer tem incidências muito importantes sobre o âmbito a reconhecer às faculdades pessoais.

No que respeita aos *direitos conexos*, e particularmente ao direito dos artistas, hesita-se na atribuição de um direito moral. Os avanços, neste domínio, têm sido penosos.

Mas se nem as convenções nem as fontes internas exigirem um direito autónomo, a que se chame direito moral; e seja qual for a situação neste domínio no direito de autor – nenhum motivo há para admitir aí um dualismo, e afirmar um *direito moral do artista*, ou outro titular de direitos conexos. Há que verificar, muito simplesmente, quando se justifica a atribuição desses direitos. Essa é uma discussão caso a caso, perante a especificidade que apresentem, sem estar sujeita ao peso e às inibições do tudo ou nada da figura monolítica do "direito moral".

Outro aspecto muito importante consiste em saber se a atribuição do direito de autor sobre a obra importa sempre a atribuição dos direitos pessoais, ou se pode haver casos em que essa atribuição não se verifique.

Nenhuns problemas surgem nos casos normais, quando uma pessoa física é também a titular do direito de autor.

Mas surgem muitos casos duvidosos.

Vamos reconduzi-los a três categorias:

- 1) A obra que é originariamente atribuída a pessoa diferente do criador intelectual
- 2) As obras de carácter tecnológico
- 3) A sucessão *mortis causa*.

Deixaremos esta última categoria para o número seguinte.

- 1) *Obras originariamente atribuídas a quem não é o criador intelectual*

Haverá várias modalidades, mas tomaremos uma como modelo: a obra colectiva. Pressupomos, porém, que nesta o titular originário é logo a empresa a quem o direito se destina.

Quem tem neste caso direitos morais?

Há três entendimentos possíveis:

- é o criador intelectual
- é o titular originário
- não há direito moral.

Interessa-nos muito em particular saber se o titular originário pode ter ou não direitos morais.

O titular originário é uma empresa. Será em princípio uma pessoa jurídica. É admissível a atribuição de direitos pessoais a pessoas jurídicas?

A pessoa jurídica não tem direitos de personalidade. Se os direitos morais fossem direitos de personalidade, a titularidade por parte desta ficaria logo excluída.

Já vimos que não são. Poderá então ser-lhe atribuída essa titularidade? Se houver a necessidade de uma avaliação ética, isso será muito dificilmente compatível com a titularidade jurídica.

Mas estranhar-se-á que a pessoa jurídica não tenha direitos como os de paternidade, ou de menção da designação. Não há nenhuma razão substantiva que exclua que a pessoa colectiva deles beneficie.

Na realidade, ajuda-nos a distinção fundamental que estabelecemos anteriormente. Entre os direitos pessoais há os que têm conteúdo ético e os que não têm.

Os direitos pessoais de conteúdo ético são incompatíveis com a pessoa jurídica. Seja o caso do direito de retirada por mudança de convicções.

Mas já não o são outros direitos pessoais. Por isso, não há nenhum motivo para os excluir neste caso. Só não poderão ser atribuídos se se verificar que no seu fundamento está exclusivamente a outorga dum benefício ao criador intelectual ²².

2) Obras de carácter tecnológico

São admissíveis direitos morais sobre obras tecnológicas?

Estão hoje neste caso, pelo menos, os programas de computador e as bases de dados, que estão admitidas como objecto do direito de autor. Várias outras haverá provavelmente que acrescentar com os progressos da informática, como as produções multimédia e as respeitantes à inteligência artificial.

22 No que respeita ao criador intelectual, é discutível a extensão dos direitos que neste caso lhe deverão ser atribuídos. Na lei portuguesa pode defender-se que, quando a lei lhe pretende outorgar direitos, os menciona especificamente. É assim que o art. 9 do Dec.-Lei n.º 252/94 (programas de computador), não só atribui direitos pessoais ao titular originário (art. 9/1), como ainda garante ao criador intelectual individualizável o direito a ser reconhecido como tal e a ter o seu nome mencionado no programa.

Pensamos porém que o mesmo critério fundamental deve ser aplicado. Estas obras não são compatíveis com avaliações éticas. Por isso, só os direitos pessoais destituídos de conteúdo ético podem ser considerados.

Já se procurou afastar esta conclusão, a propósito do próprio direito de retirada. Invocou-se a situação decorrente de programas de computador para fins militares, cuja exploração o autor pretenda retirar por ter abraçado posteriormente concepções pacifistas ²³. Mas aqui está em causa o artifício que consiste em conceber o programa como obra literária. Não há nada diferente do que acontece numa invenção, se o inventor posteriormente a repudia. O contributo técnico-científico que trouxe não deixa de estar adquirido pela comunidade.

9. A SUCESSÃO POR MORTE

Passando à análise da sucessão, há antes de mais que a distinguir da transmissão.

Se o titular transmite o direito de autor, o direito moral não se transmite. A própria Convenção de Berna dispõe que os direitos pessoais permanecem, mesmo após a cessão dos direitos patrimoniais (art. 6 bis/1).

Havendo sucessão por morte a situação é diferente. Os direitos, dispõe-se na al. 2), mantêm-se pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais.

Manifesta-se aqui uma das dificuldades que os direitos morais suscitam na prática. Como se compreende que outras pessoas, que não o autor, exerçam direitos pessoais

23 Cfr. ECHEVERRÍA, Jesús Delgado. *Comentarios cit.*, sub art. 95, VI 1.

deste, particularmente direitos com conteúdo ético? Esta é uma das razões da desconfiança que lavra nomeadamente nos Estados Unidos em relação aos direitos morais, pois muito frequentemente os sucessores tratam de sacar proveito da situação, independentemente do que seria o interesse ou até a vontade, expressa ou presumida, do autor.

Estes problemas só se resolvem se se acentuar fortemente que a posição dos sucessores é a de titulares de um direito funcional. Exercem poderes, mas para satisfazer interesses morais do antecessor que estejam ligados àquela obra.

Isto implica que, diga-o a lei ou não, haja uma inevitável mudança de natureza dos direitos morais após a sucessão. Não são mais direitos subjectivos, mas sim *poderes funcionais*. Os sucessores não realizam um interesse próprio, servem ainda o interesse e a vontade reconhecível do antecessor. Por isso não há uma verdadeira sucessão nos direitos pessoais, mas uma criação de poderes nos sucessores para defesa de interesses pessoais do criador ligados àquela obra.

A mudança é tão profunda que não há apenas "*funcionalização*" dos direitos. Há ainda, necessariamente, mudança no conteúdo destes.

Assim, o sucessor não tem o direito de retirada. Se se deve ou não retirar a obra, por mudança de concepções, só o autor o pode determinar. E nunca o herdeiro poderia determinar por si essa retirada, quer em virtude de mudança das próprias concepções, quer da mudança de concepções do autor ²⁴.

24 Cfr. o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., n. 245, em que referimos também o direito ao inédito.

O mesmo devemos dizer do *direito de modificação*. Só o autor tem a faculdade de impor alterações na obra que concedeu para exploração. Não o pode fazer o sucessor, porque a determinação do conteúdo criativo da obra pertence somente ao autor ²⁵.

Em tudo isto é patente uma analogia com os direitos de personalidade. Também os poderes dos sucessores, neste caso, são poderes funcionais, e não direitos dos sucessores: estes não defendem a honra do antecessor. Ao lado destes poderes, há os próprios direitos de personalidade dos sucessores, que com aqueles evidentemente se não confundem.

Mas, não obstante estas e outras analogias, não há qualquer confusão entre direito de personalidade e direitos pessoais do autor.

10. A NÃO TAXATIVIDADE DA DISTINÇÃO DO PESSOAL E DO PATRIMONIAL

A repartição exaustiva e forçada de todas as faculdades compreendidas no Direito de Autor por dois hemisférios, um pessoal outro patrimonial, é deformadora.

No domínio dos contratos em geral encontramos faculdades pessoais e faculdades patrimoniais. Mas não só isso não levou à concepção de dois direitos, um pessoal e outro patrimonial, como ainda não há grande preocupação em distinguir taxativamente o que é pessoal e o que é patrimonial. Por que será diferente aqui?

25 Cfr. o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., n. 246 III.

O afã da repartição leva a situações artificiais. Há casos de sobreposição, em que o patrimonial e o pessoal só forçadamente se distinguem.

Lucas chama a atenção para a imbricação entre o direito moral e os direitos patrimoniais e acentua-a particularmente no que respeita ao direito de divulgação²⁶, como já dissemos. Pode surgir um direito de divulgação do titular dos direitos morais e outro do titular dos direitos patrimoniais.

Mas o fenómeno é bem mais geral. Podemos dizer que encontramos com frequência um direito patrimonial correspondente ao direito pessoal.

O caso mais importante é o do direito à integridade, bem como do direito de autorizar a modificação que lhe está associado. De facto, o autor pode autorizar modificações da obra, mesmo que essas modificações sejam afinal desprimorosas.

Mas o titular do direito patrimonial de autor tem também o direito de autorizar modificações, quando a obra é utilizada por outrem.

É o mesmo direito? São direitos diferentes?

O conteúdo é o mesmo, mas os pressupostos variam. Se não estão em causa aspectos éticos, a única intervenção requerida é a do titular dos direitos patrimoniais. É uma intervenção semelhante à que se requer quando se trata de autorizar a transformação da obra, por exemplo.

Porém, se estão em causa aspectos éticos, a autorização do titular dos direitos patrimoniais continua a ser

²⁶ *Traité* cit., n. 383.

necessária, mas não basta. Deve crescer-lhe a autorização do titular dos direitos pessoais. Só da cumulação de ambas resulta a licitude daquela modificação²⁷.

A consciência desta semelhança de conteúdo aconselha a que aproximemos facultades pessoais e patrimoniais. Uma separação muito rígida não explicaria que a facultade tenha a mesma estrutura e deva ter a mesma denominação. Na realidade, é a mesma facultade, que cabe sempre ao titular de direitos patrimoniais, mas só cabe ao titular de direitos pessoais quando pressupuser uma avaliação ética.

A facultade patrimonial não depende em absoluto da facultade moral. Mas sofre o reflexo desta, não só no seu exercício, como no seu âmbito. Assim, após a morte do autor, é difícil atribuir aos sucessores aquele direito de autorizar modificações que menosprezem a obra: isso não está compreendido no carácter funcional do seu direito. O titular dos direitos patrimoniais, porém, mantém essa facultade. Pode continuar a autorizar modificações. Mas a facultade está amputada: já não pode autorizar modificações que deslustrem a obra ou o autor, porque já não é possível a cumulação com a autorização dada pelo titular dos direitos pessoais de autor²⁸.

²⁷ O Ac. da Relação de Lisboa de 9.IV.94, in *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo III, 1994, p. 113, decidiu que "a alteração não autorizada de obra alheia viola simultaneamente um direito moral e um direito patrimonial do seu autor". Estaria em causa um interesse material, referente à contrapartida que o autor teria. Não há um concurso aparente mas um concurso real de infracções. Não aceita que o R. tinha forçosamente direito ao preço da alteração do videograma - o A. poderia encomendá-la a outra pessoa. Mas haveria abuso de direito, ganância e retaliação, pela exigência de quantias muito superiores, sabendo da grande necessidade do R. relativamente à alteração. Pelo que a fixou no "preço justo".

²⁸ Cfr. o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., n. 182.

O que acabamos de dizer não significa porém, entenda-se, que todo o direito pessoal tenha um correspondente patrimonial. Há direitos pessoais que são completamente avulsos de qualquer manifestação pessoal paralela.

É o caso do direito de retirada. Funda-se em motivações éticas, que só ao criador intelectual podem caber. O titular de direitos patrimoniais não tem nenhum poder semelhante. Se concedeu o direito para exploração, não tem nenhuma maneira de pôr termo a esta, por invocação de razões éticas, ou de mudança de posição ideológica.

Com este esclarecimento, mantém-se o fundamental do que atrás ficou dito. Uma separação rígida de faculdades pessoais e patrimoniais é deletéria. Mas vezes o conteúdo é idêntico, só variando a dependência do direito em relação a considerações éticas. Esta aproximação representaria mais um passo para afastar o que surge como mais anómalo a olhos de *common law* na concepção do direito moral.

11. O CAMINHO DO MEIO

Que conclusões podemos retirar desta análise? Pedese-nos a nada modesta tarefa de falar do futuro do direito moral. Há que começar pelo presente.

O presente é caracterizado por um certo bloqueio. Há elementos, como vimos, que apontam para um progresso do direito moral; mas há também, pelo contrário, outros que apontam para a sua rejeição. Essas forças opostas anulam-se: a situação é de bloqueio.

Para superar o bloqueio, há que procurar caminhos que os aproximem. E antes de mais evitar posições extremas que impedem essa aproximação.

Como nos disse António Castán, temos que repelir, quer a banalização, quer a sacralização, quer a mercantilização do direito moral.

Por um lado, há o economicismo, que tudo reduz a valores mercantis, que torna o saber em mercadoria e que é de todo opaco ao direito moral. Passa bem sem ele: o ADPIC/ TRIPS é o seu monumento.

Pelo lado oposto, há a sacralização do direito moral, para usar a linguagem de Joaquin Rams²⁹, que o exacerba acima de toda a justificação; e que, no limite, vem a cair numa mercantilização de sinal contrário.

Como os aspectos extremos são mutuamente inaceitáveis, há que procurar pontos possíveis de encontro. Para isso, é importante observar que as posições não são de todo antagónicas: no sentido que o núcleo de cada uma não representa rigorosamente o inverso do núcleo da outra.

Com efeito, se o economicismo assenta na liberdade de actuação nas empresas de *copyright*, o "moralismo" assenta na salvaguarda dos aspectos espirituais da criação realizada. Não são posições antípodas. Pode-se procurar satisfazer no máximo estas preocupações e sacrificar o que possam ser aspectos secundários.

É um caminho a percorrer na Comunidade Europeia, para afastar o absurdo de se harmonizarem pontos secundários e se deixar subsistir esta diferença, que distorce efectivamente a concorrência. Mas que há que prosseguir também no plano internacional, ultrapassando a discrepância, sempre perturbadora, entre os Estados Unidos da América e os restantes países.

29 Cfr. Os ALBALADEJO, Manuel; ALABART, Silvia Diaz (Coord.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo V, v. 4.ª-A, sub art. 14 Ley de Propiedad Intelectual, I-1: a sacralização de qualquer actividade humana tem por objecto dissociá-la das restantes.

Os passos de uma possível convergência poderiam ser a descoberta dum esquema em que:

- se salvaguardassem as razões éticas, mas em contrapartida se afastasse tudo o que representasse a mera arbitrariedade do criador intelectual
- se assegurasse a liberdade da empresa, mas em contrapartida se marcassem pontos fundamentais, embora limitados, em que os interesses empresariais não sufocassem a dignidade daquela criação.

Isto é possível, até porque na realidade há que perguntar se hoje não se enfrentam dois economicismos diferentes. Cada um teria de ceder um pouco. O norte-americano poderia satisfazer-se, desde que se afastassem receios, que são justificados, que a pretendida defesa das pessoas se transforme em meio de adquirir, perturbando a exploração normal pela busca de uma segunda fonte de lucros. O moralismo poderia ver satisfeita a sua pretensão ética primordial, mas teria de reconhecer que, se no núcleo dos direitos morais está a preocupação ética, *haverá actuações que só são admissíveis se eticamente fundadas*. Isto implica que em caso de litígio as razões invocadas possam ser objectivamente apreciadas pelos tribunais ³⁰.

Deste modo seria possível reconduzir o direito moral ao direito de autor. O apelo ao Direito da Personalidade, como vimos, foi um recurso relativamente recente para dar uma justificação à disciplina de aspectos pessoais não

³⁰ LUCAS, André. *Droit d'auteur et numérique*. Paris: Litec, 1998. n. 482 e segs., que realiza uma pesquisa muito interessante sobre o futuro do direito moral de autor no ambiente digital, admite (n. 489), não obstante integrado na visão francesa, o controlo judiciário do exercício do direito moral, embora transfira depois as dificuldades para a determinação do ponto em que começa o abuso.

contemplados por lei. Este desvio é hoje dispensável. As bases dos direitos pessoais constam das convenções internacionais e das leis dos países que acolhem a figura. Com isso pode-se retomar a unidade do direito de autor, que contém conjuntamente faculdades morais e faculdades patrimoniais. Há que tirar todas as consequências da convicção dominante que o direito moral é matéria de Direito Autoral, e não de Direito da Personalidade.

As faculdades pessoais compreendidas no direito de autor podem ser objecto de disciplina diferenciada. Poderão algumas ser consideradas indisponíveis, outras não. Em todo o caso, sempre com o equilíbrio necessário para atender também às necessidades da exploração normal da obra ou prestação em causa.

Abre-se assim a porta à adaptação individualizada às necessidades, em lugar das grandes afirmações generalizadoras. Deste modo, pode-se fazer sair o "direito moral" do seu âmbito clássico para abranger novas situações.

Isto é hoje muito particularmente importante no domínio da informática. O meio é novo, e cria novas necessidades também. Pode a disciplina clássica não se adaptar inteiramente, como reconhece a própria Comunidade Europeia ³¹. Esta posição individualizadora possui a ductilidade suficiente para se adaptar a necessidades sectoriais, sem afrontar a figura monolítica do "direito moral".

Assim, mesmo num domínio em que muito pouco se tem feito a nível comunitário, seria possível abrir uma nova frente, sem criar tensões básicas insustentáveis.

³¹ "Na Sociedade da Informação, uma aplicação estrita dos direitos morais pode mesmo revelar-se contraproducente. Poderá ser necessária uma certa flexibilidade a nível da aplicação dos direitos morais...". Comunicação da Comissão 96 (568) cit., Cap. 3/4.

12. O FUTURO É POSSÍVEL?

Perguntar-se-á, porém: e isso é possível? Ainda que desejável, será realizável?

A experiência passada permitiria as maiores dúvidas.

Nomeadamente, no interior da Comunidade Europeia, observa-se que a Comunidade operou sempre no sentido do reforço da protecção do direito de autor; a harmonização traduziu-se sempre por aumento do protecçionismo. Ao ponto se de pôr em dúvida que semelhante reforço dos exclusivos outorgados seja compatível com a política de livre concorrência que se pretenderia instaurar como base do mercado comum³².

Será imaginável que a Comunidade venha agora, pelo contrário, retroceder? E ainda por cima, centrando a mudança de protecção num domínio, o "direito moral", que para a doutrina francesa aparece como emblemático da sua maneira de conceber a protecção do autor?

Estas observações têm fundamento. Mas outros elementos podem-nos conduzir em sentido contrário.

O mais significativo é o que respeita à relação com os Estados Unidos da América. Diremos que são o mais importante membro dos 15, com a pequena diferença de não serem membros dos 15. A Comunidade há de procurar activamente vencer os obstáculos que se colocam à fluidez das relações. E o "direito moral" pode tornar-se um dos principais.

32 Cfr. Bo Vesterdorf, *European Copyright revisited*, intervenção na Conferência Internacional de Santiago de Compostela, 16-18 de Junho de 2002.

Os Estados Unidos têm uma ponta de lança na Europa, que é o Reino Unido. O Reino Unido tem uma grande importância para esta evolução, não por se integrar em alguma maioria, mas por se mostrar extremamente hábil em só admitir o que lhe convém. Por isso o instituto da concorrência desleal, por exemplo, apesar das distorções muito reais da concorrência que se destina a evitar, não logrou ainda penetrar no acervo comunitário.

O Reino Unido adoptou, como vimos, uma posição perante o direito pessoal que representa afinal o caminho do meio que referimos. Consagra legislativamente os direitos pessoais de autor, mas fá-lo com uma parcimónia e condições (sobretudo no que respeita à renunciabilidade) que consideravelmente o limitam. E todavia, a legitimidade da sua opção não foi contestada. Mas teria de adoçar a posição extrema que adopta a respeito da renunciabilidade.

Não somos profetas. Mas é de supor que o Reino Unido lute agora pela generalização da posição que adoptou. Com isso fomentaria a ponte entre os sistemas, propugnando o próprio; e simultaneamente se defenderia dos excessos de protecçionismo que distorcem, agora em seu detrimento, a concorrência comunitária.

Seguramente que não há para já à vista grandes novidades neste domínio. Mas é de supor que se abra na Comissão, resolvidas que estão as questões mais prementes no sector informático, um longo processo de revisão que abranja o direito moral.

O futuro do direito moral? Decerto que o terá: as faculdades pessoais subsistirão no nosso sistema. Mas para

haver progresso é necessário mais. Só haverá progresso se o direito moral deixar de ser um monolito contraposto ao direito patrimonial e se dissolver uma pluralidade de faculdades imersas num único direito de autor, com regimes diferenciados consoantes as situações que estiverem em causa.

Quer dizer: há que desfazer o glaciador do "direito moral".

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

José Viana Ulisses Filho

Mestre em direito público pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Professor de Direito Tributário da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape. Juiz substituto da comarca do Recife.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL COLÔNIA; 3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO DO IMPÉRIO E OS LIMITES NA COMPETÊNCIA DE TRIBUTAR EM SUA FASE INICIAL; 4. O SISTEMA TRIBUTÁRIO REPUBLICANO E AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR: EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891 ATÉ O SISTEMA VIGENTE DE 1988; 4.1 - A Constituição de 1891; 4.2 - A Constituição de 1934; 4.3 - A constituição de 1937; 4.4 - A Constituição de 1946; 4.5 - A reforma tributária advinda da Emenda Constitucional n.º 18 de 1º-12-65; 4.6 - A Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969; 4.7 - O sistema tributário atual; 5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS; 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A formação cultural de um povo e de uma nação depende da sólida compreensão de sua história, notadamente da evolução jurídica de suas instituições.

Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos tiveram no Ocidente o seu desenvolvimento e formação a partir da compreensão gradual e lenta de sua própria história, não entendida isoladamente, mas em simbiose com a evolução de outros povos porquanto, no dizer de *Gilissen*¹

1 GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 14.

o direito de cada país não foi criado de um dia para o outro; não foi instituído; antes é a consequência de uma evolução secular. De uma evolução que não é, de resto, própria de cada país.

Tal afirmativa do jurista belga nos dá a exata dimensão da complexidade que envolve a compreensão da evolução do direito, principalmente, no que concerne aos primórdios do seu nascimento, às fontes que deram ensanchas a sua atual contextura, sem olvidar o fato de que na Antiguidade e na Idade Média inexistia no mundo o que se conhece hoje como Estado soberano ou o conceito de direito nacional, bem como a configuração geográfica do mundo atual não se nos apresentava com o desenho que o caracteriza contemporaneamente.

Nessa linha de raciocínio, não devemos perder a perspectiva de que a compreensão do direito dentro do seu evoluir histórico está permeada por vários fatores de ordem cultural, social, econômica, política e tantos outros que subjazem ao fenômeno jurídico. Deve ser entendida, genericamente, a evolução históricoconstitucional do nosso sistema tributário e, em particular, como se desenvolveram as limitações ao poder de tributar do nosso Estado, sua gênese e vicissitudes, até o momento atual, passando por vários estágios de desenvolvimento, vivenciando alguns modos de organizações econômico-sociais que marcaram o nosso poder político, desde o Brasil colônia, império, até a recente república.

Deitando os olhos por sobre a evolução de nossas instituições jurídicas, não nos é difícil concluir que, mesmo em se tratando de uma nação relativamente nova, a histó-

ria do constitucionalismo no Brasil se confunde com a história do direito constitucional forjado na Europa, porquanto termos herdado toda nossa estrutura jurídica da pátria mãe, Portugal, país que, dentre as nações do velho mundo, teve o privilégio de possuir um dos direitos mais antigos e tradicionais, tendo por fonte mais remota o código visigótico, também denominado "*Lex Gothorum*", passando pela forte influência do direito Romano e Canônico, e desaguando nas conhecidas ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Não podemos olvidar, também, a era pombalina, tendo recebido os influxos do ideário iluminista do século XVIII, sem dúvida, responsável pelos grandes avanços sociais e políticos que marcaram sobremaneira os movimentos revolucionários que inundaram a face de nosso planeta a partir do citado século.

É sob a influência desse direito peninsular, que forjamos na América o nosso pensamento, tendo merecido por parte do jurista historiador Waldemar Martins Ferreira a feliz asserção de que "a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil."²

Em termos universais, as instituições de direito tributário, como sói acontecer com outros ramos do direito, teve a sua gênese e desenvolvimento cristalizados de forma lenta, evoluindo passo a passo desde quando o homem passou a se organizar em sociedade, e para possibilitar a sobrevivência do grupo social, passou a exigir recursos que eram fornecidos pela coletividade para a formação de um

2 FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1951. Tomo I, p. 23. Afirma o autor: "Por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século XVI, ou seja, em 1500, a história do direito brasileiro confunde-se nos seus primórdios, como em grande parte do seu desenvolvimento, com o direito português. Foi este o que vigorou no Brasil desde que começou a colonizar e pelos descobridores. Deu-se o traspasso da civilização européia para a colônia portuguesa da América."

fundo pecuniário destinado à manutenção das necessidades básicas do citado grupo. Dessa forma, com o progresso da civilização e a divisão social do Trabalho, essas contribuições que a princípio eram voluntárias, passaram a ser exigidas compulsoriamente, deixando no transcurso do evoluir das diversas sociedades marcas de profundas injustiças e indisfarçáveis abusos cometidos pelos governantes, características reproduzidas pelas diversas formas de organização do poder político e da estruturação do modelo produtivo que retrataram em diversas épocas o desenvolvimento histórico de nossa civilização.

Nesse passo, acompanhando o desenvolvimento e a evolução do nosso sistema tributário, nos deteremos em examinar, particularmente, o processo de controle e limitação do poder de tributar, que sempre tendeu em nosso país ao cometimento de excessos e arbitrariedades.

Dentro dessa sistemática, mergulhando nas mais longínquas formas de sociedades vivenciadas pelo direito no ocidente, cuidamos em observar que a primeira preocupação do homem com a questão da tributação e os exageros cometidos pelos governantes data do ano de 1215, na Inglaterra do Rei João sem Terra, onde foi outorgado um diploma denominado "Magna Carta" que ficou consignado, dentre outras limitações ao poder do soberano, a de que

"não se estabelecerá em nosso reino auxílio nem contribuição alguma, contra os posseiros de terras enfeudadas, sem o consentimento do nosso Comum Conselho do Reino".³

3 ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964. p.209.

Sem dúvida, esse é o protoprincípio do que mais tarde viria a ser denominado de princípio da legalidade.

Nesse período, a Inglaterra de João sem Terra estava organizada sob o modo de produção feudal, em que a nobreza e o clero gozavam de todas as regalias e privilégios dentre os quais se destacava a imunidade de pagar tributos, recaindo esse ônus nos escalões menos aquinhoados da sociedade, muitas vezes, sob a forma de pagamento com a prestação pessoal de serviços. Essa era uma característica do sistema político organizado sob a forma de feudos, no qual ocorria uma pulverização do poder político que era exercido fragmentariamente pelos barões. Não devemos olvidar que essa forma de administração política foi implantada nas colônias portuguesas, principalmente no Brasil, como mais à frente veremos, o qual, após o seu descobrimento, passou a ser administrado sob a forma de capitânicas hereditárias.

Urge também destacarmos a importância das idéias políticas como marco determinante da evolução de nossas estruturas socioeconômicas, sob o enfoque das instituições de Direito Tributário, que guarda uma direta relação com as variadas formas de atividades econômicas que deram origem às mais diversificadas modalidades de tributação e, principalmente, no que concerne às limitações ao poder de tributar. E essas idéias, influenciando as estruturas de poder, tornam-se mais claras com o aparecimento do capitalismo e a conseqüente formação de um novo estamento social, lastreado no mercado e em uma mais rápida circulação das riquezas, propiciando uma nova relação produtiva que estava a exigir formas mais modernas de regramento e de estruturação social. E com esse capitalismo emergente e a ideologia da nova elite içada ao poder, é construído o denominado Estado liberal, que se

consolida como poder político dominante e hegemônico a partir do séc. XVIII, notadamente com o advento da Revolução Francesa.

Essa recente faceta da história universal, com a predominância de uma classe social que emerge ao poder, traz consigo a idéia de essa classe se perpetuar como dominante através da crença de que as instituições forjadas pelos grupos sociais emergentes são as formas mais racionais e justas de exercício do poder, pois a liberdade individual é alçada à condição de valor supremo do homem, relegando a planos secundários outros valores que possam ameaçar a plena liberdade que deve nortear a vida do cidadão. Nessa esteira de pensamento, o direito passa a institucionalizar-se como o instrumento que legitima a dominação dessa novel casta social, criando-se uma nova ordem jurídica calcada em rituais e procedimentos que sacralizam o direito, tendendo sempre a destacar a liberdade individual e as conseqüências pragmáticas advindas do exercício dessa liberdade, que redundam na proteção dos direitos ditos fundamentais do cidadão, a serem exercidos em oposição ao poder do Estado, cuja repercussão tributária podemos encontrar no respeito à propriedade e ao patrimônio individuais.

Dentro da idéia de se edificar um aparato legal que desse ensejo à concretização deste direito emergente, que consagra a liberdade individual como principal objeto de proteção legal, surgem várias declarações de direitos em que se pugna constantemente pela proteção e segurança do patrimônio do contribuinte, no intuito de defendê-lo da sanha fiscalista do Estado, sempre tendente a limitar a liberdade do cidadão, imiscuindo-se indevidamente em seu

patrimônio, mutilando a riqueza dos indivíduos, em nome da tributação que é o mecanismo propiciador de se conferir rendas aos Estados para a consecução dos objetivos a que esses se propõem. Dentre essas Cartas, poderíamos destacar a Declaração de Direitos da Inglaterra, também conhecida por *Bill of Rights* de 1689, que preconizava em seu art.4º que:

*é ilegal toda cobrança de impostos para a coroa sem o concurso do parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio.*⁴

Em 2 de Outubro do ano de 1789 é votada na França revolucionária a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que ficou estabelecido no art. XIV que:

*cada cidadão tem o direito de constatar por ele mesmo ou por seus representantes a necessidade da contribuição pública, de consentir-lhe livremente de acompanhar o seu emprego, de determinar a cota, a estabilidade, a cobrança e o tempo.*⁵

Inegavelmente, a consolidação do liberalismo, erigindo à categoria de classe social dominante a chamada burguesia, trouxe conseqüências inusitadas para a ordem jurídica mundial, fato que influenciou sobremaneira as legislações dos povos cultos do ocidente, notadamente, a partir do final do século XVIII, tendo os principais valo-

4 idem. p. 215 e 218.

5 idem.

res defendidos pela revolução vitoriosa impregnado as constituições mais modernas da nossa contemporaneidade, no que tange à criação de sistemas tributários. De maneira racional, esses sistemas passarão a tratar a tributação como um fenômeno necessário para a manutenção do Estado, evidentemente destinando capítulos legais ou incorporando costumes que deixam incólumes a propriedade e o patrimônio dos contribuintes, dotando-os de mecanismos e instrumentos legais que os protejam do arbítrio do Estado, livrando-os, assim, do excesso de tributação e das exações tidas por ilegítimas.

Como não poderia deixar de ser, tais fatos ocorridos na história universal marcaram profundamente a história do nosso país, precipuamente no que se refere à criação e ao desenvolvimento do nosso sistema tributário, que nasceu e se consolidou sob a égide dessas idéias que podem ser observadas examinando-se o direito pátrio desde o descobrimento do Brasil, no ano de 1500, até os dias atuais, análise que faremos nos capítulos subseqüentes deste trabalho.

2. DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL COLÔNIA

Antes de adentrarmos propriamente no exame das instituições tributárias do Brasil colônia portuguesa, cumpre-nos observar que, talvez, seja incorreto denominarmos de sistema tributário o amontoado de tributos que eram exigidos pela coroa portuguesa, sem se ater a um mínimo de coerência lógica entre as mais diversas espécies de taxações existentes, que eram cobradas sem qualquer ordenação ou metodologia, dando-nos a idéia da ausência total de sistematização.

Não é sem razão que o tributarista Luiz Emygdio da Rosa Jr. faz a observação de que:

*o simples fato de um país cobrar tributos não implica, necessariamente, que no mesmo haja um sistema tributário, pois isto só ocorrerá quando os tributos que o compõem possuírem uma certa harmonia entre si, quando forem partes de um todo com uma finalidade determinada. Caso contrário, quando as normas tributárias se impõem sem ordem e sem investigação de causas, com o único objetivo de obter mais recursos, ter-se-á um regime e não um sistema tributário.*⁶

Seguindo esse raciocínio, podemos concluir que na época de colônia não existia no Brasil um sistema tributário, e sim um regime de tributação. Nesse período, procuraram os portugueses aplicar na nova colônia descoberta o direito vigente no reino que eram as ordenações, primeiro as Afonsinas, cuja vigência foi de 1446 a 1513, e, subseqüentemente, as Manuelinas que vigoraram de 1446 a 1603, além de outros diplomas extravagantes, tais como as cartas de lei, decretos, alvarás, cartas-régias, regimentos, estatutos, instruções, avisos e portarias.⁷

Inicialmente, predominaram nesse período as primeiras expedições exploradoras, tendo a coroa portuguesa se interessado pela exploração do pau brasil, instituindo o monopólio para o comércio dessa madeira, que tinha larga aceita-

⁶ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Novo Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 159-160.

⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1, p. 107.

ção no mercado europeu, principalmente, na Inglaterra; sua exploração foi concedida a particulares, mediante a obrigação de recolher o percentual de 20% sobre o valor do vegetal aos cofres reais, sendo esse o primeiro tributo cobrado no Brasil sob a denominação de quinto do pau-brasil (uma referência à quinta parte do produto da venda de madeira).

Ainda na primeira metade do século XVI, resolve a coroa portuguesa povoar o Brasil, instituindo na colônia o sistema político administrativo das Capitânicas Hereditárias: divide o território nacional em 15 lotes, designando nobres e fidalgos da Corte como donatários das citadas capitânicas. Esse tipo de administração inaugurado no Brasil caracterizava-se como verdadeiro sistema feudal, em que o nobre governava o seu lote como se fosse província, tendo seus poderes e prerrogativas político-administrativas conferidas por El-Rei através das famosas cartas de doação e cartas de foral. Dentre outras atribuições e competência, concediam ao donatário governador o poder de tributar, evidentemente reservando a parte que pertencia à Coroa. Era criada uma verdadeira discriminação entre o que pertencia à Coroa e o que pertencia à capitania.

O jurista Waldemar Martins Ferreira faz referência em sua obra a essa discriminação de rendas, procedendo a uma minuciosa enumeração dos tributos, que podem ser resumidas da seguinte maneira: algumas rendas da coroa: monopólio do comércio do pau-brasil, de especiarias e drogas; direitos régios das alfândegas relativas a mercadorias importadas ou exportadas (em geral 10% sobre o valor da mercadoria); quinto (quinta parte) dos metais ou pedras preciosas; dizimo (décima parte) do pescado e das colheitas de todos os produtos da terra. Algumas rendas do donatário das capitânicas: monopólio das explorações das mo-

endas d' água e de quaisquer outros engenhos; quinto do produto do pau-brasil, das especiarias e drogas originárias da capitania; dizimo do quinto dos metais e pedras preciosas, que se encontrassem na capitania; etc.⁸

Fracassado o sistema das Capitânicas Hereditárias, resolve a coroa portuguesa implantar no Brasil o sistema de administração denominado de Governo Geral. O primeiro governador geral nomeado para o Brasil foi Tomé de Souza, sendo designada a capitania de Salvador como sede do governo e da administração geral das outras capitânicas. Os poderes conferidos ao governador geral foram enormes, inclusive com a faculdade de passar alvarás em nome do rei. A principal fonte de onde emanavam os poderes do governador geral era o regimento que estabelecia as suas atribuições, os modos de inspeção das capitânicas em companhia do provedor-mor, a taxação de preços dos monopólios da Coroa, etc. Na carta real de investidura do governo geral e no regimento são encontradas normas constitucionais, administrativas, econômicas, fazendárias e judiciais.⁹

Ao Governo Geral foi dada uma estrutura para cobrança e fiscalização dos tributos desse governo e da Coroa, sendo criado o cargo de provedor-mor da real fazenda a quem competia, dentre outras atribuições, a superintendência e fiscalização dos negócios da Fazenda da Coroa, zelando pela arrecadação do dinheiro público.

Nesse período, a discriminação de rendas se verificava, em termos resumidos consoante enumeração efetivada na obra de Bernardo Ribeiro de Moraes, da forma como segue. Tributos ordinários: renda da real Fazenda (Coroa):

⁸ FERREIRA, ob. cit., p. 92 a 97.

⁹ MORAES, Bernardo Ribeiro de, ob. cit., p. 111

monopólio do comércio do pau-brasil, das especiarias e das drogas; direitos da alfândega real relativos à importação e exportação; quinto dos metais e das pedras preciosas (ouro, prata, pérola, cobre, etc.); dízimo dos pescados e das colheitas de todos os produtos da terra, colhidos ou fabricados (açúcar, nabos, tabacos, aguardentes, etc.). Rendas do Governador Geral (Brasil): monopólio da exploração das moendas d'água e de quaisquer outros engenhos; direitos de passagem dos rios (barcagem); direitos dos escravos; quinto do produto do pau-brasil, das especiarias e das drogas, originárias do território local; meia dízima do pescado e dos frutos da terra, etc.¹⁰

Como podemos observar, em nada modificou-se a discriminação de rendas entre a colônia e a metrópole, sistema que permaneceu sem maiores novidades, praticamente, até a independência do Brasil. Entrementes, remonta a essa época a instituição de tributos extraordinários para fazer face às despesas extras tais como: cobrir indenizações de guerra, despesas com manutenção de tropas e compra de armamentos, despesas com a família real, etc. Esses tributos eram cobrados sob variadas denominações, sendo as mais famosas as derramas (que mais tarde serviram como pretexto para um movimento que visava a emancipar o Brasil do jugo português, denominado de Inconfidência Mineira) que eram taxações exigidas de moradores de vila e povoações, independentemente, da capacidade contributiva do indivíduo; as fintas que eram cobradas dos moradores de cidades, vilas e povoações de acordo com o rendimento de cada qual e as contribuições que eram donativos das mais variadas espécies.

10 Ob. cit. p. 113.

Em 1808, ventos nada alvissareiros sopram sobre a Europa, com as forças napoleônicas invadindo vários países e em particular aqueles que, de alguma maneira, se aliaram à Inglaterra, como foi o caso de Portugal. Nesse contexto e sob a ameaça de invasão, resolve a corte portuguesa transferir-se para o Brasil, elevando o nosso país à categoria de capital do reino. Nesse período, há uma significativa modificação no regime de tributação da colônia, com a abertura do nosso porto às nações amigas, aumentando sobremaneira o comércio externo bem como o interno, tudo fluindo no sentido de que um maior desenvolvimento econômico se processasse no Brasil, acarretando, evidentemente, uma mudança nas estruturas de administração e fiscalização dos tributos, com a extinção das antigas juntas da Fazenda e a manutenção dos antigos tributos e a instituição de outros a saber: direitos de importação cobrados em virtude da entrada de produtos importados no país; décimo dos prédios urbanos exigidos sob a forma de 10% sobre o rendimento líquido dos imóveis localizados no litoral e lugares mais populosos do interior (protótipo do futuro imposto predial); pensão para a capela imperial; contribuição de polícia; imposto de SISA dos bens de raiz (incidente sobre a transmissão de imóveis à razão de 10% sobre o valor da compra, venda e arrematação de imóvel urbano, sem dúvida antecessor do hoje ITBI); meia SISA dos escravos, onerando 5% toda venda de escravo que fosse negro ladino (sabedor de ofício); décima das heranças e legados (sem dúvida, precursor do hoje denominado imposto de transmissão *mortis causa*); imposto de selo sobre papel; direitos de entrada de escravos novos; imposto do banco, onerando as carruagens, lojas, armazéns ou sobrados e navios; subsídio real, correspondente aos direitos

sobre a carne verde e as lãs grosseiras manufaturadas no país; novos direitos exigidos na razão de 10% sobre os vencimentos dos funcionários da Fazenda e da Justiça.¹¹

Em considerando que no Brasil de então ainda não havia uma discriminação de rendas tributárias delimitada por normas de competência, ainda eram cobradas pela própria Coroa, províncias e municípios impostos idênticos aos já existentes, numa demonstração clara de que o caos tributário imperava naquela época, merecendo por parte do tributarista Manoel Lourenço dos Santos acerto do comentário no sentido de que:

*de 1808 – chegada da família de Bragança – a 1822 – Regência – assinalam-se, no Brasil, cerca de 95 rubricas tributárias, número, como se vê, absolutamente superior ao de fatores economicamente aptos a servir de base à tributação.*¹²

No ano de 1815 o Brasil é erigido à dignidade de Reino Unido de Portugal e Algarves, anotando os historiadores que durante esse período nada foi alterado em matéria fiscal. Todavia, é justamente nessa época que arde no espírito do povo brasileiro o inconformismo em não ser país independente, eclodindo em várias regiões o sentimento de liberdade e de emancipação política através de revoltas e sublevações, servindo o modelo escorchante de regime tributário imposto por Portugal como um dos pretextos para que o nativo não mais se conformasse com o jugo português.

11 MORAES, Bernardo Ribeiro de, ob. cit. p. 117

12 SANTOS, Manoel Lourenço dos. *Direito Tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. de Publicações, 1970. p. 11.

Cumpre-nos observar que ao se tornar independente de Portugal no ano de 1822, o Brasil assume sua autonomia política, administrativa e econômica, transformando-se em uma monarquia constitucional sem, contudo, encontrar a sua identidade jurídica, fazendo uso do sistema legal português que foi recepcionado pelo ordenamento da nova nação, continuando em vigor no nosso país as ordenações filipinas, além de leis, regimentos e alvarás da Corte, com a curiosidade de que mesmo revogadas em Portugal, permaneceram vigentes no Brasil as ordenações Filipinas que aqui sobreviveram a duas monarquias, à proclamação e posterior consolidação do regime republicano, sendo finalmente revogada pelo Código Civil publicado no ano de 1916.

Do que foi exposto se pode tirar a ilação de que do período colonial até a independência e inauguração da forma monárquica de poder, nosso regime tributário não se caracterizou como um sistema, porquanto calcado em uma forma empírica de se tributar, sem qualquer preocupação de ordenação ou coerência entre os mais diversificados tributos, que eram cobrados de forma aleatória, resultando, destarte, em uma excessiva carga para os contribuintes, que não tinham em seu favor qualquer estruturação legal que viesse a limitar o poder de tributar da coroa portuguesa. Não devemos olvidar que as idéias liberais advindas da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos contaminaram as nossas elites intelectuais que passaram a

reivindicar a racionalização do regime de tributação, exigindo que se concedessem garantias e proteção aos contribuintes cuja propriedade e patrimônio estavam expostos aos caprichos e humores da coroa portuguesa sendo, sem dúvida, o excesso de tributação um dos fatores que colaboraram com o movimento de independência do país.

Por outro lado, percebe-se que a coroa portuguesa não tinha a mínima intenção em estruturar e sistematizar a escorchante tributação exercida sobre a colônia, até porque, como perceberam vários estudiosos, a exemplo de Rubens Gomes de Souza: 'o Brasil só veio a ter um sistema tributário propriamente dito a partir do império: durante todo período de colônia, de 1500 a 1808, esteve sujeito a um regime administrativo e econômico que não comportava a elaboração de um sistema tributário. Portugal, país pobre e de população reduzida, não estava em condições de organizar a administração de suas possessões na Ásia, na África ou na América, em bases suscetíveis de lhes assegurar o desenvolvimento econômico: contentava-se por isso em explorá-las tendo em vista o maior proveito imediato possível com o mínimo de investimento'.¹³

.....
13 SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. p.177.

Ainda corroborando com os ensinamentos do saudoso tributarista Gomes de Souza, é bastante elucidativa a opinião de Manoel Lourenço dos Santos quando arremata em sua já citada obra de direito tributário:

junte-se a esses fatos a circunstância de Portugal ser um estado fiscal de orientação mercantilista. Com uma economia agrária impotente para manter a corte, Portugal tornou-se fiscalista e utilizou a tributação em larga escala como fonte de riqueza para a sustentação da coroa e suas empresas e acumular a maior quantidade de ouro que fosse possível. Neste caso, a tributação não se apresentava como instrumento de uma política econômica capaz de fortalecer o poder do Estado e desenvolver a economia de suas colônias. Essa orientação refletiu-se na estrutura fiscal do Brasil, concorrendo para a formação de um sistema tributário que iria caracterizar-se pela irracionalidade, além de entravar o nosso desenvolvimento econômico, exaurindo muita vez as fontes de receita, sem outro objetivo senão o financeiro.¹⁴

3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO DO IMPÉRIO E OS LIMITES NA COMPETÊNCIA DE TRIBUTAR EM SUA FASE INICIAL

Com o advento da independência em 1822, inaugura-se no país a monarquia que imediatamente divide o Brasil em províncias, sendo convocada uma Assembléia Nacional Constituinte que é instalada no ano de 1823, dando

.....
14 Ob. cit. p. 11

nascimento à nossa primeira constituição, que é promulgada no dia 25 de março de 1824, tendo na pessoa do príncipe herdeiro D. Pedro I o nosso primeiro imperador constitucional.

O sistema monárquico constitucional era um regime político administrativo unitário, tendo dividido o país em províncias que não tinham autonomia política, servindo tão-somente como simples subdivisões administrativas. Dessa forma, as províncias não tinham autonomia financeira, sendo o poder central bastante concentrador, inclusive no que se referia à discriminação das rendas públicas. Essas rendas, para proporcionar a manutenção das províncias, eram simplesmente repassadas, sob a forma de dotações orçamentárias.

Essa situação causou um certo descontentamento nas províncias, que passaram a pressionar o poder central, reivindicando mais autonomia política e administrativa, tendo havido uma reforma constitucional em 1834 de tendência flagrantemente descentralizadora, através do ato adicional de 12 de agosto do citado ano, passando as províncias a gozar de maior autonomia política. Tal reforma foi complementada pela lei nº 99 de 31.10.1835, que dotou as províncias de fontes próprias de recursos, garantindo-lhes de certa forma alguma autonomia financeira. Esse fato mereceu por parte de Rubens Gomes de Souza o pertinente comentário:

Surgiu, então, pela primeira vez no Brasil, o problema tributário típico dos países federais, que é o da discriminação de rendas, isto é, o problema de definir as fontes de receitas próprias de cada uma das unidades políticas em que passa-

*ra a ser dividido o país: governo central, províncias e municípios.*¹⁵

Nesse período o nosso sistema tributário ainda era bastante flexível, não havendo um mínimo de rigidez no que concernia à competência de tributar e à conseqüente discriminação de receitas, verificando-se, ainda, uma certa insatisfação por parte das províncias que, em sua maioria, propugnavam por uma discriminação de rendas mais rígida, que delimitasse com clareza a competência de tributar do governo central e das províncias. Captando essa insatisfação, Aliomar Baleeiro destaca que:

*desde 1835 o Cons. Mel. Nascimento Castro e Silva propunha que se apartassem nitidamente os impostos provinciais, já que a lei n.º 99, de 31.10.1835, se limitara a reservar ao império longo rol de tributos. Era a discriminação rígida a defendida por aquele estadista. Não foi ouvido, de sorte que até à queda do trono vigorou a confusão, invadindo as províncias a competência tributária da Fazenda Nacional. Vários relatórios nos dão notícias dessa caótica fase das finanças nacionais.*¹⁶

Dessa forma, há uma unanimidade entre os autores em afirmar que o sistema tributário nacional propriamente dito teve início com a constituição imperial de 1824.

Por outro giro, podemos perceber que a carta política em comento, também, avançou no que dizia respeito

15 Ob.cit. p. 179.

16 BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.223.

às garantias do contribuinte contra o poder de tributar do império, estabelecendo uma série de proteções que já identificavam os influxos das idéias liberais burguesas, influenciando o nosso direito positivo. Dentre as limitações ao poder de tributar do Estado introduzidas pela Constituinte de 1824, podemos citar: o artigo 36 que outorga poderes privativos à Câmara dos Deputados para a iniciativa de leis que disponham sobre impostos; estabelecimento pela assembléia geral, anualmente, de todas as contribuições diretas, exceto as aplicadas a juros e amortização da dívida pública (segundo escólio de Aliomar Baleeiro a origem do princípio da anualidade no direito brasileiro) disposto no artigo 171; introdução do princípio da estrita legalidade (art. 179, I) e da irretroatividade da lei (art. 179, III), consagração do princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 179, XIII), e, por fim, um dos grandes avanços para o direito tributário da época, a previsão do princípio da capacidade contributiva ou econômica, erigida à condição de direitos e garantias fundamentais do cidadão, estabelecendo na dicção constitucional da época, em seu art. 179, inc. XV que: "ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres."

Dessa maneira, concluímos este capítulo destacando que estava começando a se desenhar em nosso direito constitucional a gênese do sistema tributário nacional, que só se consolida como sistema rígido de discriminação de competências tributárias e divisão de rendas com o advento da Constituição do Brasil República Federativa de 1934.

4. O SISTEMA TRIBUTÁRIO REPUBLICANO E AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR: EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891 ATÉ O SISTEMA VIGENTE DE 1988

4.1. A Constituição de 1891

Desde vitoriosa a revolução americana, com criação e consolidação da República Federativa dos Estados Unidos da América do Norte, inaugurada pela convenção da Filadélfia de 1787, houve uma irradiação dessas novas idéias e formas de governar surgidas nas colônias britânicas na América por todo o mundo, notadamente no Brasil,¹⁷ tendo no final do século XVII se desencadeado uma série de movimentos nativistas que não apenas propugnavam pela independência, mas também pela transformação do nosso país em uma república federativa, aos moldes do que havia ocorrido nos Estados Unidos. Esse sentimento e essas idéias republicanas e federativas não se amainaram com a nossa independência, e nem tampouco com as frustrantes experiências advindas de dois impérios, inclusive com a vigência de uma constituição.

Em 15 de novembro de 1889 é proclamada a República, tendo sido de imediato decretada pelo ato n.º 1 de 15.11.1889, expedido pelo chefe do governo provisório, a "República Federativa" passando as províncias do Brasil, reunidas pelo laço de Federação, a constituírem os "Estados Unidos do Brasil".¹⁸

17 FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Ed. Max Limonad - 1954. A propósito afirma que: "repercutiu fundamentalmente no espírito nativista dos brasileiros o êxito do movimento de libertação das colônias britânicas da América. Mas não foi só no Brasil que isso aconteceu, senão mesmo em todo o novo continente; e até no velho continente. Em França a revolução americana despertou largo entusiasmo."

18 MORAES, Bernardo Ribeiro de, ob. cit. p. 128.

Em 24.02.1891 é promulgada a nossa constituição e como não poderia deixar de ser, inspirada na Carta norte-americana.

Aos moldes americanos, tentou-se fazer uma rígida discriminação de rendas que, inobstante a intenção dos idealizadores das reformas, não surtiu os efeitos esperados. É que a experiência do federalismo americano tinha uma gênese e configuração histórica diferente da nossa, porquanto partira de um processo emancipatório que nada tinha de comum ou semelhante ao do Brasil, onde os estados membros não passavam de províncias visceralmente dependentes do governo central, que as administrava através de dotações orçamentárias, como se fossem meros departamentos administrativos.

Já os Estados Unidos se caracterizavam por partirem de uma realidade completamente diferente da nossa; cada colônia, após a independência, passou a existir como se fosse verdadeiramente um país independente, cujo único vínculo existente entre elas era um pacto de confederação que mais tarde transformou-se pela Carta de Filadélfia em um pacto federativo, no qual ficou estabelecida uma efetiva autonomia entre os Estados membros que detinham poder suficiente para se autodeterminarem financeiramente.

No que se refere ao campo da tributação, trouxe o sistema federativo grandes modificações para o Brasil, com a adoção de uma discriminação de renda nominativa em que foram definidos os impostos de competência da União e dos Estados-membros. Destarte, estabeleceu a nova constituição nos artigos 7º e 9º a distribuição dos tributos da competência da União: imposto sobre a importação de procedência estrangeira; direitos de entrada, saída e estadia

de navios; taxa de selo, respeitada a competência dos Estados; taxa de correios e telégrafos federais e outros tributos, obedecendo à discriminação de rendas privativas. Competência dos Estados: impostos sobre imóveis rurais e urbanos; impostos sobre a transmissão de propriedade; imposto sobre indústrias e profissões; taxas de selos, quanto aos atos emanados de seus respectivos governos e negócios de sua economia; contribuições concernentes aos seus correios e telégrafos; outros tributos que não contrariassem a discriminação de rendas tributárias.

Como se pode perceber, a Constituição Republicana foi omissa com relação a estabelecer a competência tributária dos municípios, deixando tal encargo a ser definido pelos Estados. Ademais, deixou em aberto a competência para a União e os Estados criarem tributos cumulativamente, institucionalizando a possibilidade da bitributação que, inegavelmente, se constituiu em um atraso em nosso mecanismo de tributação.

No que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, o sistema federativo inaugurou uma série de conquistas, incorporadas definitivamente como regras positivadas pelo ordenamento da República, que permaneceram imutáveis até os dias atuais. Inegavelmente, os influxos do liberalismo emergente no mundo e os princípios do federalismo inaugurado nos Estados Unidos determinaram uma nova postura nacional em termos de respeito e garantia aos direitos dos contribuintes.

Dentre outras conquistas destacaram-se a inviolabilidade aos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade estabelecidos da seguinte maneira: resguardo aos princípios da legalidade (art. 72, § 1º); da igualdade

(art. 72, § 2º); ampla defesa (art. 72, § 16); estrita legalidade tributária (art. 72, § 30); uniformidade do imposto federal (art. 7º, § 2º); vedação à União de discriminar estados e municípios em benefício de outros (art. 8º).

Além desses avanços, chama a nossa atenção a incorporação de princípios que, transplantados do sistema norte-americano, passaram a ter importância fundamental para estabelecer o equilíbrio do nosso federalismo, como foi a imunidade recíproca referente à tributação de bens, serviços e rendas públicas (art. 10) e a vedação da cobrança de impostos de fronteira (art. 10, 1º).

4.2. A Constituição de 1934

O período que intermedia a Primeira Constituição Republicana e a Carta de 1934 é de grandes transformações no cenário econômico, político e social mundial, que marcaram o início do século.

Faz-se notar, nesse período, que as teses liberais bem como o capitalismo como sistema produtivo, já consolidado nas nações industrializadas do Ocidente, vão gerando suas contradições históricas, fazendo eclodir no mundo novas reivindicações marcadamente influenciadas pelo pensamento socialista que começava a se esboçar como ameaça à hegemonia da classe dominante.

As idéias disseminadas por **Karl Marx e Engels** através da divulgação do manifesto comunista que proclama o proletariado de todo mundo a unir-se contra o capitalismo traz preocupações à ordem estabelecida. Se por um lado as inquietações sociais impõem um certo temor às elites econômicas dominantes, faz com que essas procurem de alguma

forma reciclar o seu pensamento, buscando abrir espaços para a consagração de alguns direitos sociais e previdenciários para a classe trabalhadora. Nesse período, há uma modificação generalizada nas constituições do Ocidente, capitaneadas pela constituição alemã de **Weimar**, considerada bastante avançada para a época, sendo tida como um marco histórico mundial por haver inaugurado as denominadas constituições sociais em contrapartida às liberais.

A Carta de 1934, apesar de sua curta duração, foi profundamente influenciada pelo documento alemão, estabelecendo uma série de regramentos que, ao menos formalmente, consagrava um estado social de direito, regulamentando a ordem econômica e social, intervindo na economia privada sempre que houvesse os denominados interesses públicos ou coletivos.

Essa carta espelhava as grandes transformações que ocorriam no país em que o capitalismo, marcadamente urbano, se confrontava com o conservadorismo rural que passava a perder terreno para o estabelecimento de uma nova ordem econômica e social que se desenhava.

Com bastante proficiência, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, comentando sobre o Estatuto Político de 34, observou:

*Esse estatuto político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, rompeu com a tradição até então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a constituição de **Weimar**.¹⁹*

1 BASTOS, Celso Ribeiro. A Constituição de 1934. In: **As Constituições no Brasil**.
 Brasília: Fundação Projeto Rondon, s.d. Fascículo 3, p.3.

No que se refere ao sistema tributário, a Constituição de 34, mesmo tendo repetido as falhas do sistema anterior, trouxe alguns avanços, notadamente no que concernia a uma melhoria na rigidez da discriminação de rendas com as seguintes inovações: definição dos tributos da competência privativa da União, Estados e Municípios; inovação na técnica para a repartição do produto financeiro dos tributos; definição do conceito de bitributação, impedindo que idênticos tributos fossem cobrados cumulativamente pela União e Estados; incorporação de novos tributos à competência da União e dos Estados, como o imposto do consumo e de renda (competência federal) e o imposto sobre vendas e consignações (competência dos Estados).

Era esse o perfil tributário de 1934. Tributos da União: impostos sobre: importação; consumo; renda e proventos de qualquer natureza; transferência de fundos para o exterior; atos emanados do seu governo, negócios de sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal; impostos a serem criados diferentes dos privativos, concorrentemente com os Estados, prevalecendo o imposto decretado pela União; taxas telegráficas, postais e outros serviços federais; taxas de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves; taxas de serviços federais e contribuições de melhoria. Tributos estaduais: impostos sobre: propriedade territorial, exceto a urbana; transmissão de propriedade *causa mortis*; transmissão de propriedade *inter vivos*; consumo de combustível de motor de explosão; vendas e consignações; exportação de mercadorias; indústria e profissões; atos emanados do seu governo e negócios de

sua economia; outros impostos a serem diferentes dos privativos em concorrência com a União, prevalecendo o decretado por esta; taxa de serviços estaduais e contribuições de melhoria. Tributos dos municípios: impostos de licenças; predial e territorial urbanos; sobre diversões públicas; cedular sobre a renda de imóveis rurais, taxas sobre serviços municipais e contribuição de melhoria. Ademais, ainda recebiam os municípios a metade da arrecadação do imposto de indústria e profissões e mais 20 % dos impostos não discriminados na partilha entre União e Estados.

No que tange aos direitos e proteção dos contribuintes, ficou estabelecida a vedação de se cobrar qualquer tributo sem lei especial que autorizasse (art.17, VII); vedação de tributar combustíveis produzidos no país para motores à explosão (art.17, VIII); vedação de cobrar impostos interestaduais e intermunicipais de viação ou de transporte que perturbassem a livre circulação de bens ou pessoas, ou dos veículos que os transportassem (art. 17, X); proibição de estabelecer diferença tributária em razão da procedência entre bem de qualquer natureza (art.19, IV).

4.3. A Constituição de 1937

Essa constituição denominada de “polaca”, em referência ao seu paradigma que foi a constituição polonesa, foi de inspiração tipicamente autoritária, advinda do golpe promovido pelo ditador Getúlio Vargas, tendo se inaugurado o período conhecido em nossa história constitucional como o “Estado Novo”.

Apesar de alguma unanimidade dos estudiosos em afirmarem que a Carta de 37 não trouxe maiores inovações ou avanços no que se refere à Constituição anterior pertinente ao sistema tributário nacional, cuidamos em observar especificamente no campo das instituições tributárias que foi nessa época criado o imposto único sobre a produção e o comércio, a distribuição e o consumo, inclusive a importação e a exportação do carvão mineral nacional e dos combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem, o que demonstrava a preocupação preponderante na época com teses nacionalistas e de protecionismo à economia nacional, repercutindo na seara da tributação.

Também foi nesse período que entrou em vigor o decreto-lei n.º 960 de 17.12.38, vigente até o ano de 1980, que instituiu o processo executivo fiscal, que tratava da cobrança judicial da dívida pública.

A propósito desse período, lapidar é o ensinamento do tributarista **Manoel Lourenço dos Santos** que arremata:

A constituição outorgada de 1937 não fez progresso nenhum no sentido da reorganização tributária do país: manteve o sistema anterior com todos os seus defeitos, retirando da competência municipal o imposto cedular sobre a venda das propriedades rurais, e insistiu na definição jurídica das formas impositivas, sem relacioná-las com os fatores econômicos que lhes servem de base. É que, ainda nesse estágio de civilização brasileira, pouca ou quase nenhuma atenção se dá aos aspectos extrafiscais dos tributos e aos seus efeitos sobre a vida econômica e soci-

al do país. Predominaram na tributação o empirismo, as improvisações de uma legislação ordinária distorciva dos preceitos constitucionais, que transformaram o nosso sistema num verdadeiro "manicômio jurídico-tributário", conforme a linguagem de Alfredo Augusto Becker.²⁰

4.4. A Constituição de 1946

No ano de 1946 é convocada uma Assembléia Nacional Constituinte, com o intuito primordial de restabelecer no país a democracia. Em 18.09.46 é promulgada a nova constituição.

Como se percebe, nessa época de pós-guerra, o mundo já se encontra dividido em dois blocos antagônicos, tendo o regime comunista se consolidado no leste europeu como poder hegemônico. No Brasil, o antagonismo de forças dividia o nosso Congresso em blocos e partidos políticos que representavam o conservadorismo reacionário e os progressistas de esquerda que se dividiam em socialistas democratas e em comunistas.

Nesse período que antecedeu à denominada "guerra fria", vivenciávamos um clima de democracia e de tolerância política que possibilitava uma clara atuação dos mais variados segmentos da sociedade. É nesse ambiente de democracia e de disputa entre forças antagônicas que é promulgada a nossa Constituição, por muitos tida como de inspiração social democrata, em que a questão da discriminação de rendas e o Sistema Tributário, de uma ma-

20 Ob. cit. p. 13.

neira geral, é retomado a partir da Constituição de 1934, adotando critérios diferentes de discriminação de rendas.

Tecendo comentários a respeito da Constituinte e Constituição Federal de 1946, o saudoso tributarista **Aliomar Baleeiro**, que na época figurou na qualidade de Constituinte, representando o Estado da Bahia asseverou:

*Pela primeira vez, na história política do Brasil, sentavam-se no parlamento fortes bancadas de comunistas (16) e de trabalhistas, de sorte que número considerável de proletários teve voto. As reivindicações dos proletários tiveram apoio prestimoso de vários Udenistas e até do pessedista Agamenon Magalhães. Alguns deputados eram operários de limitada instrução e até pretos, o que foi raríssimo na república velha.*²¹

Inegavelmente, o sistema tributário inaugurado pelo ordenamento de 46 caracterizou-se por emprestar uma nova dinâmica ao processo de discriminação de rendas, fortalecendo os municípios, dotando-os de tributação própria e lhes repassando determinadas participações na arrecadação de impostos da União e dos Estados-membros.

No sistema tributário de 1946 até a Emenda nº 10, eram os seguintes os impostos cobrados:

.....

²¹ BALEEIRO, Aliomar. A Constituinte e a Constituição Federal de 1946. In: **As Constituições no Brasil**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, s.d. v. 5. p.2.

a) Privativos da União:

- I – imposto sobre a importação de mercadorias ou de procedência estrangeira;
- II – imposto sobre o consumo de mercadorias;
- III – imposto sobre a produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, minerais do país e energia elétrica;
- IV – imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza;
- V – imposto sobre a transferência de fundos para o exterior;
- VI – imposto sobre negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal;
- VII – imposto sobre a propriedade territorial rural;
- VIII – impostos extraordinários;

b) Privativos dos Estados:

- I – imposto sobre a transmissão de propriedade *causa mortis*;
- II – imposto sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais;
- III – imposto sobre a exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro até o máximo de 5% (cinco por cento) *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais;
- IV – imposto sobre os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua justiça e os negócios de sua economia;
- V – impostos de competência concorrente;

c) Privativo dos municípios:

- I – imposto sobre a propriedade territorial urbana;
- II – imposto sobre a transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e sua incorporação ao capital de sociedades;
- III – imposto predial;
- IV – imposto de licença;
- V – imposto de indústria e profissões;
- VI – imposto sobre diversões públicas;
- VII – imposto sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

Além desses impostos, competia à União, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal cobrarem contribuição de melhoria e taxas.

Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, o novo Sistema Tributário Nacional fundamentou-se em três premissas: coexistência de três sistemas tributários autônomos (um para cada unidade federativa); adoção de uma classificação jurídica dos impostos e por fim a autonomia financeira das três entidades políticas da federação.²²

Entrementes, algumas críticas foram assacadas contra o Sistema Tributário estabelecido pelo Estatuto Político de 46; dentre outras poderíamos destacar: ausência de harmonia e conjunto na partilha dos tributos que obedecia mais a critérios políticos e não econômicos, gerando na sua cobrança, devido à multiplicidade de tributos específicos, uma superposição de incidências que terminava sobreonerando o consumidor; competência dos estados membros para a cobrança do im-

²² Ob. cit. p.143

posto de exportação quando esse tributo, por suas próprias características e peculiaridades, deveria estar sob a competência da União que é quem cuida do comércio exterior, além de interessar à própria política monetária como imposto regulatório da economia.

É de bom alvitre lembrar que durante o período de vigência da Carta em comento foram instituídas leis tributárias de grande importância como a lei n.º 854 de 10-10-49 que regulamentou a contribuição de melhoria, vigente até os dias atuais; a lei n.º 4320 e 17-03-64 que dispôs sobre normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, também vigente até a presente data. É ainda desse período a Emenda Constitucional n.º 7 de 22-05-64, que suspendeu até o dia 31-12-64 a vigência do princípio denominado de anualidade da lei tributária.

No que se refere às limitações ao poder de tributar do Estado, foram consagrados vários princípios de proteção ao contribuinte e ao próprio sistema federativo, dentre eles se destacando o art. 17, que vedava a União de decretar tributos que não fossem uniformes em todo território nacional; o art. 27 que vedava a União, Estados, D.F. e Municípios de estabelecerem limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, exceto a cobrança de taxas ou pedágios; o art. 31, I que proibia a União, estados, D.F. e municípios de tributarem-se entre si através de impostos (imunidade recíproca), cobrar impostos sobre templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e assistência social, papel destinado à impressão de jornais, periódicos e livros; art. 32 que proibia a discriminação tributária entre União, estados, D.F. e municípios em razão da procedência dos bens.

Ademais, ainda estabeleceu no capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais, no art. 141, § 34 que

nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.

Percebe-se da dicção, que além de estar consagrado o princípio da estrita legalidade, encontrava-se assegurado em favor do contribuinte o denominado princípio da anualidade da lei tributária, que determinava a obrigatoriedade da inclusão do tributo criado ou majorado nas leis orçamentárias que eram anuais, só podendo o tributo ser cobrado ou majorado se anterior ao exercício tributário subsequente. Tal garantia, no dizer do insigne Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, resguarda o contribuinte de ter o dissabor de ver um determinado tributo ser instituído ou majorado no mesmo exercício tributário, além de exigir que essa lei constasse formalmente do orçamento anual da União, Estados, D.F. ou Municípios. Assim prelecionando:

Cumprе esclarecer, primeiro que tudo, que os princípios da anualidade e da anterioridade diferem, se visualizados com rigor da técnica constitucional-tributária. É que o princípio da anualidade contém um plus em relação ao princípio da anterioridade: enquanto este exige, apenas, a anterioridade da lei em relação à data inicial do exercício para a cobrança do tributo,

*aquele compreende a anterioridade da lei e mais a autorização orçamentária.*²³

4.5. A Reforma Tributária Advinda da Emenda Constitucional nº 18 de 1º-12-65

Em 31.03.64 mergulha a nossa nação em um dos momentos mais negros de sua história. Insuflados por grupos políticos não hegemônicos, marcadamente minoritários e com pretensões golpistas, os militares derrubam o presidente constitucional do país e instauram uma ditadura militar, iniciando uma série de modificações no sentido de adequar o país à nova ideologia emergente.

Sem embargo, sob o influxo do final dos anos 50 e início dos 60, estava o nosso país vivenciando as grandes transformações que ocorriam no mundo inteiro. Os ideais da bem sucedida revolução cubana empolgavam segmentos de nossa intelectualidade. O país atravessava um clima de profundas modificações sociais e políticas com a proposta de reforma agrária e a esquerdização do poder. No âmbito da política internacional, os Estados Unidos empreendiam uma disputa militar de demonstração de poderio armado com a União Soviética, chegando a ameaçar a paz do mundo que vivia época de grandes conturbações e sobressaltos. Nesse contexto, é golpeada a Constituição de 46 e estabelecida uma nova ordem dita "revolucionária", que passa a governar a nação através de atos institucionais, remanescendo algumas disposições constitucionais do antigo regime. Na esteira de medidas a serem tomadas pelo recente

²³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 253

governo, havia a pretensão em se reestruturar o nosso sistema tributário, que na visão dos tecno-burocratas que geriam o atual regime, necessitava urgentemente adaptar-se aos reclamos de desenvolvimento econômico e avanço tecnológico propugnado pelos novos “donos do Poder.” Dessa forma, foi criada uma comissão para promover a reforma tributária, que contou com a participação de Luiz Simões Lopes, presidente; o jurista Rubens Gomes de Souza como relator e mais Gerson Augusto da Silva, Sebastião Santana e Silva, Gilberto de Ulhoa Canto e Mário Henrique Simonsen como membros. Trabalhou essa comissão, no sentido de desenvolver esforços para a criação de um novo sistema tributário que fosse mais racional e sistematizado que o de 1946, dando condições a que os tributos viessem a ser classificados de acordo com a realidade econômica do país e não baseados em critérios meramente jurídicos, como era no sistema anterior. Pensava também a comissão que a discriminação de rendas tributárias deveria pôr em destaque os encargos econômicos das entidades político-administrativas componentes da nova federação, visando com isso a proporcionar um funcionamento econômico harmônico e coerente do regime federativo.²⁴

Dessa forma, no dia 1º de dezembro do ano de 1965 é aprovada a Emenda Constitucional nº 18 que reformou substancialmente o nosso sistema tributário. O mais curioso diante de tais circunstâncias é que a Emenda foi feita à Constituição de 1946, mas que ironicamente permaneceu como peça separada dessa Carta Política, vindo mais tarde a se integrar à constituição outorgada pelos militares em 1967.

²⁴ C.F. MORAES, Bernardo Ribeiro de. ob. cit. p.150

Conforme o relatório da comissão, cujo relator consoante já consignado foi o saudoso tributarista Rubens Gomes de Souza, a reforma tributária foi centrada em duas premissas básicas: a primeira “a consolidação dos impostos de idêntica natureza em figuras unitárias, definidas por via de referência às suas bases econômicas”; a segunda “na concepção do Sistema Tributário como integrado no plano econômico e jurídico nacional”.²⁵

É importante relevar que com as reformas e as premissas básicas de sua determinação, os impostos foram classificados no novo sistema tributário de acordo com suas bases econômicas. Dessa maneira, os impostos assim se dividiam: sobre o comércio exterior, sobre o patrimônio e a renda, sobre a produção e a circulação, e os impostos especiais. Dessa arte, a discriminação de rendas firmada pela reforma tributária adquiriu o seguinte perfil:

1 – Tributos de Competência da União:

- impostos sobre o comércio exterior: sobre a exportação e importação de produtos estrangeiros;
- imposto sobre o patrimônio e a renda: sobre a propriedade territorial rural e sobre renda e proventos de qualquer natureza;
- impostos sobre a produção e a circulação: sobre produtos industrializados, sobre operações de crédito, câmbio, seguro e valores mobiliários e títulos, impostos sobre serviços de transporte e comunicação (salvo o de natureza municipal);

²⁵ Apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Fundação Getúlio Vargas, reforma da discriminação constitucional de rendas* (anteprojeto). Rio de Janeiro, 1965. Primeiro relatório, 1-4

- impostos especiais: sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de combustíveis e lubrificantes líquidos ou gasosos. Impostos sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica, imposto sobre produção, circulação ou consumo de minerais do país.
- impostos extraordinários
- taxas
- contribuições de melhoria

2 – Tributos de Competência dos Estados:

- impostos sobre o patrimônio e a renda: sobre a transmissão de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis.
- impostos sobre a produção e a circulação: sobre operações relativas à circulação de mercadorias.
- taxas
- contribuições de melhoria.

3 – Tributos de Competência dos Municípios:

- impostos sobre o patrimônio e a renda: sobre a propriedade predial e territorial urbana
- impostos sobre a produção e a circulação: imposto sobre a produção e a circulação de mercadorias, com base na legislação estadual e por alíquota não superior a 30% (trinta por cento)
- impostos sobre serviços de qualquer natureza
- taxas
- contribuições de melhoria

Ademais, ainda criou um sofisticado mecanismo de redistribuição de rendas entre os entes Político-administrativos da Federação, sob a forma de quotas de participação.

Como se pode perceber, o novo sistema tributário, apesar de indicar um avanço em termos de técnica e sistematização de tributação em países de organização federativa, como o nosso, deixou transparecer com clarividência a ideologia autoritária dos militares que, através de uma política de concentração de Poder, centralizaram sob o seu tacão a discriminação de rendas, esvaziando a autonomia financeira dos Estados e Municípios que permaneceram, praticamente, com duas modalidades de impostos em sua competência tributária.

De toda sorte, não se pode deixar de reconhecer que ao menos sob dois aspectos tivemos uma maior racionalização no novo sistema tributário: o primeiro deles, no que tange ao imposto sobre a exportação, que negando a nossa tradição histórica, passou à competência do Poder da União por sua peculiaridade de tributo regulatório da economia; a criação do ICM como tributo de natureza não cumulativa, em substituição ao IVC que era de natureza eminentemente inflacionária; a segunda, a criação do Código Tributário nacional que adquiriu foros de lei complementar, passando a dispor sobre o sistema tributário de uma maneira geral, disciplinando competência, definindo os tributos e ainda dispondo sobre normas gerais de direito tributário, legislação tributária, obrigação, crédito e administração tributária.

No que diz respeito às limitações ao poder de tributar, manteve todos os princípios norteadores da Carta de 1946, modificando a anualidade tributária que no sistema da reforma passou a incidir apenas com relação aos impostos sobre o patrimônio e sobre a renda.

4.6. A Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969

Os anos avançam e o regime militar tenta se consolidar no poder, outorgando uma Carta Política em 24-01-67, porém de curta duração, porquanto dois anos após é substancialmente modificada pela Emenda n.º 1 de 17-10-69.

Durante o curto período de duração, no que se refere ao nosso sistema tributário, a constituição de 1967 nada inovou a respeito.

O mais interessante de tudo é que adotou todas as diretrizes determinadas pela reforma tributária implementada pela Emenda n.º 18 de 1965, ratificando a nomenclatura econômica utilizada na citada reforma. Não obstante a mesmice do sistema tributário preconizado pela reforma de 1965, o constituinte de 1967 quebrou a rigidez do dito sistema, outorgando competência à União para decretar outros impostos além dos já existentes “desde que não tivessem base de cálculo e fato gerador idêntico aos dos impostos previstos.” É a volta do princípio da competência residual da União para decretar outros impostos fora dos previstos na Constituição.

A intenção em adotar o sistema tributário advindo da reforma de 1965 ficou expressamente delineada quando na exposição de motivos do Ministro da Justiça, tratando sobre tributação, afirmou esse que:

no que se referia a sistema tributário é o que ficou estruturado na Emenda Constitucional n.º 18 de 1965, aprovada pelo Congresso Nacional, após exaustivos estudos

*e debates e cuja execução já se iniciou mediante leis e decretos-lei de recente vigência.*²⁶

Tudo indicava que os desideratos preconizados pelo movimento golpista de 1964 não estavam caminhando como esperado. Tal expectativa se configura com a existência de núcleos de descontentamento verificados dentro de setores do próprio poder. Por outro lado, o Brasil se desenvolvia economicamente acompanhando o “pool” mundial de edificação de um capitalismo forte e bem estruturado internacionalmente para, sob a liderança dos Estados Unidos, espalhar-se pelo planeta na tentativa de unificar as ações do chamado bloco ocidental contra o “perigo” da disseminação do comunismo ateu que sob a batuta soviética “tentava dominar o mundo”. Estava sendo delineado o período do “milagre”.

Essa foi uma época de endurecimento e perseguições políticas, definindo-se claramente um segmento social que não concordava com o regime, procurando contestá-lo, indo inclusive às últimas conseqüências com determinados setores aderindo à luta armada.

É nesse contexto econômico e político que mais uma vez é tentada uma nova ordenação institucional nos rumos do país, com a outorga da Emenda Constitucional n.º 1, proposta em 17.10.69.

Essa Emenda adquiriu foros de tamanha profundidade que foi considerada pelos estudiosos e analistas políticos da época como uma nova Constituição, merecendo por parte do constitucionalista Carlos Augusto Alcântara Machado o seguinte comentário:

²⁶ Apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 13 dez. 1966.

Pouco mais de dois anos depois de promulgada a Magna Carta de 1967 com o intuito de mais uma vez unificar o texto do nosso mais importante Diploma Legal, consolida-se a crise constitucional brasileira, quando três ministros militares, usando das atribuições conferidas, ilegitimamente, pelo art. 3º do ato institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, promulgam a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, pondo praticamente fim à constituição de 1967, vez que a modificou em quase sua totalidade.

Estava efetivada a crise constitucional brasileira. A ordem constitucional inteiramente subvertida. E foi com muita felicidade que o ilustre mestre Seabra Fagundes afirmou que “o Brasil é, possivelmente, o único país a não ter uma Constituição e sim uma Emenda.”²⁷

Entretanto, as modificações efetivadas pela Emenda em comento em termos político-institucionais não afetou a nossa estrutura tributária edificada em 1965 pela emenda nº 18. Ficou mantido o sistema de unificação nacional dos tributos com os impostos conservando a sua classificação pelas bases econômicas, mantida também a discriminação de rendas e as competências impositivas anteriores.

No que concernia às limitações ao poder de tributar foram efetivadas algumas modificações e empreendidos outros reforços, sendo assegurados aos cidadãos contri-

²⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *As Constituições do Brasil: a Constituição de 1967* [s.l.]: Fundação Projeto Rondon, s.d. v. 6, p.6.

buintes alguns direitos individuais tais como: a manutenção do princípio da estrita legalidade tributária; a vedação de limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais e intermunicipais; manutenção da imunidade recíproca entre as pessoas jurídicas de direito público interno e sobre os templos de qualquer culto, partidos políticos e instituições de educação ou assistência social, além das imunidades sobre livros, jornais, periódicos e papéis destinados às respectivas impressões.

Como se pode observar, a política de proteção aos direitos e garantias individuais do contribuinte e do sistema federativo permaneceram incólumes desde a Emenda nº 18. Entretanto, algumas modificações foram efetivadas com a permissão de que a União viesse a conceder isenções heterônomas, ou seja, decretar a isenção de impostos da competência dos Estados-membros e dos municípios desde que obedecidos os requisitos do relevante interesse social ou econômico nacional. O princípio da anualidade tributária foi varrido de vez do nosso sistema tributário, passando a vigorar apenas o princípio da anterioridade da lei, sendo, tal modificação, ao nosso ver, um retrocesso no que se referia à proteção do contribuinte. E, por último, ficou vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa, salvo exceções previstas em lei.

No que diz respeito propriamente à discriminação de rendas e competência impositiva dos tributos, consoante linhas atrás ficou dito, não ocorreram maiores modificações no quadro, razão porque se cuida em remeter o leitor para a discriminação de rendas estatuída pela Emenda nº 18/65.

Todavia, impõe-se observar que o sistema tributário implementado pela Emenda nº 1/69 acresceu à competência da União mais duas espécies de tributos, estatuída a possibilidade da União instituir: contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse de categorias profissionais ou para o custeio da seguridade social e do empréstimo compulsório nos casos definidos por lei complementar.

Durante o período em que vigorou, o sistema tributário nacional implementado pela Emenda Constitucional nº 18/65 não sofreu maiores alterações pelos ordenamentos constitucionais subsequentes, conforme demonstrado. Entrementes, a estrutura tributária montada não resistiu à sucessão de crises que marcaram o período mais recente de nossa história, desde a denominada fase do “milagre brasileiro” até os anos 80, quando se iniciou o processo de redemocratização e distensão política.

Por quase todo esse período, a crise econômica advinda de nossa debilitada estrutura produtiva, das desigualdades regionais agravadas por um quadro de pobreza e de penúria social, com uma das mais deficientes distribuições de rendas verificadas em nossa história, aliadas ao aumento da dívida externa e interna, transformou a nossa nação em um dos países mais empobrecidos do planeta, urgindo que se efetivassem reformas que realmente viessem a resgatar a dignidade de nosso povo e de nossa história. E foi com este propósito de soerguimento político institucional da Nação, que foi convocada no ano de 1988 a Assembléia Nacional Constituinte que promulgou a constituição vigente desde o dia 05.10.88.

4.7. O Sistema Tributário Atual

Em 5 de outubro do ano de 1988 entra em vigor a atual Constituição da República Federativa do Brasil, destinando o seu título VI à tributação e ao orçamento, consagrando todo um capítulo desse título ao Sistema Tributário Nacional. Procedendo a um exame histórico do desenvolvimento do nosso sistema tributário, notadamente se cotejarmos as modificações ensejadas pelo constituinte de 88 com a modificação ocorrida com a Emenda nº 18 de 1965, iremos concluir que a constituição vigente apenas reestruturou o nosso sistema, não tendo ocorrido, propriamente, uma reforma tributária nos termos do que preconizou a citada Emenda de 1965. Entretanto, não se pode negar que mudanças substanciais ocorreram, quer no que concerne ao aspecto estrutural do sistema, que com a nova redação adquiriu características mais lógicas e racionais, quer no que diz respeito à criação de novos tributos e à institucionalização de um efetivo estatuto de defesa do contribuinte, dando um cunho de maior efetividade aos denominados direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

O espírito que norteou o constituinte de 1988 foi fruto de todas as contradições vivenciadas pelo país durante o regime de ditadura militar. Houve uma preocupação preçipua em se resgatar a autonomia administrativa e financeira dos Estados e Municípios pois, sob o tacho militar, concentraram-se as rendas na mão do governo central. Também houve uma certa preocupação em se corrigir as desigualdades regionais, possibilitando a criação de mecanismos que viessem a dar um tratamento fiscal privilegi-

ado a determinadas regiões empobrecidas do país; se tentou uniformizar a política tributária nacional, utilizando-se da lei complementar como instrumento de unificação e coerência do sistema como um todo; enfim, deu-se um tratamento progressivo na definição do imposto de renda, em observância aos princípios da capacidade contributiva e da personalização do tributo, além de se emprestar um cunho mais seletivo ao IPI e possibilitar que essa seletividade viesse também a alcançar o ICMS.

Ainda o novel sistema organizou as modalidades de tributos, concentrando-os topograficamente na seção denominada “dos princípios gerais”, classificando as espécies de tributos admitidos pelo nosso ordenamento como impostos, taxas, contribuições de melhoria, e mais à frente dispoñdo sobre os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais que podem ser de intervenção no domínio econômico, no interesse de categorias profissionais ou econômicas, e para custear a seguridade social.

Manteve o atual sistema, na competência da União, a prerrogativa de criar impostos mediante lei complementar, que sejam não -cumulativos e que não tenham o mesmo fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição, prerrogativa essa denominada de competência tributária residual da União, como também o poder de criar impostos extraordinários na iminência ou na hipótese de guerra externa.

Ademais, consagrou como princípios gerais o caráter pessoal e a capacidade contributiva do contribuinte no que se refere à instituição dos impostos.

No que diz respeito às limitações ao poder de tributar do Estado, consolidou-se um verdadeiro estatuto de

proteção ao contribuinte, conservando princípios que historicamente sempre estiveram situados em nossas constituições, bem como criando outros mecanismos de garantia constitucional aos ditos contribuintes, dentre eles se destacando a estrita legalidade tributária; proibição de tratamento desigual a contribuintes que estejam em situações equivalentes (isonomia tributária); proibição da retroatividade da lei tributária e o princípio da anterioridade; proibição de utilização do tributo com efeitos confiscatórios; vedação da limitação de tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais e intermunicipais; princípio da imunidade tributária; vedação de anistia ou remissão tributária ou previdenciária sem lei específica da entidade pública competente, etc.

Além de proteção propriamente dita aos contribuintes, o constituinte de 88 também se preocupou com o fortalecimento da federação, fazendo uma série de restrições ao poder de tributar da União a saber: proibindo-a de instituir tributos não uniformes no território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação aos Estados, Distrito Federal ou Município; proibindo-a de tributar a renda da dívida pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos em níveis superiores aos fixados para sua obrigação e para os seus agentes; proibindo-a de conceder isenções heterônomas, ou seja, isenções de tributos que sejam da competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios, dentre outras.

O sistema tributário vigente discriminou as receitas e estabeleceu competências, tendo atualmente o seguinte

perfil, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17-03-93:

Impostos de competência da União: importação e exportação; rendas e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro relativos a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural e sobre as grandes fortunas, sendo que esse imposto (não se sabe por conta de que interesses) até a presente data não pode ser cobrado por falta de regulamentação, pela ausência de lei complementar específica.

Além desses impostos, compete exclusivamente à União instituir empréstimos compulsórios e contribuições especiais, e mais outros impostos no uso de sua competência residual, observadas as limitações prescritas no art. 154, inc.I da Carta Política em comento, além dos impostos extraordinários de guerra, conforme já realçado.

É da competência comum da União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal instituir taxas e contribuições de melhoria.

Impostos da competência dos Estados – membros e do Distrito Federal: transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; propriedade de veículos automotores.

Além desses impostos, é da competência estadual e distrital instituir taxas e contribuições de melhoria, além de contribuições cobradas de seus servidores para o custeio em benefício desses de sistemas de previdência e assistência social.

Impostos da competência dos Municípios: propriedade predial e territorial urbana; transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bem imóveis, por natu-

reza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; serviços de qualquer natureza.

Compete também aos Municípios instituir taxas e contribuições de melhoria, e mais contribuições cobradas de seus servidores para o custeio em benefício desses de sistemas de previdência e assistência social.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante de tudo que foi visto, podemos inferir que o desenvolvimento histórico do nosso sistema tributário e, em particular, das limitações ao poder de tributar do Estado, estiveram sempre condicionados pelas urgências advindas da dinâmica de nossa sociedade, forjada e influenciada por fatores característicos de nossa cultura, em simbiose com as culturas alienígenas, retratando nas nossas instituições tributárias as contradições e os avanços do sistema jurídico positivo brasileiro, nos vários períodos de sua formação até o momento atual, fornecendo os elementos necessários para que pudéssemos compreender melhor as nossas instituições tributárias diante dos tipos de sociedade que marcaram sua existência, dominaram por todo o período de sua evolução.²⁸

Dessarte e considerando o que foi examinado, podemos concluir que:

* * * * *

²⁸ No dizer de Franz Wieacker "os grandes períodos da história jurídica foram sempre constituídos por épocas nas quais a imagem do direito dos juristas estava consciente ou inconscientemente em consonância com a imagem da sociedade dominante nesse tempo." *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.716-717.

Durante o período inicial de sua formação, notadamente no Brasil colônia, não podemos denominar de sistema tributário o cipoal de tributos que eram cobrados pela Coroa Portuguesa e pelos governos locais por inexistir coerência e uma certa harmonia, dando a noção de unidade que deve caracterizar um sistema. Dessa forma, podemos dizer que naquela época existia um regime tributário e não um sistema tributário.

Com a independência e a emancipação política do Brasil, a nossa primeira constituição promulgada em 25-03-1824 conferiu os primeiros contornos de sistema ao nosso ordenamento tributário, bastante tímido, é verdade, mas que destacava um traço evolutivo em nossas instituições, criando a citada constituição uma monarquia unitária em que a discriminação de rendas era concentrada no Poder Central, que administrava o orçamento dotando as províncias e os municípios de verbas, inviabilizando, dessa forma, as suas autonomias financeiras. Também é na Constituição Imperial que irão surgir os primeiros institutos de limitação ao poder de tributar do Estado, evidentemente sob a influência do emergente liberalismo europeu que consagrava em suas constituições o respeito aos direitos e garantias do contribuinte, protegendo os seus patrimônios dos arbítrios do sempre presente fiscalismo estatal.

Podemos também afirmar que o sistema tributário inaugurado pelo regime republicano, notadamente pela Constituição de 1934, marcou profundamente a evolução de nossas instituições tributárias, no que se referia às novas técnicas de discriminação de rendas que foram implantadas, com o fortalecimento de nosso sistema federativo e um notável avanço nos princípios e institutos limita-

tivos do poder de tributar do Estado, com uma maior garantia e proteção aos direitos do contribuinte.

Também, ficou evidenciado que até a constituição de 1946 o nosso sistema tributário não pode ser considerado um sistema de discriminação rígida de competência, porquanto até então desconhecia as técnicas de classificação da base econômica dos tributos.

Outra conclusão incontestável que podemos destacar é a de que a reforma tributária realizada pela Emenda Constitucional n.º 18/65 trouxe, efetivamente, mudanças radicais no nosso pensamento tributário, reforma essa determinada por uma nova realidade econômica que começava a se esboçar no país, tecnicizando e economicizando os fatos ensejadores de tributação, dando um aspecto mais rígido e sistemático, apesar de se ter verificado uma forte tendência de concentração de rendas em Poder da União e um enfraquecimento do sistema federativo, com a redução da autonomia financeira dos Estados e municípios, o que caracterizava, sem embargo, a ideologia do regime militar que assumia as rédeas políticas da nação.

Por fim, não seria absurdo concluirmos que os contornos adquiridos pelo atual sistema tributário, com a colaboração determinada pela Constituição de outubro de 1988, foram estruturados pela citada Emenda n.º 18/65, sem que as modificações efetivadas viessem a caracterizar uma ruptura jurídico-institucional com o antigo regime de tributação, sendo inegável que obtivemos alguns avanços, principalmente no que concerne à criação de novos tributos e a uma melhor sistematização e ordenamento na proteção ao direito dos contribuintes, perfilados no denominado Estatuto Constitucional de Defesa do Contribuinte.

6. REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 4. d. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

BALEEIRO, Aliomar. A Constituinte e a Constituição Federal de 1946. In: **As Constituições no Brasil**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, s.d. v. 5.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. A Constituição de 1934. In: **As Constituições no Brasil**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, s.d. v.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, Ed. Projeto Rondon, 1991. (Coleção às Constituições no Brasil, v. 1 a 6)

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. Tomo I

_____. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. Tomo II.

_____. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1954.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Constituição de 1967. In: **As Constituições no Brasil**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, s.d. v. 6.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Compêndio de Direito Tributário**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Novo Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

SANTOS, Manoel Lourenço dos. **Direito Tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.

SOUZA, Rubens Gomes. **Compêndio de Legislação Tributária**. Ed. Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: SUPERAÇÃO DA SOBERANIA OU APENAS MODIFICAÇÃO DE SUA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA?

Luciana Fernandes Portal de Lima

Advogada. Graduiu-se em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, tendo exercido monitoria nas disciplinas Direito Constitucional III, Direito Tributário I e Direito Processual Penal II. Foi pesquisadora do PIBIC/CNPQ, no período de agosto de 2001 a agosto de 2002, desenvolvendo trabalho que teve como tema também a soberania do Estado, sob a orientação do professor Michel Zaidan Filho.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO, ORIGEM DO VOCÁBULO E FORMAÇÃO HISTÓRICA; 3. DISTINTAS CONCEPÇÕES DE SOBERANIA ESTATAL AO LONGO DA HISTÓRIA. 4. SOBERANIA ESTATAL E ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO MONISMO E DUALISMO JURÍDICOS. 4.1. O Monismo Jurídico na Visão de Hans Kelsen e suas Implicações com o Conceito de Soberania. 4.2. Monismo Jurídico com Supremacia do Direito Internacional e a Conceituação Jurídica de Soberania Estatal. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O avultamento de uma ordem jurídica internacional pretensamente sobreposta aos seus Estados componentes tem suscitado na contemporaneidade diversos questionamentos acerca da tradicional conceituação jurídica da soberania estatal.

Doutrinadores existem que, entendendo ser a soberania um obstáculo à paz mundial e ao progresso do direito internacional, asseveram a supressão do seu conceito da organização do Estado moderno.¹

1 Cita-se como exemplo Reginaldo Nunes, em artigo escrito à Revista da Ordem dos Advogados do Brasil (Ver nota completa na bibliografia). Veja-se também: GIL, Otto Eduardo Vizeu. A Soberania Absoluta e o Direito Internacional Público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.35, n.140, p. 171-173, out/dez.1998).

Hans Kelsen, jusfilósofo alemão, a respeito da coexistência de diversos Estados igualmente soberanos na ordem internacional, vislumbra duas hipóteses jurídicas: a) supremacia do ordenamento jurídico estatal ou b) supremacia do ordenamento jurídico internacional.²

Segundo o eminente publicista, para se admitir a supremacia do ordenamento jurídico estatal, tem de se acolher a idéia de que não há nenhum ordenamento acima do Estado, nem mesmo o direito das gentes. Igualmente, o primado do ordenamento jurídico internacional afasta a idéia de uma soberania dos Estados.

Consoante o escritor alemão, ambas as hipóteses são juridicamente equivalentes, sendo a decisão por uma ou por outra de ordem filosófico-ética.

A conceituação jurídica da soberania postulada tradicionalmente pelos doutrinadores, regra geral, sempre levou em consideração a necessidade de convivência de Estados soberanos, preconizando além de uma aceção positiva para o termo (a soberania como o caráter supremo do poder estatal de impor sua vontade aos seus súditos), uma aceção negativa, no sentido de que a vontade estatal não pode subordinar outros Estados igualmente soberanos.

Modernamente, entretanto, esse princípio já não é suficiente, haja vista o desenvolvimento de uma ordem internacional presente não só nos espaços ditos "*res communis*", mas também nos domínios territoriais de cada Estado, o que impõe a reelaboração conceitual ou superação da soberania.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.527, 537, 538.

Não obstante a polêmica de sua conceituação e as alegações de superação do seu conceito na ordem internacional contemporânea, a soberania é mencionada pela maior parte das constituições modernas e documentos do direito internacional, ocupando lugar de destaque nos meios de comunicação.³

Eis a problemática objeto do presente estudo: diante da ordem jurídica internacional, o conceito de soberania resulta superado ou carece apenas de reformulação?

A tese de supressão da soberania da organização estatal esbarra com a relevância do conceito, utilizado ora para resguardar os interesses dos Estados subdesenvolvidos frente à supremacia dos grandes Estados e poderosos centros financeiros, ora para possibilitar a vida em sociedade, inconcebível sem um poder de decisão em última instância.

A concepção da soberania dos Estados, no âmbito de uma ordem jurídica internacional, por outro lado, impõe uma reelaboração do seu conceito, que não mais pode ser entendido como o poder supremo, ilimitado do Estado no âmbito do seu território.⁴

3 A Constituição Federal Brasileira de 1988, por exemplo, elenca a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso I). A Carta da Organização das Nações Unidas, proclama, da mesma maneira, no art. 2º, n. 1, que a "organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros". No Brasil, é comum falar-se nos noticiários que o Fundo Monetário Internacional tem afetado a soberania nacional ao impor ao País obediência à determinada política econômica. Na mídia internacional, v.g., a temática sempre vem à tona com a possibilidade de intervenção da ONU em alguns Estados, para proteção de direitos humanos na iminência de violação. Veja-se o exemplo de Kosovo.

4 "Passamos por um momento de reorganização do espaço político e social, de uma ordem econômica e política internacional que não mais se assenta em Estado-nação, porém em unidades supranacionais e subnacionais, ou seja, a desterritorialização sugere a formação desses grupos ou blocos de interesses econômicos e políticos, tais como: a União Européia, o Mercosul, o Nafta, o acordo dos Tigres Asiáticos, a Apec e a Alca." Z Aidan Filho, Michel. *O Fim do Nordeste & Outros Mitos*. São Paulo: Cortez, 2001. Coleção Questões da Nossa Época, v. 82 p. 78. Veja-se também: LEAL, Rosemíro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial. A Crise Jurídica das Economias Nacionais*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999 e ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 151 e ss. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Estado no Limiar do Novo Século. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 81-90, jul./set., 1999. BONAVIDES, Paulo. *As Multinacionais e a Desnacionalização do Estado e da Soberania. Revista de Informação Legislativa*, out./dez. 1974. p. 13-30. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

2. CONCEITO, ORIGEM DO VOCÁBULO E FORMAÇÃO HISTÓRICA

Consiste a soberania na

*qualidade que o Estado possui, na esfera de sua competência jurídica, de ser supremo, independente e definitivo, dispondo, portanto, de decisões ditas em último grau pela sua própria vontade e que pode impor inclusive por sua vontade coativa.*⁵

Não se constitui a soberania, segundo o entendimento da Teoria Geral do Estado, em um elemento constitutivo da organização estatal. Elementos constitutivos do Estado são três: população, território e governo. A soberania, nesse sentido, se configuraria como um caráter necessário a um dos elementos do Estado, qual seja, o governo.

Não se confunde a soberania, ademais, com o poder estatal. A soberania não designa uma potestade, mas um certo grau de potestade, o caráter supremo do poder estatal.

Os autores, quase que em sua maioria, situam a origem do vocábulo soberania no latim medieval “*superanus*” e “*superanitas*” e, mais proximamente, no francês “*souveraineté*”.

5 MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 148. Veja-se o conceito de Hermann Heller sobre a soberania: “(...) *Consiste ésta en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de maneira definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo, y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio. La soberanía supone, según eso, un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes, organizados ou no, que existen en el territorio; lo significa que tiene de ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo. El Estado es la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio.*” *Teoria Del Estado*. Pánuco, 63 – México. Fondo de Cultura Economica. p. 271.

Jellinek situa a formação histórica da soberania nos fins da Idade Média, quando do conflito entre o Rei, o Império Romano, a Igreja e os senhores feudais. Surge a soberania como elaboração teórica justificadora da preponderância da autoridade do rei sobre as demais esferas sociais. Jellinek desconhece a noção de Estado soberano na antigüidade greco-romana, haja vista a inexistência, nessa fase, de oposição entre o poder político e outros poderes, requisito reputado como essencial, segundo aquele publicista, à noção de soberania.⁶

Pinto Ferreira, não obstante entender que o desenvolvimento da soberania estatal se deu de fato nos fins da Idade Média, discorda de Jellinek, afirmando que a soberania é um dado inicial da Sociologia, existindo onde há poder de decisão em última instância, até mesmo entre as comunidades primitivas.⁷

3. DISTINTAS CONCEPÇÕES DE SOBERANIA ESTATAL AO LONGO DA HISTÓRIA

A soberania assumiu durante a história variadas conceituações. Pinto Ferreira, em sua obra, cita seis: as concepções teocrática, democrática, jurídica, decisionista, negativista e pluralista da soberania, as quais pretende-se nessa oportunidade elucidar.⁸

A concepção teocrática, em linhas gerais, identifica uma origem divina para a soberania. Paulo Bonavides a

6 FERREIRA, Luiz Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 205-207.

7 *Idem ibidem*, Veja-se também: LITRENTO, Oliveiros. A Soberania em Mudança. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 50-97, ago. 1984., DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48.

8 FERREIRA, Luiz Pinto. Ob. cit. p. 205-340.

subdivide em três correntes: a doutrina da natureza divina dos governantes (identifica o monarca com o próprio Deus na terra, digno de culto e veneração); a doutrina da investidura divina, que concebe o rei como o representante direto de Deus, devendo os povos a ele obediência, dada a origem divina do seu poder; e a doutrina da investidura providencial, que admite apenas a origem divina do poder, sendo a designação dos governantes obra dos homens e não da divindade.⁹

A concepção democrática da soberania a fundamenta não em Deus, mas no próprio homem. Subdivide-se em duas correntes: a doutrina da soberania popular, que fundamenta a soberania no povo (a soberania popular seria concebida como a soma das distintas frações de soberania pertencentes a cada indivíduo); e a doutrina da soberania nacional, que considera a nação como titular do poder soberano.

Segundo Paulo Bonavides, o que as distingue são os efeitos da participação política do eleitorado, a qual na primeira se universaliza a todos os cidadãos, na medida em que todos são titulares de uma parcela da soberania; e na segunda, circunscreve-se apenas àqueles que a nação investir na função de escolha dos governantes.¹⁰

A chamada concepção jurídica vai fundar a soberania não numa entidade supra-sensorial nem na nação ou povo, mas no próprio Estado. É o Estado como fundamento da soberania. Pinto Ferreira aí vislumbra três escolas de pensamento: as escolas francesa, alemã e anglo-americana.¹¹

9 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 128-130.

10 *Idem, ibidem*.

11 FERREIRA, Pinto. ob. cit. p. 271-314.

A escola francesa identifica a soberania como elemento essencial à definição do Estado. Foi fundada por Jean Bodin, o criador da concepção geral da soberania. Em geral, a escola francesa estabelece como limites ao poder supremo do Estado os direitos individuais dos membros da coletividade.

A escola alemã, diferentemente, não entende ser a soberania elemento essencial ao Estado. Entende, ao contrário, existir Estados soberanos e não-soberanos.

Acerca disso, Laband afirma que a soberania é apenas o símbolo do Estado perfeito, identificando como inerente à organização estatal não a soberania mas o chamado direito próprio de dominação.¹²

Conceitua a escola alemã a soberania como a competência da competência: o Estado, em virtude de sua soberania, delimita a sua própria competência bem como a dos indivíduos e coletividades por ele abrangidos.

No que concerne aos limites da soberania, a escola alemã preconiza a idéia da "autolimitação", segundo a qual os únicos limites ao Estado são aqueles por ele mesmo estabelecidos. Nesse contexto, Jellinek ressalta que a soberania não é a onipotência do Estado. Sendo ela um poder jurídico, está submetido ao Direito. Só que como o Direito é criado pelo Estado, ele mesmo pode alterar os limites à sua soberania, desde que se imponha novos limites.¹³

12 LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Apud FERREIRA, Pinto., ob. cit., p. 281-283.

13 Verificando Ihering o perigo daquela autolimitação, na medida em que admite a violência completa do ordenamento jurídico, afirma que o Estado se obriga pelo Direito que criou, salientando que a ordem só é verdadeiramente garantida quando o Estado respeita as normas por ele mesmo estabelecidas. Veja-se em FERREIRA, Pinto. Ob. cit. p. 281-284.

Kelsen, também adepto da concepção jurídica (escola alemã), entendendo o Estado como um sistema normativo, compreende a soberania não como um poder mas como a unidade e validade de um sistema de normas.¹⁴

A respeito da coexistência de dois ou mais Estados soberanos, Hans Kelsen prevê duas hipóteses jurídicas: a) supremacia do ordenamento jurídico estatal, que importaria na defesa da soberania do Estado; ou b) supremacia do ordenamento jurídico internacional, asseverando-se a soberania da ordem jurídica internacional.

Kelsen afirma serem ambas as hipóteses juridicamente equivalentes, sendo a decisão por uma ou por outra de ordem filosófico-ética.

A escola anglo-americana, por sua vez, preconiza uma concepção legal da soberania, identificando a lei como a expressão da soberania do estado.

A concepção decisionista da soberania a define como um poder de decisão em última instância, exercido não apenas nos casos de plenitude legal mas também quando há lacuna de lei, podendo ser inclusive contra *legem*. Seus principais adeptos são Hermann Heller e Schmitt.

O que deu origem à concepção negativista da soberania foi a chamada periculosidade social do dogma do poder estatal absoluto, na medida em que promoveria a negação do direito das gentes e da validade objetiva do direito mesmo. Nicolas Politis, Odilon Nestor e Léon Duguit foram alguns dos principais partidários dessa concepção.

A concepção pluralista da soberania acaba por negar a soberania estatal, haja vista preconizar existir ao lado

14 KELSEN, Hans. Ob. cit. p. 527, 537, 538.

do Estado grupos sociais igualmente soberanos, necessitados da mesma forma que o Estado, de um poder para a consecução de suas finalidades. Dentre seus adeptos, encontra-se Villeneuve e Laski.

4. SOBERANIA ESTATAL E ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO MONISMO E DUALISMO JURÍDICOS

Na análise da soberania estatal frente à ordem jurídica internacional, mostra-se de grande relevo o estudo do monismo e dualismo jurídicos, teorias que tratam da relação entre o Direito Interno do Estado e o Direito Internacional.

A chamada doutrina dualista, como o próprio nome evidencia, considera a ordem jurídica interna e a internacional sistemas jurídicos independentes e autônomos. Tal tese foi lançada na Alemanha por H. Triepel (*Voelkerrecht und Landsrecht*, 1899).¹⁵

De forma sintética, é sustentada pela doutrina com base nos seguintes argumentos: a) As fontes do Direito Internacional e do Direito Interno são diferentes. Enquanto este tem por fonte a vontade de um só Estado (bastando para ser modificado a vontade unilateral deste Estado), o Direito Internacional tem por fonte a vontade comum dos Estados, somente por essa vontade comum podendo ser alterado; b) As normas de Direito Internacional têm eficácia na ordem jurídica internacional, enquanto que as normas do Direito Interno somente no âmbito da ordem jurídica nacional têm eficácia; c) O Direito Internacional regula a conduta dos Estados; o Direito Interno é referível aos indivíduos.

15 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 2. ed. Madrid: Aquilar, 1957. p. 66.

As teorias monistas, por sua vez, defendem a unidade da ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional, as quais fazem parte de um só sistema jurídico.

Ao se falar em monismo jurídico, vislumbram-se três hipóteses: a) supremacia da ordem jurídica interna sobre a ordem jurídica internacional; b) supremacia da ordem jurídica internacional sobre a ordem jurídica interna; c) igualdade entre as ordens jurídicas interna e internacional, as quais estão coordenadas por uma terceira ordem, que lhes é superior.

A primeira hipótese, também chamada de constitucionalismo nacionalista, tem esteio na filosofia hegeliana, que justifica a soberania absoluta dos Estados. Segundo essa teoria, visto que os acordos entre os Estados representam o exercício de uma competência prevista pelas próprias constituições, o Direito Internacional tem como fonte o Direito Interno, sendo por esse motivo a ele submetido. Essa concepção acaba por reduzir o Direito Internacional a um Direito estatal público externo.

A segunda hipótese é a defendida pelos internacionalistas. Quanto à supremacia do Direito Internacional, Verdross distingue o monismo radical ou extremo (que estabelece a nulidade da norma de Direito Interno contrária ao Direito Internacional) do monismo moderado, que preconiza que o Direito Interno contrário ao Direito Internacional tem efeitos internos e quase sempre provisórios, podendo o Estado prejudicado reclamar a derrogação da lei, a sua não aplicação e, caso não atendido, a indenização dos prejuízos que lhe foram acarretados.

A terceira hipótese consiste na coordenação das ordens jurídicas interna e internacional por uma ordem jurídica universal, constituída por princípios gerais de Direito e por normas necessárias à regulação da vida social.

Objeta-se à tese de supremacia da ordem jurídica interna sobre a ordem jurídica internacional o fato de que inviabilizaria a subsistência da própria sociedade internacional. De fato, haveria apenas uma única ordem jurídica suprema, ou seja, um único Estado soberano planetário.

Quanto à tese de supremacia do Direito Internacional, deve-se afirmar ser essa a concepção modernamente defendida pela maior parte dos autores internacionalistas.

Quanto à doutrina de coordenação entre o Direito Interno e Internacional por uma ordem jurídica universal, não encontra respaldo, uma vez que não se vislumbra na modernidade qualquer ordem jurídica que possa ser considerada essa aludida ordem jurídica universal superior às ordens jurídicas interna e internacional.

4.1. O Monismo Jurídico na visão de Hans Kelsen e suas implicações com o conceito de soberania

Para a compreensão do pensamento de Hans Kelsen sobre a temática, faz-se necessário, preliminarmente, familiarizar-se com alguns conceitos peculiares ao autor.¹⁶

Consoante Kelsen, constitui-se o Estado na comunidade criada por uma ordem jurídica nacional, a qual se contrapõe à ordem jurídica internacional.

Diz-se centralizada a ordem jurídica, quando as suas normas são válidas para todo o território pelo qual ela se estende; por outro lado, é descentralizada, quando é composta de normas jurídicas com validade para todo o território (denominadas normas jurídicas centrais), bem como

...
¹⁶ KELSEN, Hans. Ob. cit. p. 527, 537, 538, 542 etc.

por normas jurídicas que são válidas apenas para partes do território (normas jurídicas locais).

As normas jurídicas locais formam uma ordem jurídica local, constituindo uma comunidade jurídica parcial ou local. As normas jurídicas centrais da ordem jurídica total ou nacional formam uma ordem parcial, denominada ordem jurídica central, a qual constitui uma comunidade jurídica central.

Tem-se, assim, no entendimento de Kelsen: ordem jurídica local + ordem jurídica central = ordem jurídica total.

As normas do Direito Internacional, na visão do conceituado publicista, formam uma ordem jurídica central, válida no território de todos os Estados, ao passo que as ordens jurídicas dos Estados formam ordens jurídicas parciais, válidas apenas no âmbito dos seus respectivos territórios.

Consoante Kelsen, as doutrinas do pluralismo e monismo jurídicos foram construídas com o intuito de explicar a convivência das ordens jurídicas nacionais (parciais) com a ordem jurídica internacional (central).

Segundo Hans Kelsen, para se aceitar a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional como um conjunto de normas válidas, deve-se tentar compreendê-las como partes de um mesmo sistema jurídico harmônico, o que somente é possível de duas maneiras: ou precognizando a inferioridade de uma ordem jurídica em relação à outra, que lhe é superior, sendo fundamento de validade da primeira; ou asseverando serem ambas as ordens jurídicas coordenadas, derivando a validade de ambas de uma terceira ordem, que lhes é superior.

Na visão de Kelsen, como não há essa terceira ordem, depreende-se existir entre a ordem jurídica internacional e a nacional uma relação de superioridade e inferioridade.

Repugna ao autor a possibilidade de coordenação entre as duas ordens jurídicas sem a preponderância de uma terceira ordem jurídica superior (tese dualista). Isso porque a necessidade de resguardar a igualdade entre os Estados, impedindo a interferência de um Estado na esfera do outro, ao menos no seu aspecto territorial e pessoal, não pode ser alcançada mediante normas jurídicas pertencentes aos próprios Estados, mas provenientes de uma ordem normativa que compreenda as esferas territorial e pessoal das ordens jurídicas nacionais.

Na verdade, segundo Kelsen, a principal consequência da teoria pluralista não é a defesa do pluralismo jurídico, mas a defesa da idéia da soberania dos Estados.

No entendimento do jusfilósofo alemão, a soberania estatal não é um fato a ser observado, mas apenas uma consequência da teoria adotada para explicação dos fenômenos jurídicos. Em se aceitando a hipótese de primazia do Direito internacional, então o Estado não poderá ser reputado soberano, podendo ser considerado soberano apenas numa acepção relativa, no sentido de que é superior a qualquer outra ordem jurídica, com exceção da ordem jurídica internacional. Em se aceitando a tese da primazia do Direito interno, se entenderá ser o Estado soberano na acepção absoluta do termo, sendo, em decorrência, superior a qualquer ordem jurídica, inclusive a ordem jurídica internacional.

A adoção da segunda hipótese, segundo Kelsen, conduziria à idéia de que apenas uma única ordem jurídica nacional poderia ser considerada soberana, ou seja, apenas um só Estado seria soberano (defesa da idéia de um Estado mundial ou planetário).

Consoante Hans Kelsen, “a teoria da primazia do Direito nacional é o subjetivismo de Estado”, porque observa o Estado a partir de sua própria ótica, sendo incapaz de verificar a existência de outros Estados igualmente soberanos ao Estado do filósofo observador.¹⁷

Segundo o aludido doutrinador,

*(..) o ego e o tu podem ser concebidos como seres iguais apenas se a nossa filosofia partir do mundo objetivo dentro do qual existem como partes e nenhum dos dois como centros soberanos do todo. De modo semelhante, a idéia da igualdade de todos os Estados pode ser sustentada apenas se basearmos a nossa interpretação dos fenômenos jurídicos na primazia do Direito internacional. Os Estados podem ser considerados iguais apenas se não forem considerados soberanos.*¹⁸

Hans Kelsen conclui a sua análise ressaltando que a escolha por quaisquer das hipóteses não pode ser ditada pela ciência natural nem pela ciência do Direito, dependendo apenas da postura política do observador.

17 KELSEN, Hans. ob. cit. p. 548.

18 KELSEN, Hans. ob. cit. p. 549.

*(...) Uma pessoa cuja postura política é marcada pelo nacionalismo e pelo imperialismo está naturalmente inclinada a aceitar a hipótese da primazia do Direito nacional. Uma pessoa cujas simpatias sejam pelo internacionalismo e pelo pacifismo estará inclinada a aceitar a hipótese da primazia do Direito internacional. Do ponto de vista da Ciência do Direito, a escolha entre as duas hipóteses é irrelevante. Mas, do ponto de vista da ideologia política, a escolha é importante, já que está ligada à idéia de soberania.*¹⁹

4.2. Monismo Jurídico com Supremacia do Direito Internacional e a Conceituação Jurídica de Soberania Estatal

Para a maior parte dos internacionalistas, o conceito de soberania constitui-se no grande obstáculo para a supremacia do Direito das Gentes sobre a ordem jurídica dos Estados (monismo jurídico com supremacia do Direito Internacional).²⁰

Com efeito, o poder soberano do Estado, na acepção clássica do conceito, não admite limitações, sendo, pois, inconciliável com o Direito Internacional Público, que representa um conjunto de normas jurídicas pretensamente sobrepostas aos Estados membros da comunidade internacional.

19 KELSEN, Hans. ob. cit. p. 551.

20 NUNES, Reginaldo. Soberania – Proteção e Impedimento ao Progresso do Direito. *Revista da OAB* – n. 13, a. V, v. V, p. 217-219, mai./ago. 1974. BOSON, Gerson de Brito Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958. v.1, p. 180.

Em artigo intitulado “Conceituação Jurídica da Soberania Estatal”, Gerson de Britto Mello Boson analisa a problemática da soberania estatal frente à ordem internacional a partir dos princípios da igualdade jurídica dos Estados e da autodeterminação dos povos.²¹

Segundo ele, a regra da igualdade jurídica dos Estados, em rumo horizontal, exclui a interferência de uns nas atividades interna e externa dos outros. É a aceção negativa da soberania, já salientada. O princípio da autodeterminação dos povos, em rumo vertical, exclui a intervenção da ordem internacional no exercício das competências estatais internas (soberania no sentido positivo).

Há, assim, uma competência material, isto é, um campo de objetos e assuntos a regulamentar submetidos ao direito interno do Estado soberano e/ou ao direito internacional. Nessa perspectiva, Boson ressalta a existência de três esferas de competência: uma competência exclusiva do direito das gentes, constituída da matéria que permanentemente interessa à comunidade internacional, regulamentada por regras gerais e específicas; outra, que embora de interesse internacional, por transcender o âmbito do Estado singular, tem sua regulamentação nos detalhes confiada ao Estado, limitando-se o direito das gentes a postular as regras gerais; e a competência exclusiva ou o chamado “domínio reservado” do Estado.

.....

21 BOSON, Gerson de Britto Mello. *Conceituação Jurídica da Soberania do Estado*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.21, a. V, p.43-52, jul-set 1972. *Vide também em*: BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Internacional/ Direito Constitucional Internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996. p. 139-173.

A soberania, infere-se da obra de Boson, seria o poder supremo do Estado no âmbito de sua própria competência, não podendo ele adentrar na esfera de competência do direito das gentes, nem a ordem jurídica internacional interferir na esfera estatal de atribuições.

5. CONCLUSÃO

Eis a problemática objeto do presente estudo: diante do avultamento de uma ordem jurídica internacional, preteritamente sobreposta aos seus Estados componentes, deve-se concluir pela superação ou pela permanência do conceito de soberania estatal?

Uma leitura dos acontecimentos sociais do início deste século deixa entrever a relevância do conceito de soberania para as organizações estatais modernas.

Os Estados centrais, embora apresentem um discurso no sentido de que, em nome da subsistência de uma comunidade jurídica internacional, o conceito de soberania deve ser ultrapassado, conduzem-se nas suas relações internacionais de forma contrária ao discurso oficial, defendendo a “ferro e fogo” a sua soberania. Do mesmo modo, os Estados periféricos, como forma de defesa de sua independência e autonomia, frente àqueles, pugnam pelo respeito à sua soberania.²²

.....

22 *Veja também em* LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Direito Comunitário e Soberania: Algumas Reflexões*. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 231-242, 1997. ROCHA, Garmem Lúcia Antunes. *Constituição, Soberania e Mercosul*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 35-65, jul./set. 1998. CARVALHO, André Régis de. *Revista da Faculdade de Direito de Olinda*. v.2. n. 2-3, p. 57-79, jun-dez 1998. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Globalização e Academia: a Ordem Internacional Contemporânea e seus Reflexos no Direito e seu Ensino*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica – Instituto Toledo de Ensino – Faculdade de Direito de Bauru*, Bauru, n. 17, p. 37-63, Abr./ jul ,1997. LUZ, Nelson. *O Problema da Soberania e o Direito das Gentes*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, Curitiba, v. 1, n.1, dez. 1953. p. 170-177.

O fenômeno de integração entre os Estados em blocos regionais com finalidades econômicas, militares, políticas, dentre outras, restringe a soberania dos Estados no que tange a determinadas matérias, mas não implica a supressão do conceito de soberania da organização do Estado contemporâneo, uma vez que as limitações às atribuições estatais não são impostas, mas aceitas pelos próprios Estados, como forma de subsistirem na sociedade globalizada.²³

Luciana de Medeiros Fernandes, analisando a conceituação jurídica de soberania e o processo de integração, tomando o exemplo da União Européia e do Mercosul, salienta:

(...) defendemos a compatibilidade entre soberania e direito internacional, com supedâneo em Heller, bem como enfatizamos a possibilidade de desenvolvimento de um projeto de integração que não se contrapõe ao poder supremo da organização política estatal, na medida em que calcado nas idéias de cooperação e desenvolvimento conjunto, e não de supressão dos Estados, que partilham os seus

23 São bastante pertinentes, nesse sentido, as declarações de Kaplan: "(...) as queixas de que um tratado ou participação num organismo internacional está tirando parte da soberania de um Estado podem muito bem ser corretas no sentido de que o Estado, com esta participação, limita, de certo modo, sua autoridade formal de tomar e seguir, unilateralmente, certas decisões. Mas o Estado pode, ao mesmo tempo, estar aumentando seu controle efetivo – ou mesmo sua autoridade formal – sobre outro grupo de decisões que dizem respeito aos mesmos ou outros valores; pode estar, ainda mais, pondo de lado uma autoridade formal que não lhe traz qualquer controle efetivo." KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 154.

*anseios e necessidades na qualidade de membros de uma comunidade de somação. Demais, observemos que, enquanto o reconhecimento de um Estado por outro tem efeitos unicamente declaratórios, a formação de uma comunidade de Estados apenas se verificará por uma manifestação de vontade soberana, com efeitos constitutivos.*²⁴

Ademais, o conceito de soberania é necessário para a própria subsistência da ordem jurídica internacional, sob pena de existir um único Estado mundial. Os próprios internacionalistas reconhecem que a soberania estatal é fundamental para o desenvolvimento da ordem jurídica internacional, uma vez que estabelece os instrumentos de coação necessários para a efetividade do Direito Internacional.

Tendo se posicionado pela permanência do conceito de soberania na organização do Estado moderno, deve-se passar ao outro questionamento, qual seja, se a soberania estatal deve ser entendida consoante a sua acepção clássica (como o poder supremo, ilimitado do Estado), ou se carece o conceito de uma reformulação jurídica, com vistas à sua adequação aos acontecimentos da contemporaneidade (dentre eles, a convivência dos Estados soberanos numa ordem jurídica internacional).

24 FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração*. O Novo Conceito de Soberania em Face da Globalização. Curitiba: Juruá, 2002. p.159 (Pensamento Jurídico – v. VII).

Jean Bodin, reputado pela doutrina como o criador da concepção geral de soberania, ao conceituá-la como o poder supremo do Estado sobre os cidadãos e súditos, independentemente das leis positivas, afirmou expressamente estar a soberania do Estado submetida ao Direito divino, natural e das gentes.²⁵

Vattel, que desenvolveu as idéias de Bodin, impôs limites jurídicos ao conceito de soberania estatal, asseverando que o poder soberano do Estado deve estar submetido às normas da Moral e do Direito Positivo.

A escola francesa (concepção democrática de soberania), a seu turno, já antes mencionada, preconizava como limites ao poder soberano do Estado os direitos individuais da pessoa humana.

Foi a filosofia hegeliana que atribuiu ao conceito de soberania o caráter de poder absoluto do Estado. Hegel, ao defender o monismo jurídico com supremacia do Direito Interno, entendia que a soberania do Estado era ilimitada, absoluta.²⁶

A respeito, vejam-se as palavras de Machado Paupério:

De início, o termo manteve bem vivo em França esse sentido relativo. Soberania significava a autoridade mais alta em um determinado âmbito. Chacuns barons est souverain dans baronnie. Só depois, como diz Pasquier, um autor do

25 VERDROSS, Alfred. Ob. cit. p. 9. Veja-se também em: NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. Alguns Aspectos do Conceito Atual de Soberania. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. VII, n. 1, p.73-90, jan./abr. 1964.

26 VERDROSS, Alfred. Ob.cit. p. 9. Vide também: LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p 35-55; 97-105.

século XVI, passou a palavra soberano a designar o mais alto poder da França, isto é, o do rei (Pasquier, Recherches sur la France, Paris, 1617, livro VII, cap. 17, pág. 849). O vocábulo soberania tomou, então, um sentido superlativo absoluto. E a soberania do Estado passou a ser a única soberania..²⁷

Deve-se afirmar, de início, que o poder soberano do Estado deve ser entendido não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de realização do bem comum, encontrando nessa finalidade a sua limitação natural.

Outrossim, a soberania do Estado está submetida ao Direito, que ele não pode criar arbitrariamente. Nessa perspectiva, a tese de Jellinek (escola alemã), de autolimitação do Estado, segundo a qual o Estado, ao criar o Direito, estabelece as suas próprias limitações, não procede.

A soberania estatal, deve, ademais, respeitar a soberania dos demais Estados. Nas palavras de Machado Paupério:

A soberania do Estado encontra naturalmente limites nas outras soberanias existentes, todas relativas, pois, com delimitação da esfera de sua competência na vida do homem, coexistem, assim, diversas 'soberanias'.²⁸

27 PAUPÉRIO, Machado. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1964. p. 166.

28 Idem, ibidem.

Tem-se, assim, que a soberania estatal deve ser conceituada como o poder supremo do Estado dentro de sua esfera de competência (territorial e material). A soberania do Estado deve respeitar as demais soberanias. Do mesmo modo, o Estado é soberano nas matérias de sua competência exclusiva, nos termos explicitados por Boson.

Não se trata de relativizar a conceituação jurídica da soberania estatal, mas de definir os seus contornos jurídicos.

A soberania é o poder supremo do Estado sobre os seus súditos; é o poder de decisão em última instância do Estado, no seu território, nas matérias de sua competência.

Afirmado isso, perquire-se a que esfera cabe definir os assuntos de competência do Estado e da ordem jurídica internacional.

Os internacionalistas afirmam ser da competência da comunidade internacional, defendendo o monismo jurídico com supremacia do Direito Internacional.

Pode-se concluir afirmando que de fato existe uma tendência no sentido da ampliação da competência material da ordem jurídica internacional, passando essa a abarcar assuntos que outrora faziam parte do domínio reservado dos Estados.

6. REFERÊNCIAS

LIVROS:

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Internacional/ Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Curso de Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, v.I. 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania & Processo de Integração**. O Novo Conceito de Soberania em Face da Globalização. Curitiba: Juruá, 2002. p.159 (Pensamento Jurídico – v. VII).

FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HELLER, Hermann. **Teoria Del Estado**. México: Fondo de Cultura Economica. Pánuco, 1993.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 154.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**. A Crise Jurídica das Economias Nacionais. 2.ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENEZES, Aderson de. 1996. **Teoria Geral do Estado**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PAUPÉRIO, Machado. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. 2.ed. Madrid: Aquilar, 1957.

ZAIDAN FILHO, Michel. **O Fim do Nordeste & Outros Mitos**. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões da Nossa Época, v. 82).

ARTIGOS

BONAVIDES, Paulo. As Multinacionais e a Desnacionalização do Estado e da Soberania. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. p. 13-30, 1974.

BOSON, Gerson de Britto Mello. Conceituação Jurídica da Soberania do Estado. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, p. 43-52, jul./set. 1972.

CARVALHO, André Régis de. **Revista da Faculdade de Direito de Olinda**, Olinda, v. 2. n. 2-3, p. 57-79, jun-dez, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado no Limiar do Novo Século. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 81-90, jul./set., 1999.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Globalização e Academia: a Ordem Internacional Contemporânea e seus Reflexos no Direito e seu Ensino. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Bauru**, n.17, p. 37-63, abr./jul. 1997.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. A Soberania Absoluta e o Direito Internacional Público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 140, p. 171-173, out./dez. 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito Comunitário e Soberania: Algumas Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 231-242, 1997.

LITRENTO, Oliveiros. A Soberania em Mudança. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 50-97, ago., 1984.

LUZ, Nelson. O Problema da Soberania e o Direito das Gentes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, Curitiba, v. 1, n.1, p. 170-177, dez., 1953.

NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. Alguns Aspectos do Conceito Atual de Soberania. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. VII, n. 1, p. 73-90, n. 1, jan./abr., 1964.

NUNES, Reginaldo. Soberania – Proteção e Impedimento ao Progresso do Direito. **Revista da OAB – Conselho Federal da OAB**, n. 13, a. v. V, p. 217-219, v. V, mai./ago., 1974.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição, Soberania e Mercosul. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 35-65, jul./set., 1998.

MULTAS ASTREINTES: UM INSTITUTO CONTROVERTIDO

Luciano Marinho de Barros e Souza Filho
Professor do Via Lux (Recife), ex-aluno de Engenharia de Infra-Estrutura Aeronáutica pelo ITA (SP), bacharel e pós-graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Faculdade de Direito do Recife.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO. 2 – HISTÓRIO. 3 – NATUREZA JURÍDICA. 4 – PARTICULARIDADES E CONTROVÉRSIAS. 5 – REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Cabe, neste intróito, apenas antecipar que o presente trabalho visa a lançar de maneira sintética alguns fundamentos, a natureza jurídica, as controvérsias e a casuística sob os quais se consubstancia o instituto das denominadas *multas astreintes* no Brasil.

As bases jurídicas utilizadas foram os Códigos Civil, Processual Civil, e do Consumidor brasileiros, além de algumas legislações esparsas como, por exemplo, a Lei de Arbitragem, o Decreto-lei nº 58/37 (que regulamenta o compromisso de compra e venda de imóveis loteados), o Decreto nº 22.626/33 (que reprime a usura) e a Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Normalmente as *multas astreintes* decorrem ou derivam de uma obrigação (de fazer, de não-fazer, ou

de dar¹). Ou seja, há prévia existência de um vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde, por isso, a uma relação que é derivada de uma outra (anterior) de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.

A obrigação principal emana de várias fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, portanto, *obrigação* e *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, corolário jurídico-patrimonial do descumprimento de uma relação obrigacional.

Nas linhas a seguir, pretendeu-se, reiterar-se, fazer um breve panorama desse espécime de multa e de sua aplicação, particularmente no Brasil, seguindo-se com o seu difícil enquadramento acerca de sua natureza jurídica (ontologia). Buscou-se, ainda, apresentar alguns dos paradigmas que vinculam e legitimam sua utilização no direito pátrio, apresentando, por fim, alguns defeitos ou contradições que se agregam ao instituto em análise.

1 É recomendado dizer que para alguns doutrinadores não seria possível a aplicação de multas 'astreintes' nas obrigações de dar, haja vista, o ditame específico do CPC, v.g., nos arts. 461 e 644 referindo-se pontualmente às obrigações de 'fazer' ou 'não-fazer'. Ademais, o próprio STF no seu Enunc. 500 externa, *in verbis*: "Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

No nosso entender, entretanto, seria possível para determinados (e específicos) casos a aplicação (ao menos indireta) dessas multas para tutela de situações que incorporem obrigações de dar. Sem maiores delongas, citaríamos apenas uma obrigação facultativa que possua numa de suas hipóteses de escolha para cumprimento uma obrigação de 'dar' ou 'não-dar'. Maior relevância ainda neste entendimento ocorre agora, após as novas alterações pelas quais vem passando toda legislação, particularmente, o CPC.

2. HISTÓRICO

Etimologicamente, de acordo com De Plácido e Silva², a origem do termo *multa* vem do latim '*mulcta*' ou '*multa*' e, no seu sentido originário, significa multiplicação, aumento, implicando uma pena pecuniária. Numa ótica mais ampla ou dilatada pode ser vista como uma sanção imposta à pessoa, por infringência à regra ou ao princípio de lei ou ao contrato, em virtude do qual fica obrigado a pagar uma certa importância em dinheiro.

Segundo a natureza do ato ou fato jurídico motivador, a multa toma várias denominações: compensativa, moratória, cominatória, fiscal, penal ou penitencial.

Explicaremos cada uma *de per si*:

- I) As multas compensativas correspondem àquelas que são estipuladas em caso de total inadimplemento de obrigação. Servem elas como espécie substitutiva da obrigação pactuada e não cumprida;
- II) Já a multa moratória destina-se a garantir o cumprimento de alguma cláusula contratual específica ou, simplesmente, evitar a mora;
- III) A pena cominatória ou a título de *astreintes* é caracterizada pelo meio coativo do cumprimento de comando legal, contrato ou ordem judicial, propondo-se, pois, a defender os contratos celebrados e a proporcionar segurança à ordem jurídica;
- IV) As multas fiscais são imposições pecuniárias devidas pela pessoa por decisão de autoridade do fisco, em face de infração às regras de direito tributário;

2 SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3, p. 218.

- V) As multas penais são obrigações de pagar soma de dinheiro, quando derivada de imposição de pena criminal;
- VI) As multas penitenciais ou arras são estabelecidas para punir aquele que desiste da celebração de contrato, tendo previsão no art. 1.095 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça no Resp 217.267/SP Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca – analisou, particularmente, a questão da multa penitencial no sentido de que:

consiste em penalidade imposta pelo contrato no caso de descumprimento da obrigação, não podendo ser cumulada com a indenização pelos prejuízos, porque tem caráter alternativo a juízo do credor. Na prática a multa substitui a indenização. Diferencia-se, pois, da multa moratória que é estipulada na hipótese de mora ou retardamento no cumprimento da obrigação, podendo, assim, ser cumulada.

No que concerne pontualmente às penas cominatórias (*multas diárias*), objeto de nosso estudo, consoante depreende-se do próprio vocábulo qualificador “*astreintes*”, numa acepção de pressão ou constrangimento, é proveniente da criação pretoriana francesa. Possuem a função de obrigar o devedor a prestar a obrigação pactuada sem invadir direitos essenciais. Mas, também, de evitar o descumprimento e a subsequente faculdade, em princípio inexistente ao devedor, de escolher resolvê-la através de perdas e danos, sobretudo em se tratando de obrigação personalíssima, afora questões procedimentais protelatórias vinculadas.

As ‘*astreintes*’ não têm qualquer relação direta, pois, com simples recomposição ou com atraso no adimplemento de obrigação. E, destaque-se, fortalecem-se de modo significativo no processo judicial com o intuito de garantir o cumprimento obrigacional, revestindo-se, destarte, de uma dimensão marcadamente pública, evitando-se atos atentatórios à dignidade dos contratos e da própria justiça. No direito comparado, por sinal, encontramos além das ‘*astreintes*’, v.g, no direito inglês, a existência de uma variável semelhante, conquanto mais primitiva, a ‘*contempt of court*’.

Para o festejado civilista Louis Josserand apud Dilvanir José da Costa³, acerca do art. 1.142 do Código Civil francês, que dispõe, “em termos amplos e aparentemente absolutos”, que “toda obrigação de fazer ou de não-fazer se resolve em perdas e danos, em caso de inexecução por parte do devedor”, traduz uma conclusão inaceitável, frustrante e que deve ser retificada. Não poderia depender da inércia ou da má vontade do devedor a troca do objeto da dívida, acentua ele. Acabar-se-ia com a força obrigatória das convenções. O art. 1.142 não faz mais do que reproduzir o velho adágio: “*nemo potest cogi ad factum praecise*”, prossegue o mestre. Acrescenta que Pothier já fazia uma distinção por demais tradicional, segundo a qual a regra só se aplica no tocante às obrigações que têm por objeto algum ato corporal do devedor, a cuja prática não poderia este ser constrangido sem que se atentasse contra sua pessoa e sua liberdade. E continua figurando a hipótese de uma obrigação cuja execução espe-

³ COSTA, Dilvanir José da. *A Execução das Obrigações de Dar, Fazer e Não-Fazer no Direito Brasileiro e no Direito Comparado*. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/atualizada/artigos - dc//execucao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2002.

cífica implique a intervenção do próprio devedor, como no exemplo clássico do pintor famoso que se obrigou a pintar um quadro. E indaga: é então absolutamente correto que o credor não possa, de modo nenhum, impor ao devedor a execução específica de seu compromisso e que a obrigação se resolva em perdas e danos, ante a resistência deste último? Certamente não, responde. E passa a referir-se a um procedimento com a dupla vantagem de não violentar a pessoa física do devedor e de conduzir a um resultado concreto: o sistema das *astreintes*.

Verifica-se que as multas diárias punem as violações a deveres, mas com a característica determinante de conduzir ao cumprimento de outras normas. Sendo assim, as *astreintes* são uma espécie de multa anômala, uma vez que não decorrem da prática de um ato ilícito em sentido estrito, prestando-se, pois, a induzir ou a obrigar ao cumprimento de uma norma ou a uma conduta.

Essa espécie de multa tem validade tanto no direito público quanto no direito privado em face de que tanto a lei como o contrato podem estabelecer obrigações com essa natureza de induzir ao cumprimento de preceito ou observância de conduta. Promove-se com ela um reforço à dignidade do juízo e da ordem pública. Manifestos nesse sentido são, ilustrativamente, o §3º do art. 213 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), embora divergindo da orientação do STF no RE-94966/81 RJ, em que se veda a retroação da '*astreine*' à data anterior ao trânsito em julgado da sentença que a cominou.

Sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro tenta atingir os mesmos interesses propugnados pela jurisprudência francesa que, dentre outros, evoca obediência ao pactuado ou, melhor ainda, à ordem pública *lato sensu*.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁴ a multa diária deve ser imposta de ofício ou a requerimento da parte (CPC art. 287; art. 461). Seu valor deve ser significativamente alto, justamente porque possui natureza inibitória. O juiz não deve ficar receoso, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é o de obrigar o réu ao pagamento da multa, mas compeli-lo a cumprir a obrigação específica. A multa, portanto, é inibitória. E deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação imposta.

Não há um teto para a multa pecuniária. Se é verdade que a limitação existia no estatuto processual civil anterior, frente ao que dispõe atualmente o art. 644 do CPC, não há mais porque um teto ou limitação para cominação em apreço. E nem poderia ser de outra forma, já que se limitada no tempo a dita multa, em dado momento a sentença prolatada pelo juiz tornar-se-ia ineficaz; e se tornaria inútil tudo quanto se realizara no processo que a fixou. (Ac. do 1º Gr.de Câms. Do TJSP de 31.10.89, nos Embs. Nº 62.801-1 Rel. Dês. Luis de Azevedo; RJTJSP 123/320).

3. NATUREZA JURÍDICA

A perquirição da essência consubstanciadora (ou material) imiscuída nas *multas astreintes* parece uma opção controversa por vários motivos. Primeiramente, por-

4 Nery Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p.530 ss; p. 671 ss e p.850 ss.

que a própria doutrina mostra-se dispersa nessa questão. Assim também a jurisprudência. Fatores de ordem extrajurídico (escassez e excessiva *alopoiense*⁵ do direito brasileiro) aglomeram-se, criando incompatibilidades e antinomias. Em segundo lugar, reconhece-se que a ontologia do instituto encontra no seu próprio cerne constitutivo uma forte aproximação com vários outros institutos similares, complicando o caso e causando inseguranças para expor uma posição definitiva ou meramente taxativa, o que desmereceria outros importantes prismas de reflexão relacionados ao instituto em análise.

Há respeitável entendimento doutrinário, exemplificativamente, de que teriam as multas, como um todo, natureza meramente reparatória, ou seja, teriam a função de reparar eventual lesão ou dano. Acrescenta-se a esse entendimento, que a função da penalidade não é única. Em verdade, as multas têm caráter essencialmente punitivo, mas também: repressivo – para que não seja compensador o descumprimento da norma; retributivo – para que haja o exemplo da punição, desestimulando condutas ilícitas; ressocializador – determinando que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica.

Concessa venia é imperioso externar que, possivelmente, o principal propósito das multas diárias seja reflexo, ou seja, propõe-se na realidade a desestimular o devedor ao não cumprimento de determinação judicial. Possui uma nítida índole de responsabilidade decorrente de um inadimplemento eventual.

5 NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário de Mestrado em Direito*. Recife, 1993. p. 319-321.

Haverá, com razão, quem reconheça em vários tipos de multas (além da própria *astreinte*) caráter reflexivo e, portanto, de responsabilidade. Depreende-se que as multas podem ser vistas genericamente como efeito ou consequência de obrigação descumprida, noutros termos, como responsabilidade.

Por outro lado, em se analisando o caso sob aspecto diverso, não parece menos razoável entendê-las como verdadeiras obrigações. Seriam obrigações fruto de outras obrigações anteriores. Possuiriam, portanto, natureza jurídica de uma verdadeira obrigação e não de uma responsabilidade. Note-se nas *astreintes* a existência de elementos subjetivos, objetivos e vinculatório conformando-se numa típica obrigação. Essa última opção, inclusive, parece evidenciar melhor certas características das multas diárias como, por exemplo, seu caráter de autonomia e desvinculação.

Para uma corrente doutrinário-jurisprudencial, aparentemente menos corajosa, as multas *astreintes* são vistas como verdadeiras *cláusulas penais*. Nessa hipótese há evidente desnaturação dos propósitos originais de implantação e mesmo ideológicos do instituto, o que confunde e homogeneiza institutos, malgrado parecidos, intrinsecamente diversos. Seu intuito, porém, é pragmático e converge sua preocupação com a concretização e execução das *astreintes*, evitando-se a desmoralização no momento de execução. Noutras palavras, busca viabilizar desde a cognição, de maneira equânime, multas não cumpridas, ainda que com isso frustrate ou transmude as *astreintes* a outro tipo de multa ou composição. Nesse entendimento sua fixação é aplicada, por analogia, com o CC art. 920.

O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às astreintes do direito francês, pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que o direito repugna. É da índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converte em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princípios que norteiam os arts. 920 e 924 do C. Civil. (Ac. Da 4º T. do STJ, de 17.03.92, no R.Esp. nº13.416-0-RJ, Rel. Min Sávio de Figueiredo; Lex-JSTJ, 37/177).

Hugo de Brito Machado⁶, *verbis gratia*, preleciona a questão, acertadamente, estabelecendo a diferença entre as naturezas econômica e jurídica das multas e dos tributos:

Do ponto de vista econômico a multa é despesa. Ninguém ousa afirmar o contrário. Com o pagamento da multa o patrimônio da pessoa jurídica fica diminuído do valor correspondente. Por isto não há como se possa escriturar tal pagamento de outro modo. Há de ser mesmo escriturado como despesa.

6 MACHADO, Hugo de Brito. *As multas e o imposto de renda*. *Revista Jurídica*, a. XXXI, v. 105, p.49-55, mai./jun.1984.

Do ponto de vista jurídico a multa é sanção pelo cometimento de ato ilícito. A ilicitude é seu pressuposto essencial. Aliás, a distinção entre o tributo e a multa reside precisamente nisto; na hipótese de incidência da norma de tributação não pode figurar a ilicitude, enquanto na hipótese de incidência da norma sancionatória ou punitiva a ilicitude é essencial.

Sendo assim, ainda que reconhecendo sujeição de críticas, pode-se definir a multa diária (*astreintes*) como penalidades pecuniárias impostas àquele que descumpriu dever jurídico imposto legal ou contratualmente, possuindo no contexto econômico natureza de despesa; no jurídico, natureza de sanção.

Nesse diapasão, o Ministro Moreira Alves, relator do RE 94.966-6, DJ 26/03/82 (RT 560/255) decidiu que:

a pena pecuniária, a título de astreintes, não tem o caráter de indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, mas o de meio coativo de cumprimento da sentença, como resulta do exposto na parte final do art. 287 do CPC, conseqüentemente, não pode essa pena retroagir à data anterior ao do trânsito em julgado da sentença que a cominou.

4. PARTICULARIDADES E CONTROVÉRSIAS

A idéia que se tem, então, como conclusão, é de que as sanções diárias devem ser previamente assentidas e somente podem ser instituídas e aplicadas nos termos das

leis. É axiomática a obediência à principiologia de legalidade. Nesse pormenor, as multas diárias encontram guarida expressa no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no CPC, no CDC, além da legislação esparsa.

Salienta-se que há dificuldades para o Estado exercer a sua função jurisdicional e delimitar a aplicação das sanções, tanto no âmbito administrativo, quanto no penal. Sendo assim, ampliando esta discussão, aponta-se no sentido compulsório de que as penalidades, inclusive as administrativas, conquanto aplicadas pelo Poder Executivo, devem estar estipuladas prévia e necessariamente em lei.

Assim, no recente racionamento de energia elétrica, teve-se no Brasil, com a imposição de multas generalizadas ao povo, coibindo o consumo de energia (justamente através das *astreintes*) um aspecto singular: a necessidade premente e circunstancial de controlar o consumo através de medidas provisórias, em princípio, adequadas seja administrativa, seja juridicamente. No entanto, no caso em pauta, vivenciou-se, concomitantemente, uma total ausência de legitimidade, fundamento axiológico de validade e eficácia das normas jurídicas. Tal contexto era fato de evidente responsabilização objetiva de gestores públicos, porquanto desviaram, ou no mínimo, negligenciaram recursos de manutenção e incremento do sistema elétrico nacional.

Desse modo, o consumo de energia, por si só, nunca representou prática de conduta ilícita, mas, houve previsão de que seu consumo acima de certos limites fora desacato às normas públicas, fato que ensejara a aplicação de penalidade, *in casu*, multa cuja natureza jurídica era *cominatória* ou *astreintes*.

A ilicitude não advém do consumo, mas do não atendimento à redução desse. Sendo assim, por exemplo, consumir energia, acima de um limite, pôde ensejar a imposição de multa, que teve como objetivo induzir a um fazer (reduzir o consumo) ou a um a não-fazer (não elevar o consumo).

Em termos estritos de direito, a questão revelou-se interessantíssima. As multas *astreintes* foram impostas com essência e caráter de retributividade, induzindo, pois, a observância de um determinado modo de agir, em nome do interesse público. A limitação dos valores punitivos (que em tese seriam ilimitados e de índole discricionária do administrador público) foi estabelecida como uma espécie de *mea culpa* de fraqueza e reconhecimento do poder judiciário da ilegitimidade do fato gerador (provocador) do “apagão”. Demonstrou-se, infelizmente, a falta de independência e de compromisso tanto do Poder Judiciário, como do próprio Ministério Público, na obtenção dos ressarcimentos e responsabilizações cabíveis.

No Brasil, conforme já se apresentou, por um lado, percebe-se a índole de persuasão das *astreintes* que objetivam compelir à execução obrigacional; de outro, ou seja, na sua aplicação, nota-se sua contradição. Fundamente-se: em princípio não há limitação para a fixação de multa, e sua imposição deve ser de valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação e sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária.

Nesse ponto de vista, a ‘ilimitação’ da multa nada tem a ver com o enriquecimento ilícito do credor, porque não se trata de contraprestação de obrigação, nem tem

caráter reparatório. Possui, sim, um emblemático interesse de consecução de obrigações pactuadas e/ou determinadas legal e judicialmente, preservando e valorizando, destarte, a estabilidade, a eficácia e o caráter cogente do ordenamento jurídico.

A lei processual civil não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do CC. (Ac. Da 3ª. T. do STJ, de 23.09.91, no R. Esp. nº 8.065-SP, Rel. Min. Cláudio Santos; DJU, 23.09.91, p.13.080)

No entretanto, parcela significativa da doutrina e da própria jurisprudência entendem que ela não pode ultrapassar o valor da causa, porque isso poderia implicar enriquecimento injusto do credor. Trata-se de uma mitigação contraditória. Lança-se como uma espécie de “multa aparência” ou “multa susto” que visa a fazer com que o devedor não descumpra o acordado ou preceituado. Mas, paradoxalmente, incorpora-se um contrapeso de difícil explicação: o entendimento de uma multa além do valor da causa como concretizador de enriquecimento sem causa. Admite-se, retroativamente, vinculação ou dependência da multa à obrigação dita principal. Em similitude à multa moratória (limite de 10% do valor da causa de acordo com o Dec. Lei n. 58/37 e o Decreto n. 22.626/33 que combate a usura. O próprio Código de Defesa do Consumidor limita a cláusula penal moratória a 2% em contratos sob sua égide).

Deixando transparecer assim, que na inviabilização da execução específica essa se converteria automaticamente em perdas e danos, convertendo as *astreintes*, desafortunadamente, em autêntica simulação.

Por vezes, obrigações serão submetidas às *astreintes* mas, mesmo assim, não serão cumpridas – e, por conseguinte, já consumadas, ou seja, obrigações que conformam verdadeiros títulos de crédito – tornar-se-ão astronômicas, forçando o magistrado, no caso concreto, a viabilizá-las, impondo cláusulas como a “*rebus sic stantibus*”, ou propondo acordos entre as partes quase que ‘compulsóriamente’, ou ainda, diminuindo *ex officio* o *quantum debetur*, a fim de evitar o pretense enriquecimento sem causa; contradiz a liquidez e executoriedade da dívida, a independência e o extremismo próprios deste tipo de sanção, em grave detrimento à credibilidade e à segurança jurídico-institucional.

Dessa sorte, visando a evitar tal infortúnio vexatório, deve o juiz, sempre, sopesar os valores a serem indicados às multas cominatórias tendo em mente dois princípios: o de intimidar o devedor ao cumprimento da obrigação (e da própria ordem judicial emanada) sem divorciar-se de sua viabilidade executiva posterior, para que numa eventual desobediência evitem injustiças, constrangimentos e anarquizações (sentimento de descrédito e impotência do credor e do magistrado diante de um sistema inoperante).

A multa na obrigação de fazer se destina a coagir o devedor da obrigação ao seu cumprimento, certo que a stipulatio poenae não se reveste de caráter aere perennius, transmudando-se em fon-

te inesgotável de ganho sem justa causa, tanto mais quando não tem natureza reparatória. (RT 685/200).

A pena imposta tem por objetivo um desideratum: coagir o obrigado a cumprir o preceito, não tendo fim em si mesma; ora, se se mostra inviável esta concretização, não há porque persistir na cominação. Como proclamavam os antigos romanos, que em brocardos latinos refletiam o esplendor de sua genialidade no campo jurídico: “ad impossibilia nemo tenetur”. (RT 685/201)

Em decorrência dos diversos enfoques sob os quais podem ser interpretadas a natureza jurídica das sanções diárias, assim como das circunstâncias políticas, sociais e econômicas que influenciam ou contaminam intensa e sistematicamente o ordenamento jurídico nacional, corrompendo o instituto e mesmo a sua própria credibilidade, afora questões de âmbito prático-financeiro, percebe-se, como corolário, uma doutrina e uma jurisprudência vacilantes.

A execução nos Juizados Especiais Cíveis, fora o comentário antes delineado (*cf. nota 1*), promove mais uma majoração à aplicação das multas *astreintes*: sua utilização nas obrigações de dar. A Lei nº 9.099, de 26.9.95, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis, destinados a conciliar, processar, julgar e executar as causas cíveis de menor complexidade, sob os critérios da informalidade e celeridade, inspirando-se nos arts. 644 e 645 do CPC, ampliou, portanto, a aplicação do regime das *astreintes*. Estendeu-as às obrigações de dar e entregar, *in litteris*:

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

Omissis (...)

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não-fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária.

A obrigação de dar ou entregar tem por interesse uma coisa, que pode ser objeto de execução direta, específica, ou através da própria coisa, que é subtraída do devedor, à força ou não, mas, sem ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade.

O mesmo não ocorre com a obrigação de fazer ou de não-fazer, que não podem ser exigidas mediante coação física sobre o devedor e, por isso, incidem na regra “*nemo cogi ad factum*”, resolvendo-se em perdas e da-

nos ou execução indireta. Mas, como foi apontado, a jurisprudência francesa inovou, instituindo um meio de coação moral (não física) sobre o devedor, através das *astreintes* ou penas diárias, a fim de vencer a resistência dos inadimplentes.

O instituto das *astreintes* difundiu-se sobremodo no direito comparado: além da França, a Itália e a Alemanha são exemplos representativos bem sucedidos de aplicação desse mecanismo. Aliás, o próprio direito processual brasileiro anterior já admitia esse regime para a execução das obrigações de fazer e não-fazer, tanto que instituiu um procedimento especial para abrigar tais pretensões: ação cominatória, art. 302, XII do CPC/39. E, com base nesse dispositivo, foi elaborada a Súmula nº 500 do STF, segundo a qual “não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar.” E não cabe porque a obrigação de dar pode ser exigida ‘*manu militari*’ sem ofensa à pessoa do devedor (pela subtração da coisa e entrega ao credor).

O novo Código Processual, entretanto, suprimiu o procedimento especial cominatório, mas não excluiu o procedimento ordinário ou sumário para a execução das obrigações de fazer e não-fazer, com suporte nos arts. 287, 461, 644 e 645, conforme declinado.

Deve-se explicitar que a Lei de Defesa do Consumidor concede tutela específica, inclusive liminar, para execução das obrigações de fazer e não-fazer, inclusive pela cominação de multa diária *ex officio* e outras medidas drásticas de compulsão (Lei nº 8.078/90, art. 84). Esse sistema veio a ser transplantado para o art. 461 do CPC pela Lei nº 8.952, de 13.12.94.

Sabe-se que nos Juizados Especiais, o processo orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade etc (cf. art. 2º da Lei nº 9.099/95); por outro lado, a execução específica para entrega de coisa concretiza-se com o ‘mandado de busca e apreensão da coisa móvel’ ou de ‘imissão na posse do imóvel’ (cf. art. 625 do CPC), exigindo procedimentos burocráticos incompatíveis com o novo rito especial de pequenas causas. Donde a opção pela auto-execução, através da coação moral mediante cominação de multa diária pela inobservância do preceito, seja de dar, fazer ou não-fazer. Nessa âmbito uma parte relutante da doutrina entende as *astreintes* limitadas ao máximo valor de alçada, ou seja, 40 salários mínimos. Mas pode-se refutar esse limite sob, pelo menos, dois aspectos:

- a) Pragmático, pois sua limitação seria um convite à inadimplência;
- b) Legal. O inciso II do § 1º do artigo 3º da Lei 9.099/95 impõe o limite de quarenta salários mínimos aos títulos extrajudiciais. Mas o inciso I do mesmo dispositivo não impõe qualquer limite aos títulos judiciais; silêncio intencionalmente dirigido à ilimitação. Mostra-se, em princípio, a melhor interpretação (lógica e sistemática) que se pode fazer do § 1º em questão.

Hoje o valor ‘indefinido’ é ‘ilimitado’ das multas diárias são previstas, p.e, no Enunciado nº 12.2, do III Encontro de Juizes dos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro, publicado no D.O., Parte III, em 16.11.99, através do Aviso nº 56, que dispõe:

A multa cominatória, cabível apenas nas ações e execuções que versem sobre o descumprimento de obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa certa, não sofre limitação de qualquer espécie em seu valor total, devendo ser estabelecida em valor fixo e diário, contado o prazo inicial a partir do descumprimento do preceito cominatório.

Nessa direção orientam-se as turmas recursais dos Juizados Especiais fluminenses, a exemplo das ementas a seguir:

Eis que a multa cominatória fixada para obrigar o devedor a cumprir obrigação de fazer infungível tem natureza jurídica diferente da cláusula penal e da multa moratória, que encontram seus limites fixados na lei... O juiz somente poderá rever o valor da cominação se, e somente se, em face da cláusula "rebus sic stantibus", alterarem-se de modo significativo e imprevisível as condições do pacto. Do contrário, é de ser mantido o valor da multa, que só chegou a patamares elevados, em função da inércia habitual da empresa (1999.700.004893-2, juíza-rel. Teresa Cristina Gaulia).

Omissis (...) A multa cominatória não está limitada ao teto insculpido no inciso I do art. 3º da Lei 9.099/95, posto que tal entendimento viria a beneficiar a inércia e a omissão do devedor da

obrigação de fazer, obrigação de fazer esta que no caso presente é infungível, só podendo ser cumprida pela própria ré. A multa cominatória tem função de fazer cumprir a ordem judicial, que cairia no vazio caso a mesma fosse reduzida, como pretendeu a r. Sentença (1999.700.005849-4, julgado em 09/12/1999).

Cabe esclarecer, por fim, que diante de obrigações personalíssimas, as quais só o devedor pode cumprir, não interessa a ninguém sua conversão em perdas e danos, opção facultada exclusivamente aos credores, pelos artigos 633 e 461, parágrafo 1º, do CPC. Há mesmo que se impor pesadas multas, para compelir os devedores a cumprirem no vencimento as obrigações que lhes ordenarem a Justiça, evitando-se o desleixo e o descrédito institucional.

Surge, agora, outra inovação (na realidade, um alongamento): o preceito cominatório ou regime das *astreintes*, também cabíveis para a execução das obrigações de dar, entregar ou restituir, não somente circunscritas aos Juizados Especiais, mas a todo o Judiciário. E a razão é de ordem prática: a efetividade processual. É uma resposta tecnojurídica, isto é, uma mudança (ou evolução) das técnicas de direito positivo, em função das transformações sociais e da massificação das relações jurídicas vivenciadas na atualidade.

Uma opção que se apresenta, embora de antemão limitada, mas que não propugna por maiores mudanças ou investimentos e permitiria uma flexibilização de decisões é o de se dar reconhecidamente ao Poder Judiciário a com-

petência *in concretum* para avaliar, sopesar e aplicar as normas, os princípios e os valores envolvidos. Exigir-se-ia em contrapartida, certa harmonia entre a imposição da multa cognitiva e a austeridade na sua aplicação (execução), evitando sua ridicularização. O caráter imperativo das *astreintes* é latente, porém, não pode servir para provocar transformações radicais, mormente se motivada (ou ao menos explicada) a desobediência. De outro lado, não se vê como permitir e continuar no emprego de um instituto simulado.

Enfim, a transferência e, por conseqüência, a total responsabilização do Judiciário nas imposições e execuções de casos reais a serem submetidos às denominadas multas diárias (*astreintes*) parece um meio viabilizador de evolução do direito positivo. Haverão os tribunais de se munir de ponderações normativo-valorativas, sempre e rigorosamente motivadas, podendo trazer maior harmonia e sentido a um instituto ainda por demais flutuante no País, e que vem provocando descrédito e antinomias para o ordenamento, para as instituições e, principalmente, para as gentes brasileiras.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otávio de O. **Do injusto ônus processual para se executar obrigação pecuniária**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpc0047.htm>. Acesso em 26 nov. 2002.

BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. **Execução de Termo de Compromisso Firmado perante o Ministério Público do Trabalho: Competência da Justiça do Trabalho**. Disponível em: http://www.prt21.gov.br/dt_2_04.htm. Acesso em: 26 nov. 2002.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. **Saisine e Astreinte**. Disponível em: <http://www.stac.sp.gov.br/cedes/trab-juridicos/cedes-trab-5.htm>. Acesso em 26 nov. 2002.

COSTA, Dilvanir José da. **A Execução das Obrigações de Dar, Fazer e Não-Fazer no Direito Brasileiro e no Direito Comparado**. Disponível em: http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DC/execução.htm. Acesso em: 26 nov. 2002.

FARÁG, Cláudio Renato do Canto. **Multa pelo Aumento ou Excesso de Consumo de Energia Elétrica – Limites Constitucionais**. Disponível em: <http://www.ilumina.org.br/multas.html>. Acesso em: 26 nov. 2002.

LEOCÁDIO, Carlos. **O Limite da Multa Cominatória**. Disponível em: <http://www.leocadioadvogados.hpg.ig.com.br/arquivo/a20011125.htm>. Acesso em 26 nov. 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS e a prestação gratuita de serviço. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 20, p.41-47, mai.1997.

_____. As multas e o imposto de renda. *Revista Jurídica*, a. XXXI, v. 105, p.49-55, mai./jun.1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, 1993.

_____. O Direito Positivo Enquanto Subsistema Social. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru, 1985.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **ASTREINTES – Essa Grande Desconhecida**. Disponível em: <http://www.indicebrasileirodeadvogado.com.br/artigos/astreintes.htm>. Acesso em 26 nov. 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO SOBREVIVE

Luiz de Freitas Lima

Professor de Direito Empresarial da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, membro das Academias de Letras e Artes do Nordeste Brasileiro e Pesqueirense de Letras e Artes e, da União Brasileira de Escritores

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. PREPARAÇÃO DO TERRENO PARA O NOVO CÓDIGO CIVIL; 3. CRÍTICAS E VIRTUDES; 4. UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO; 5. TEORIA DA EMPRESA; 6. VIGÊNCIA DO CÓDIGO COMERCIAL; 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

À luz de uma leitura mais atenta do art. 2.045 do novo Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei 10.406, de 10 janeiro de 2002, ocorre-nos à conclusão de que o nosso vetusto Código Comercial assinado por D. Pedro II continua vigente.

2. PREPARAÇÃO DO TERRENO PARA O NOVO CÓDIGO CIVIL

Desde alguns anos, a legislação e a doutrina preparavam terreno para o acolhimento das inovações do novo Código Civil: a Unificação do Direito Privado e a Teoria da Empresa, inspiradas no (não propriamente copiadas do) Código Civil italiano de 1942.

Em seqüência, poder-se-ia considerar que, distanciando-se um pouco do ordenamento legal da justiça

francesa, um sinal presuntivo fora lançado pelo sistema brasileiro com a extinção dos Tribunais do Comércio em 1875 do nosso cenário judicial, passando as causas relacionadas ao comércio a serem julgadas por juízes e tribunais cíveis.

Além do mais, o direito civil, como direito comum, sempre suplementou o direito comercial no que diz respeito à capacidade das partes, aos dispositivos contratuais e outros temas.

A Lei da duplicata (5.474), promulgada em 1968, passou a regular a duplicata de prestação de serviços emitida por empresas individuais e sociedades civis, quando, antes, o direito à sua emissão era exclusivo de comerciante.

Em 1991, a Lei das Locações (8.245/91) estendeu à sociedade civil com fins lucrativos o direito à renovação do contrato, preenchidas determinadas exigências legais, o que, antes, era privilégio, tão-somente, de comerciante.

A substituição da Lei do Registro do Comércio (4.726/65), por outro aspecto, não se deu, apenas, no que se relaciona às normas, mas também na própria denominação, mudando para *Lei do Registro de Empresas Mercantis e atividades afins* (8.934/94).

Lembra Fábio Ulhoa Coelho, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, submete a empresa ao mesmo tratamento jurídico independentemente do gênero de atividade em que opera.

Creemos que, por tudo isso, um dos nossos mais conhecidos comercialistas, Rubens Requião, de há muito, vem

se referindo, em seu famoso Curso de Direito Comercial, a *Empresário comerciante e Colaboradores de Empresas* ao invés de *comerciante e agentes auxiliares do comércio*.

3. CRÍTICAS E VIRTUDES

A importância que teve o Código de Comércio francês de 1807 para o direito comercial, por introduzir a Teoria dos Atos de Comércio, tem o Código Civil italiano de 1942 por implantar as inovações supra mencionadas.

O novo Código Civil brasileiro, ao ser promulgado, recebeu grande número de críticas, nem sempre procedentes.

Muitas delas se concentram no fato de que o mesmo deixa de incluir, no seu texto, matérias que, ao longo da discussão do projeto de 1975, foram surgindo, ou já existiam fora dele.

É claro que há matérias que, convenientemente, deverão ficar fora do código como legislação especial, principalmente dada a sua extensão e relevância, como a propriedade industrial, a sociedade anônima, a falência e a concordata e os títulos de crédito.

Em relação aos títulos de crédito, na nossa modesta opinião, o Código Civil não precisaria ter incluído a matéria, uma vez que já existe uma detalhada legislação especial, interna e internacional.

O máximo que nos parece aceitável inserir, no diploma civil, seria a definição de título de crédito, indubi-

tavelmente mais completa que a de Cesare Vivante, por incluir como característica comum dos mesmos o rigor cambiário.

O legislador deverá, isso sim, é promover uma consolidação das normas constantes da letra de câmbio e da nota promissória, como o fez no tocante ao cheque, assim facilitando a vida dos processadores do assunto.

Nessa abordagem do direito cambiário, convém ressaltar que o novo Código, no inc. III do art. 1.647, estendeu ao AVAL a necessidade de beneplácito conjugal, como ocorre com a fiança, também caução fidejussória.

Ora, o aval é uma garantia típica de título de crédito que sempre independeu dessa outorga. As instituições financeiras, a partir de agora, deverão exigir, dos avalistas de suas operações representadas por títulos de crédito, a assinatura do outro cônjuge.

Além desta última, com o alinhamento de outras alterações na lei especial, como a inclusão, nos títulos de crédito, do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e, especialmente no cheque, do nome do favorecido como requisitos essenciais, a legislação cambiária desuniu-se em duas bandas, uma para aplicação interna e outra internacional.

É que, não tendo havido reserva ou denúncia no que concerne às leis uniformes, os países aderentes às convenções alusivas às mesmas não são afetados por tais alterações.

Deve ser observado, contudo, que o novo código promoveu mudanças altamente benéficas ao adotar a Unificação do Direito Privado e a Teoria da Empresa.

Dentro dessa nova face, extirpou privilégios ainda herdados do velho Código Comercial, como o constante do art. 21, que equiparava a assinatura do comerciante ao do tabelião, se bem que era pouco conhecido e, praticamente, nunca utilizado. Em sendo assim, não tinha o menor sentido a firma do comerciante ser levada a cartório para reconhecimento.

A sociedade civil transmudou de nome, com a denominação de *sociedade simples* e recebeu um conjunto de regras alimentadoras das sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada.

Dentro do reforço que lhe foi conferido pela lei, a sociedade simples pode ter sócio com responsabilidade subsidiária ou não, dependendo do contrato, e contar com pessoas naturais ou jurídicas em seu quadro social.

O credor de um sócio, pelo novo Código, pode requerer, judicialmente, a liquidação da cota do sócio devedor, determinando que o valor apurado com base na situação patrimonial da empresa deverá ser depositado em dinheiro, no juízo da execução dentro de 90 dias.

Colocou nos trilhos a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, antes inteiramente fora da realidade brasileira e regulada por um Decreto de 1919 (3.708) sem alteração por mais de oitenta anos e fazendo com que muitas de suas normas se tornassem inaplicáveis.

Recebendo, no novo código, a denominação simplificada de *sociedade limitada* – como sugeria Inglês de Souza, desde 1912 – foi-lhe dada uma feição capitalista, detalhando-a com grande número de regras da Lei 6.404/

76, como as sobre conselho fiscal, assembléias dos sócios, aumento e redução do capital e direito dos sócios minoritários.

O conselho fiscal, nela, é facultativo, mas a assembléia é obrigatória desde que tenha, no seu quadro, mais de dez sócios.

No elenco de suas imperfeições, a sociedade por quotas adotava, legalmente, o sistema alemão de integralização do capital, sem dúvida o mais complicado – em que cada sócio, originalmente, ficava com uma quota inicial distinta das que fosse adquirindo – quando, na prática, adotava o sistema francês de pluralidade das quotas, bem mais razoável; tornou-se direito positivo o que era regra consuetudinária.

Ainda mais, a limitada tem tudo para ser uma sociedade de pessoas, uma vez que os sócios são recrutados entre pessoas selecionadas pelos fundadores e não há, por outro lado, a livre cessibilidade da participação societária.

No entanto, se, no início, o velho decreto mandava aplicar regras das sociedades de pessoas (as do Código Comercial), no fim do texto enviava, em caso de omissão, para as normas da sociedade anônima, o que causava confusão.

Somos inclinados a crer que o suprimento de regras por meio das sociedades de pessoas e das sociedades de capital feito no decreto, tenha levado o Supremo Tribunal Federal a considerar, em 1973, a sociedade por quotas de responsabilidade, uma *sociedade mista*, isto é, ao mesmo tempo uma sociedade de pessoas e de capitais.

Achamos que a sociedade limitada continuará, na ótica da jurisprudência, a ser reputada como uma sociedade mista, uma vez que o novo Código dá a opção de reger-se, em caso de omissão, pelas regras da sociedade anônima ou das normas da sociedade simples.

Isso facilita, sem dúvida, alguns aspectos da sociedade limitada, como é o caso da presença de menores no quadro social, mas o código poderia ter feito referência às exigências para que o menor possa integrar a sociedade, pois sabemos que o Supremo Tribunal Federal impõe, desde 1976, duas condições para que isso ocorra: que o capital esteja inteiramente integralizado e o menor não participe da administração.

Aproveitando o ensejo, poderia o Código Civil, primeiramente, ter substituído o vocábulo *quota* por *cota*, bem mais moderno, e, em segundo lugar, ter introduzido, na nossa legislação, a empresa unipessoal limitada, o que evitaria o chamado *homem de palha*, colocado como sócio apenas para solucionar a pluralidade.

Como sociedade unipessoal, aportou em nosso País, através da Lei das Sociedades por Ações, a Sociedade Subsidiária Integral, composta, apenas, de uma sociedade brasileira e João Eunápio Borges, em seu Curso de Direito Comercial Terrestre, faz referência à Companhia Urbanizadora da Nova Capital, criada, há décadas, por lei especial, com o capital inteiramente pertencente à União (pág. 260/261).

A Alemanha, desde 1980, mantém a sociedade de responsabilidade limitada constituída por uma só pessoa; a França, desde 1985, conta a Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada; e Portugal, desde 1986, criou

76, como as sobre conselho fiscal, assembléias dos sócios, aumento e redução do capital e direito dos sócios minoritários.

O conselho fiscal, nela, é facultativo, mas a assembléia é obrigatória desde que tenha, no seu quadro, mais de dez sócios.

No elenco de suas imperfeições, a sociedade por quotas adotava, legalmente, o sistema alemão de integralização do capital, sem dúvida o mais complicado – em que cada sócio, originalmente, ficava com uma quota inicial distinta das que fosse adquirindo – quando, na prática, adotava o sistema francês de pluralidade das quotas, bem mais razoável; tornou-se direito positivo o que era regra consuetudinária.

Ainda mais, a limitada tem tudo para ser uma sociedade de pessoas, uma vez que os sócios são recrutados entre pessoas selecionadas pelos fundadores e não há, por outro lado, a livre cessibilidade da participação societária.

No entanto, se, no início, o velho decreto mandava aplicar regras das sociedades de pessoas (as do Código Comercial), no fim do texto enviava, em caso de omissão, para as normas da sociedade anônima, o que causava confusão.

Somos inclinados a crer que o suprimento de regras por meio das sociedades de pessoas e das sociedades de capital feito no decreto, tenha levado o Supremo Tribunal Federal a considerar, em 1973, a sociedade por quotas de responsabilidade, uma *sociedade mista*, isto é, ao mesmo tempo uma sociedade de pessoas e de capitais.

Achamos que a sociedade limitada continuará, na ótica da jurisprudência, a ser reputada como uma sociedade mista, uma vez que o novo Código dá a opção de reger-se, em caso de omissão, pelas regras da sociedade anônima ou das normas da sociedade simples.

Isso facilita, sem dúvida, alguns aspectos da sociedade limitada, como é o caso da presença de menores no quadro social, mas o código poderia ter feito referência às exigências para que o menor possa integrar a sociedade, pois sabemos que o Supremo Tribunal Federal impõe, desde 1976, duas condições para que isso ocorra: que o capital esteja inteiramente integralizado e o menor não participe da administração.

Aproveitando o ensejo, poderia o Código Civil, primeiramente, ter substituído o vocábulo *quota* por *cota*, bem mais moderno, e, em segundo lugar, ter introduzido, na nossa legislação, a empresa unipessoal limitada, o que evitaria o chamado *homem de palha*, colocado como sócio apenas para solucionar a pluralidade.

Como sociedade unipessoal, aportou em nosso País, através da Lei das Sociedades por Ações, a Sociedade Subsidiária Integral, composta, apenas, de uma sociedade brasileira e João Eunápio Borges, em seu Curso de Direito Comercial Terrestre, faz referência à Companhia Urbanizadora da Nova Capital, criada, há décadas, por lei especial, com o capital inteiramente pertencente à União (pág. 260/261).

A Alemanha, desde 1980, mantém a sociedade de responsabilidade limitada constituída por uma só pessoa; a França, desde 1985, conta a Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada; e Portugal, desde 1986, criou

o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, recebendo a crítica do Prof. José de Oliveira Ascensão por ser o estabelecimento objeto e não sujeito de direito (*ESTABELECEMENTO COMERCIAL e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada* – Separata da Revista da Ordem dos Advogados – Abril de 1987 – Lisboa).

Uma novidade advinda com o Código Civil, em relação ao nome empresarial da sociedade limitada, está no fato de a lei permitir, expressamente, na composição da denominação, o acréscimo de um ou mais nomes de sócios (art. 1.158, § 2º), o que era praticável em relação à firma individual e à sociedade anônima porque a lei o autorizava. No nosso modesto entendimento, para que a sociedade limitada pudesse conter um nome híbrido seria necessária uma permissão expressa.

No que diz respeito ao nome empresarial, o Código Civil, tanto no § 2º do art. 1.158, como no art. 1.160, passou a exigir, na denominação da sociedade limitada e da sociedade anônima a inclusão do objeto, o que não constava na legislação anterior.

Traz o Código Civil uma Seção sobre a *Resolução da Sociedade* (simples) em relação a um Sócio, na qual se lê que, na retirada do sócio, este responderá, até dois anos após a averbação do ato, *pelas obrigações sociais*.

A Lei de Falência, no que se refere à empresa, fixa o aludido prazo com relação aos sócios solidários, trazendo como exceções a retirada do sócio com o consentimento expresso dos credores, a novação das dívidas ou a continuação negocial da empresa com os credores sob o mes-

mo ou outro nome empresarial; é de presumir que tal norma inspire a jurisprudência em sua aplicação em casos similares envolvendo a sociedade simples.

Quanto à dissolução da sociedade empresária, passou a ser uma de suas causas, até por uma questão de lógica, a não recomposição da pluralidade dos sócios dentro do prazo de 180 dias (inc. IV do art. 1.033), o que, antes, se resolvia com o suprimento da norma correlata existente a sociedade anônima. Isso se verifica quando a sociedade, por um evento qualquer, fica reduzida a um integrante.

Ainda, no que toca à dissolução de pleno direito, vencido o prazo contratual sem entrar em liquidação e sem oposição de algum sócio, a sociedade será prorrogada por tempo indeterminado.

Em outro aspecto, no âmbito das sociedades, o legislador não incluiu a sociedade de capital e indústria, mas, no art. 981 admite como contribuição a *prestação de serviços*, possibilidade que confirma no art. 997, inc. V.

O que se pode deduzir é que o legislador brasileiro acompanhou a solução criada pela legislação estrangeira, decidindo por colocar a sua particularidade como cláusula especial de outro tipo de sociedade e o fez no espaço da sociedade simples.

Assim é que, no art. 1.006, dispõe:

O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído.

E reforça, no art. 1.007:

Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

Mas deixou, ao que supomos, um porto de dúvida.

Aplicam-se na sociedade limitada, na em nome coletivo e na em comandita simples, nos casos omissos, as regras da sociedade simples.

Por outro lado, infelizmente, em matéria de sociedade, o novo código reproduziu um naipe de inutilidades legais com a inserção da sociedade em nome coletivo, da em comandita simples e da em comandita por ações, modelos em absoluto desuso em todo o País, sendo que, das duas primeiras, poderá haver alguma remanescente, porém, da última, nem isso.

Afastou, de vez, algumas divergências doutrinárias, como a sobre se o cônjuge podia ou não integrar uma sociedade ao lado do outro, ao permitir, expressamente, essa possibilidade, desde que não casados no regime universal de bens ou no da separação obrigatória, bem como amenizou a controvérsia quanto à presença do incapaz no quadro social, que poderá *continuar a empresa* – que, quando era capaz dirigia – por meio de representante ou assistente, com autorização judicial (art. 974).

Ao tratar da sociedade em geral, o novo diploma, no art. 981, dispõe:

“A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.

Somos de opinião que a norma supra se amoldaria melhor se encaixada na sociedade em conta de participação.

Transportou para o seu texto o capítulo que João Eunápio Borges denomina de *Modificações das sociedades*: a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão e com inteira razão, uma vez que se trata de matéria aplicável a todas as espécies de sociedade, mas se achava inserta na *Lei das sociedades por ações* e codificou as normas sobre as sociedades que dependem de autorização do Poder Executivo para funcionar no território nacional.

O que está patente é que têm razão os que asseguram que, como na França, as regras sobre a sociedade mereceriam uma legislação especial, incluindo a sociedade anônima.

O Código Civil eliminou, em boa hora, a dupla face de alguns contratos, que misturavam conceitos dos dois códigos e amontoavam normas, estabelecendo, por vezes, discórdia entre os juristas, como o contrato de fiança, de locação, de compra e venda, o qual necessitava, por exigência do art. 191 do Código Comercial, que uma das partes fosse comerciante para que o contrato fosse mercantil.

Todavia, o legislador poderia ter codificado os contratos mais modernos e de destacado uso no mundo dos negócios, como o de arrendamento mercantil (*leasing*) – que se enquadraria na esteira do de locação, e de faturi-

zação (*factoring*) – que entraria no capítulo da compra e venda por tratar-se de aquisição de ativos.

Ao disciplinar a sociedade limitada, o legislador, no nosso entendimento, omitiu, certamente por equívoco, um *s* ao dispor, no art. 1.059 do novo código:

Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizadas por contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital. (grifos do autor).

No § único do art. 48 do Código Civil, o legislador fixa um prazo decadencial de 3 anos para anular as decisões relativas à pessoa jurídica quando violarem *a lei ou o estatuto...*, não abrangendo *o contrato*, o que nos parece uma omissão.

E, ao abordar o negócio jurídico, no art. 108 menciona, estranhamente, *o maior salário mínimo vigente no País*, quando se sabe que, desde alguns anos, o salário mínimo é o mesmo para todo o País, exceto para algumas classes de trabalhadores.

4. UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O sonho da unificação do direito privado vem de longe e o primeiro sonhador foi, incontestavelmente, o genial jurista baiano Teixeira de Freitas, que a expôs no seu famoso ESBOÇO DE CÓDIGO CIVIL.

É de notar que, segundo consta, no exterior, é tido como o precursor da idéia de unificação o grande jurista italiano Cesare Vivante – que a expôs numa aula inaugural de curso, em 1892, na Universidade de Bolonha – mas a primeira manifestação expressa veio através de anteprojeto do grande jurista baiano, que publicou a primeira parte do ESBOÇO em 1860 e a última em 1865.

Tudo faz crer que, pesquisador como todo bom jurista, Vivante tenha tomado conhecimento do anteprojeto e aceito a idéia da unificação do direito privado, pois, segundo pesquisou Sílvio Meira, o trabalho de Teixeira de Freitas repercutiu na Argentina, Uruguai, Paraguai, Alemanha, Rússia, Suíça e também na Itália, entre outras nações.

Objetiva o novo código a perda da *autonomia formal* do direito comercial (existência de dois códigos no direito privado), não a sua *autonomia científica, jurídica ou substancial* (conjunto de normas peculiares ao direito comercial) nem a sua *autonomia didática* (o ensino separado da matéria mercantil), de vez que a configuração mais importante dos negócios permanecerá.

Assim aconteceu na Itália e, certamente, acontecerá no nosso país, mesmo porque há matérias que, por mais que se deseje, não se consegue introduzi-las nos domínios da área civil, como a legislação da sociedade anônima e a falência e a concordata.

É preciso compreender que os termos *comercial* e *mercantil* não poderão assumir uma posição *fantasmagórica* em qualquer legislação.

Fábio Ulhoa anota que a Espanha, desde 1989, incorporou os fundamentos da Teoria da Empresa no seu Código Comercial, continuando a sua separação do Código Civil e que, na Itália,

a demonstração irresponsável de que a autonomia do direito comercial não é comprometida nem pela unificação do direito privado, nem pela teoria da empresa, encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas... o direito comercial continua sendo tratado como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados... até mesmo em reformas curriculares recentes, como a empreendida na Faculdade de Direito de Bolonha a partir do ano letivo de 1996/1997, a autonomia do direito comercial foi amplamente prestigiada". (Curso de Direito Comercial, v. 1, p. 28).

O próprio Código Civil brasileiro continua inseparável da comercialidade, como as referências ao Registro Público de *Empresas Mercantis* (artigos 968, 976, 979, 984), mantido o *Registro Civil* das Pessoas Jurídicas (998).

Waldirio Bulgarelli cita interessante trecho da Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, em seu oportuno livro *Tratado de Direito Empresarial*, 4ª ed., páginas 211 e 212:

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado, a não ser em suas matrizes... Como foi dito em relação ao Código Civil de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar aquelas disciplinas.

5. TEORIA DA EMPRESA

O novo código civil sobrelevou a figura do empresário, objetivando, o quanto possível, substituir a do comerciante, deixando, ao que tudo indica, a definição de empresa como tarefa da doutrina, da jurisprudência ou de lei extravagante.

Num raciocínio simplista, Rubens Requião, seguindo os passos de Ferrara e também, segundo Bulgarelli, da maioria da doutrina italiana e de outros países, resume o conceito da empresa, simplesmente, ao exercício de uma ATIVIDADE produtiva, longe, portanto, do sistema subjetivo ou legislativo, e chega a afirmar que, mesmo que uma casa de negócio esteja inteiramente instalada, enquanto não estiver em funcionamento não é empresa.

Provavelmente, com arrimo na definição textual de empresário, Fábio Ulhoa Coelho, em seu Curso de Direito, pág. 19, afirma: "*Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços*".

No capítulo sobre a pessoa jurídica, o Código Civil relaciona as *associações, as sociedades e as fundações*, quando o Código Civil de 1916 registrava as *associações de utilidade pública* e as *sociedades civis, religiosas,*

pias, morais, científicas ou literárias; com razão, de vez que, afora as sociedades civis, as demais entidades se enquadram, mais acertadamente, como associações, por serem entidades de fins não econômicos.

Excluiu, também, a expressão *de utilidade pública*, no caso das associações, porque, indiscutivelmente, não existe associação que não seja constituída para benefício de uma certa comunidade.

O novo diploma legal corrigiu, no nosso entender, um equívoco que trazia o art. 18 do Código Civil de 1916, quando estabelecia que, para a aquisição da personalidade jurídica, era necessário o arquivamento dos atos constitutivos da sociedade no órgão competente *ou com autorização do governo, quando precisa*.

Dava-nos a impressão de que, tendo o legislador anterior utilizado a conjunção *ou*, em recebendo autorização do governo, quando precisa, adquiriria personalidade jurídica, o que não acontecia.

Como se sabe, essa autorização é arquivada no órgão competente juntamente com os demais documentos indispensáveis.

A redação do novo código, bem mais lógica, esclarece que ficam excluídas na esfera da empresa as atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística, tornando facultativa a inscrição da atividade rural e do pequeno empresário.

Há, todavia, um detalhe que separa o empresário individual do empresário que atua dentro da aludida área.

Lemos no art. 971 do Código Civil:

“O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode... requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede... (grifos do autor).”

E o seu art. 984 dispõe:

A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída ou transformada, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos à sociedade empresária.

Pelo que se lê no texto legal, a sociedade que explora atividade rural conta a opção de inscrever-se no Registro de Empresas Mercantis, mas o empresário individual, para que requeira a inscrição, deverá explorar outros itens no seu objeto; o que nos chama a atenção é o fato de o art. 971 iniciar com a palavra *empresário*, pois se já o é, fica sem sentido a alternativa.

Sob o novo prisma, atos tradicionalmente considerados civis porque deixados de fora pelo Código Comercial, como a especulação imobiliária, assumem postura empresarial.

Bastante reveladora é a definição de *empresário* do Código Civil (art. 966): *“Quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”*.

A palavra *bens* não nos autoriza a exclusão dos *imóveis*, mas quanto à palavra *serviços*, afigura-se-nos talvez como pomo de possíveis dúvidas, uma vez que a *prestação de serviços* aparece como contribuição do sócio apenas na sociedade simples, que é não empresária.

Acontece, todavia, que o novo diploma legal esclarece, em relação à sociedade limitada, que a prestação de serviços não pode consubstanciar-se como contribuição do sócio à entidade, o que não preceitua quanto à sociedade em nome coletivo e à sociedade em comandita simples.

Ora, se a primeira dessas sociedades, pela lei, suplementa as suas normas com o texto da sociedade simples, e a segunda com as regras da primeira, afirmamos que tais sociedades poderão contar, em seu quadro social, com integrantes contribuindo com a prestação de serviços.

A separação entre a sociedade mercantil e a civil, no que se relaciona à aquisição da personalidade jurídica, na prática, continua, já que a primeira, sob o nome de *sociedade empresária* tem seu registro onde sempre teve: na Junta comercial, e a sociedade civil, aqui denominada de sociedade *simples*, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como antes.

6. VIGÊNCIA DO CÓDIGO COMERCIAL

A dicotomia, porém, sobrevive, mesmo com a armadura do direito empresarial, parecendo-nos, assim, que até a autonomia formal se torna duvidosa.

O nosso Código Comercial de 1850, inicialmente, era composto de três partes: a primeira disciplinava o comerciante, a segunda o direito marítimo e a terceira as quebras.

De uma só vez, o aludido diploma legal sofreu a mutilação de um terço com o envio da última parte (art. 797 a 913) para uma legislação especial.

Posteriormente, foi a vez da sociedade anônima (art. 295 a 299), que tomou caminho idêntico ao da legislação falimentar.

Ao longo de mais de um século e meio outras leis extravagantes foram definhando o Código Comercial.

Ora, apesar de capengando, restavam, ainda, duas partes do mencionado código, a relativa ao comerciante e a que regulava o direito marítimo.

Se, expressamente, a Lei 10.406/02 revoga uma dessas partes, parece-nos indubitável que sobrevive a outra e, conseqüentemente, o Código Comercial.

Examine-se o que dispõe o art. 2.045 do novo Código Civil:

Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – código Civil e Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de dezembro de 1850.

Somos tentados a afirmar que melhor seria que o legislador revogasse, expressamente, o Código Comercial e enviasse para o Congresso Nacional um projeto de lei consolidando a legislação pertencente ao direito marítimo e aeronáutico.

Salvo melhor juízo.

7. REFERÊNCIAS

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. [s.l.]: [s.n.], 1971.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. [s.l.]: [s.n.], 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas, o jurista do Império**. [s.l.]: [s.n.], 1979.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Inglez de. **Direito Commercial – Prelecções**. [s.l.]: [s.n.], 1912.

A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO PRESO?

Rafaella Oliveira Pinto de Campos
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Aluna da Escola Superior da Magistratura – ESMAPE. Procuradora Federal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO; 2.1. Considerações preliminares; 2.2. A Constituição Federal de 1988; 2.3. O Código Penal; 2.3.1. Considerações introdutórias; 2.3.2. As espécies de penas privativas de liberdade; 2.3.3. Os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade; 2.4. A Lei de Execução Penal; 2.4.1. Considerações iniciais; 2.4.2. A penitenciária; 2.4.3. A colônia agrícola, industrial ou similar; 2.4.4. A casa do albergado. 3. CAUSAS DA INEFICIÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO; 3.1. Considerações gerais; 3.2. O isolamento da sociedade e da família; 3.3. A prisionalização: assimilação da subcultura carcerária; 3.4. A ausência de condições físicas e higiênicas nas instalações das prisões; 3.5. A superpopulação carcerária e a perda de privacidade; 3.6. A inexistência de atividade laborativa e o excesso de tempo livre; 3.7. O despreparo do pessoal penitenciário; 3.8. O problema da privação de relações sexuais. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Um dos objetos de estudo do Direito Penal é a pena, também denominada sanção penal, pois, embora esse ramo da Ciência Jurídica preocupe-se, ao mesmo tempo, com o delito, que é a infração à norma penal, a importância da pena cresce na medida em que, sem ela, a própria

norma não subsistiria.¹ Sabe-se que a pena está prevista abstratamente nas normas definidoras dos tipos penais como a consequência da prática de um crime. Desse modo, quando um indivíduo comete um fato típico, antijurídico e culpável exsurge a necessidade de puni-lo por esse comportamento reprovável. De fato,

a reprovabilidade resulta exatamente do fato de ter o agente agido de modo contrário quando podia e devia ter agido de conformidade com o Direito. Daí, a necessidade da sanção à violação da norma, pois o agente podia e devia ter respeitado o preceito nela contido e, como não o respeitara, cumpre manter a estabilidade da ordem jurídica e evitar que o próprio agente venha de novo a perturbá-la com o seu modo de agir².

Não há dúvidas, portanto, de que o indivíduo que comete um crime deve ser punido. Porém, de que forma? Há várias espécies de penas instituídas ao longo dos séculos nos diversos sistemas jurídicos que vão de uma simples multa até a extrema e irreversível pena de morte. Entre essas modalidades de sanção penal destaca-se a pena privativa de liberdade como a mais tradicional e polêmica delas. Tradicional porque desde a sua aparição, em fins do século XVI, essa espécie de pena é a sanção mais comumente prevista como consequência da

1 ANDRADE, 1979: 91.
2 LOPES, 1978: 86.

prática de crimes. A polêmica, por seu turno, refere-se à concretização dessa pena na prática, ou seja, será que ao ser executada ela atende às idéias teóricas que nortearam a sua concepção?

A pena privativa de liberdade é concebida, modernamente, como um mal necessário³, pois, ao retirar o indivíduo da convivência em sociedade e impedir-lhe o exercício de um de seus direitos fundamentais, visa a garantir a segurança e a manutenção da ordem social⁴, como também, e principalmente, recuperá-lo para que ele, ao ser reinserido no corpo social, não mais volte a delinquir. Assim, a pena de prisão acumula as funções de retribuir o mal causado pelo criminoso, prevenir a prática de novos delitos através da intimidação do próprio delinqüente e dos demais membros da sociedade, bem como transformar o preso de criminoso em não-criminoso, ou seja, ressocializá-lo.⁵ Com efeito, pela análise da evolução das espécies de penas ao longo da história, pode-se concluir que:

a pena privativa da liberdade constitui notável progresso como sucedâneo da pena de morte, então executada com as mais requintadas formas de terror e crueldade, (...). A prisão representou uma grande conquista em comparação com as torturas e outras penas corporais consistentes em mutilações e nos mais refinados meios de impor castigos pelos

3 BITENCOURT, 2001: 1.
4 MARQUES, 2000: 14.
5 FERNANDES, 1999: 3.

*sofrimentos físicos. (...) Em tais circunstâncias, é claro que a prisão, mesmo nos calabouços ou masmorras medievais, apresentava-se como bom substitutivo penal, pois restava sempre a esperança de uma comutação ou de algum dia, antes da morte, reconquistar-se a liberdade.*⁶

Entretanto, apesar de todas essas vantagens sobre outras formas de punições, a utilização sistemática da pena de prisão no Brasil vem comprovando, ao longo dos anos, que a finalidade a ela atribuída não está sendo alcançada. Destarte, este trabalho tem por objetivo demonstrar que a concepção teórica da pena privativa de liberdade não está sendo realizada na prática, vale dizer, que a pena de prisão não cumpre, na realidade do dia-a-dia, a função primordial de ressocializar o indivíduo através de medidas sócioeducativas para que ele não volte a praticar crimes quando retornar ao seio da comunidade.

Ao examinar o desvirtuamento da função assumida pela pena de prisão, Oswaldo Henrique Duek Marques afirma que:

a idéia primitiva de castigo, oriunda de épocas remotas, permanece intocável, mesmo diante das recentes teorias progressistas e humanitárias, que advogam uma intervenção estatal punitiva, com limites traçados pelos

6 LOPES, 1978: 87.

*direitos e garantias individuais. Isso explica o motivo pelo qual a pena privativa de liberdade de hoje, do ponto de vista prático, não é compatível com o crivo da racionalidade do pensamento contemporâneo, ou com a moderna concepção de humanidade, de caráter universalizante, inserida nas Declarações de Direitos Individuais. De fato, do ponto de vista teórico, as concepções recentes da pena amparam-se nos estudos mais progressistas no âmbito do Direito Penal, que não condizem com sua realidade prática.*⁷

O exame da crise da pena privativa de liberdade é importante na medida em que a cada dia cresce o número de pessoas condenadas a serem encarceradas em prisões para viverem num ambiente que, além de não favorecer a sua recuperação do ponto de vista social, produz efeitos negativos nos mais diversos aspectos de sua vida (psicológicos, afetivos, profissionais, sexuais). Nesse sentido, pode-se afirmar que o problema da prisão é a própria prisão, pois ela avilta, desmoraliza, denigra e embrutece o apenado.⁸ O aprisionamento, desse modo, transforma os indivíduos que de lá conseguem sair (quando não cometem suicídio ou são vítimas fatais de seus companheiros) em seres humanos mais vulneráveis à reincidência e menos aptos ao início (ou retomada) de uma vida comum e sadia na família, no trabalho, enfim, na sociedade.

7 MARQUES, 2000:14.

8 BITENCOURT, 2001:3.

2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Considerações Preliminares

Este capítulo propõe-se à análise das principais normas sobre o tema, quais sejam: a Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

2.2. A Constituição Federal de 1988

As constituições brasileiras, desde a Imperial até a atual Carta Magna, cuidaram do tema relativo às prisões e aos encarcerados. Apenas a título de exemplo, pode-se citar a Lei Maior de 1824 que determinava, em seu artigo 179: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.”⁹

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, prevê a pena privativa de liberdade no artigo 5º, inciso XLVI, alínea ‘a’, *verbis*:

“XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;”

Outrossim, a prescrição do artigo 5º, inciso XLVIII, complementa a disciplina da pena de prisão, *in litteris*:

.....

9 LEAL, 1998: 85.

“XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;”

As normas constitucionais supratranscritas, entretanto, só têm eficácia plena com a aplicação dos diplomas infraconstitucionais específicos que serão estudados a seguir.

2.3. O Código Penal

2.3.1. Considerações introdutórias

O Código Penal Brasileiro, instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, trata da pena privativa de liberdade na Seção I do Capítulo I (Das espécies de pena) de seu Título V (Das Penas). Essa Seção, que compreende os artigos 33 a 42, é denominada ‘Das penas privativas de liberdade’ porque há duas espécies de penas de prisão no sistema penal pátrio: a reclusão e a detenção. Além das espécies, neste ponto serão abordados os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade.

2.3.2. As espécies de penas privativas de liberdade

O artigo 33 do Diploma Repressivo estabelece as duas espécies de penas privativas de liberdade, a pena de reclusão e a de detenção. Todavia,

a tendência da legislação atual é no sentido da redução das distintas penas de prisão a uma

única espécie. As leis antigas, prevendo várias categorias de penas privativas da liberdade, partiam de uma concepção retributiva exacerbada, entendendo ser necessário estabelecer certas penas de prisão mais aflictivas que outras, para expressar maior reprovabilidade diante dos crimes graves.¹⁰

O dispositivo legal em exame, embora não defina as espécies de pena, determina os regimes de cumprimento que se aplicam a cada uma, traçando-lhes um perfil próprio. Com efeito,

nossa lei vigente manteve a distinção entre as penas de reclusão e de detenção. Desapareceram, no entanto, as diferenças (que o CP de 1940 previa) entre uma e outra pena, no plano jurídico. A única diferença entre reclusão e detenção reside no fato de que a primeira deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a última em regime semi-aberto ou aberto (art. 33, CP). Na execução, não há diferença alguma entre reclusos e detentos.¹¹

Assim, para uma correta compreensão das espécies de penas privativas de liberdade, faz-se necessário o estudo dos regimes de seu cumprimento.

10 FRAGOSO, 1986: 305.

11 FRAGOSO, 1986: 302.

2.3.3. Os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade

A palavra 'regime', aqui utilizada, deve ser entendida como "a maneira pela qual é cumprida a pena privativa de liberdade, tendo em vista a intensidade ou grau em que a liberdade de locomoção é atingida."¹²

O Código Penal prevê três regimes diversos para o cumprimento das penas privativas de liberdade: o fechado, o semi-aberto e o aberto. Esses regimes possuem peculiaridades que estão dispostas no próprio diploma legal e merecem ser analisadas.

O regime fechado, que está disciplinado pelo artigo 34 do Código Penal, caracteriza-se pelas seguintes regras: 1) a realização de um exame criminológico, no início do cumprimento da pena, com o objetivo de classificar o delinqüente para individualizar a execução da sanção; 2) a obrigatoriedade do trabalho em comum dentro do estabelecimento, no período diurno; 3) a admissibilidade do trabalho externo em serviços ou obras públicas, desde que proporcione algum benefício para a reabilitação do preso e sejam tomadas as devidas cautelas contra a fuga; 4) o isolamento durante o repouso noturno.

O regime semi-aberto, a seu turno, tem suas regras fixadas pelo artigo 35 do Estatuto Repressivo e apresenta as seguintes características: 1) assim como o regime fechado, este também exige que o condenado submeta-se ao exame criminológico (explicado acima) com vistas à individualização do cumprimento da pena; 2) a sujeição ao trabalho em comum, no período diurno, em colônia

12 NORONHA, 1993: 229.

agrícola, industrial ou estabelecimento similar; 3) a admissibilidade do trabalho externo e a possibilidade de frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O regime aberto, por fim, é delineado pelo artigo 36 do Código Penal que define as suas particularidades: 1) tem como fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, pois a fiscalização e a vigilância exercidas sobre o condenado são bem reduzidas; 2) a obrigatoriedade de trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento; 3) o recolhimento durante o período noturno e nos dias de folga.

2.4. A Lei de Execução Penal

2.4.1. Considerações iniciais

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, trata de vários temas pertinentes a este trabalho, porém neste tópico cuidar-se-á apenas daquele relativo aos estabelecimentos destinados à execução das penas privativas de liberdade.

As circunstâncias que caracterizam os diversos estabelecimentos penais são a natureza do trabalho, o estilo arquitetônico do estabelecimento, a disciplina interna e as possibilidades de contato com o mundo exterior.¹³ Em virtude dessas configurações, os estabelecimentos penais foram classificados tal como os regimes prisionais: fechado, semi-aberto e aberto, sendo que cada um recebeu uma denominação própria.

.....

13 MIRABETE, 1997: 218.

2.4.2. A penitenciária

Esse estabelecimento, que se encontra regulado pelos artigos 87 a 90 da LEP (Lei de Execução Penal), destina-se ao cumprimento da pena de reclusão em regime fechado e deve ser de segurança máxima ou média, em razão da maior periculosidade dos criminosos que a ele são recolhidos. Por isso, a penitenciária deve ser concebida de tal modo que permita o maior controle e vigilância sobre os reclusos.¹⁴

No entanto, apesar das determinações legais, a realidade das penitenciárias estaduais é bastante diferente, pois:

- a) poucas podem ser taxadas de segurança máxima, ou mesmo média, conquanto assim designadas;
- b) acolhem condenados a penas em regime semi-aberto e aberto, além de presos provisórios, aos quais se destinam as cadeias públicas;
- c) possuem compartimentos coletivos (ferindo o direito ao isolamento e ao repouso noturno) e não apenas individuais, e estes raramente preenchem as exigências legais: área mínima de seis metros quadrados, ambiente salubre, dormitório, aparelho sanitário e lavatório;
- d) não oferecem atividade remunerada para a maioria dos presos;
- e) situam-se geralmente nos centros urbanos ou em locais tão afastados que restringem a visitaçõ.¹⁵

.....

14 MIRABETE, 1997: 219.

15 LEAL, 1998: 57.

2.4.3. A colônia agrícola, industrial ou similar

O estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena em regime semi-aberto está disciplinado pelos artigos 91 e 92 da LEP e a ele devem ser recolhidos os criminosos em transição do regime fechado para o aberto, bem como aqueles condenados a penas de curta ou média duração.

Na prática, contudo, constata-se uma grande disparidade dos estabelecimentos semi-abertos em relação ao prescrito na lei, uma vez que:

*a) deveriam ser de segurança mínima, mas não preenchem os requisitos para que se classifiquem como tais; b) abrigam condenados a penas em regime fechado e aberto; c) os presos se acomodam em compartimentos coletivos sem salubridade, não se observando sua seleção adequada e o limite de capacidade máxima que atenda aos fins de individualização da pena; d) a oferta de trabalho remunerado, incluindo o agrícola, é privilégio de poucos.*¹⁶

2.4.4. A casa do albergado

Os artigos 93 a 95 da LEP regulam esse estabelecimento penal destinado à execução da pena privativa de liberdade em regime aberto.

A casa do albergado deve ser uma instituição autônoma, localizada no meio rural ou urbano, cuja principal característica é a ausência de precauções materiais e físicas contra a fuga.¹⁷ Embora seja somente uma “prisão noturna” e

16 LEAL, 1998: 58.

17 ALBERGARIA, 1995: 136.

apresente certos inconvenientes como, por exemplo, a possibilidade de evasão e o enfraquecimento da função intimidante da pena, se for bem regulamentada e concedida somente ao condenado apto ao regime aberto, a prisão albergue não apresentará apenas uma garantia para o condenado ter onde comer, dormir e ficar despreocupado, mas sim uma forma de cumprimento da pena que exige a submissão a um regulamento e a obediência às condições e normas de conduta.¹⁸

Mais uma vez, porém, verifica-se que a realidade das casas do albergado não corresponde ao preconizado pela norma legal, já que:

*a) poucos são os estados que construíram ou adaptaram prédios para essa finalidade, e os que o fizeram assistiram à sua decadência gradual ao longo dos anos; b) nos raros sítios onde funcionam, não há controle das condições impostas nem se dispõe de local adequado para cursos e palestras, em prejuízo do cumprimento da pena de limitação de fim de semana.*¹⁹

3. CAUSAS DA INEFICIÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

3.1. Considerações Gerais

A Lei de Execuções Penais brasileira

é considerada uma das mais avançadas no mundo e se cumprida integralmente, na prática, certamente propiciaria a reeducação e a resso-

18 MIRABETE, 1997: 228.

19 LEAL, 1998: 58.

cialização de uma parcela significativa da população carcerária atual."²⁰ De fato, em seu artigo 1º, a LEP, como é usualmente conhecida, afirma que o objetivo da execução penal é "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Ora, isso significa que:

*o sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração.*²¹

Esse espírito otimista da LEP é resultado de uma esperança (honestamente ou simulada) de alcançar a recuperação do condenado que se incorporou aos sistemas normativos através de proclamações retóricas.²² Essas, na maioria das vezes, exaurem-se na literalidade dos textos, pois as medidas não se efetivam na prática ou, quando são efetivadas, não produzem os resultados desejados.

Assim, infelizmente, as normas cuidadosamente traçadas pela LEP, na teoria, não são cumpridas na realidade das prisões brasileiras, onde os presos, em vez de serem reeducados para o retorno à convivência social, vivem em condições desumanas e são tratados de forma humilhante.

²⁰ RIBEIRO, 2001: 5.

²¹ MIRABETE, 1997: 33-34.

²² MAGNABOSCO, 1996, 16.

Diante disso, cabe a indagação: por que a pena privativa de liberdade, no sistema brasileiro, não cumpre a sua finalidade de recuperar o preso? O objetivo deste capítulo é responder a essa questão, analisando as causas consideradas mais relevantes para o desvirtuamento da função ressocializadora da pena de prisão e, por que não, para a degradação do encarcerado.

Antes de analisar cada causa separadamente, faz-se necessário ter uma noção do panorama das prisões brasileiras, vale dizer, uma idéia da terrível situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros nos dias atuais. Para isso, nada melhor que o excerto abaixo:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso "sorteado" é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior

*ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.*²³

3.2. O Isolamento da Sociedade e da Família

O primeiro fator a impedir a recuperação do condenado é o isolamento ao qual ele é submetido, pois, ao adentrar os portões e muros de um estabelecimento prisional, o indivíduo deixa para trás o convívio com a família e os amigos, além de despojar-se de todos os papéis sociais que desempenhava nos diversos núcleos sociais, para transformar-se num encarcerado.

Desse modo, ainda que todos os outros males provocados pela prisão fossem desconsiderados, o simples fato de estar excluído do mundo livre e de todas as possibilidades que ele representa já seria um grande obstáculo à sua reabilitação.

Com efeito,

*o isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma 'jaula de ouro' -, é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.*²⁴

23 LEAL, 1998: 56.

24 BITENCOURT, 2001: 160.

3.3. A Prisionalização: Assimilação da Subcultura Carcerária

Em princípio, a prisão foi concebida para ser parte integrante das instituições sociais, ou seja, um local onde o condenado pudesse reaprender a viver em harmonia com seus semelhantes. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a realidade é bem diversa dessa concepção ideal, pois o que existe dentro dos estabelecimentos prisionais é um subsistema social com valores próprios, totalmente contrários aos existentes na sociedade livre.

Assim, ao ingressar nesse subsistema, o condenado tem que se adaptar à subcultura carcerária, aprender a 'gíria penitenciária', ou seja, a linguagem artificial e específica utilizada por funcionários e reclusos para facilitar a compreensão e relação entre eles; obedecer ao 'código do recluso', uma série de normas que impõem atitudes e valores típicos que devem ser observados sob pena da imposição de sanções; enfim, o preso deve amoldar-se à consciência coletiva já existente e aprender a ideologia criminal.²⁵

A prisionalização, portanto, é o modo como os reclusos absorvem a cultura carcerária, é uma aprendizagem que implica um processo de 'dessocialização'.

3.4. A Ausência de Condições Físicas e Higiênicas nas Instalações das Prisões

Outro aspecto que não permite a reeducação do condenado são as condições precárias das instalações dos cárceres. De fato, como pretender reintegrar um indivi-

25 BITENCOURT, 2001: 180-181.

duo ao convívio social se a ele não é oferecida uma estrutura com espaço e higiene adequados a uma sobrevivência com o mínimo de dignidade?

As celas dos estabelecimentos prisionais que, pelo menos teoricamente, são individuais, têm dimensões espaciais tão reduzidas que comprometem bastante o desenvolvimento do indivíduo.²⁶ Destarte, os limites espaciais destinados aos encarcerados, normalmente minúsculos, não lhes possibilitam praticamente nenhuma movimentação e as posições em que podem ficar não são sequer razoáveis para o bem-estar físico de um ser humano.

As más condições de higiene, por sua vez, representadas pela falta de circulação de ar, umidade, odores nauseabundos, grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores e cozinhas²⁷ debilitam a saúde dos presos e comprometem o desenvolvimento de qualquer tarefa que tenha por objetivo reintegrá-los à sociedade.

3.5. A Superpopulação Carcerária e a Perda de Privacidade

A grande desproporção existente entre o número de vagas nos estabelecimentos prisionais e a quantidade de mandados de prisão expedidos resulta na superlotação das prisões, onde as celas individuais abrigam muito mais condenados do que a sua capacidade permite. O quadro que se apresenta, portanto, é de indivíduos amontoados que não podem realizar o mínimo movimento sem bater ou pisar outro.

26 BITENCOURT, 2001: 167.

27 BITENCOURT, 2001: 158.

O problema da superpopulação carcerária conduz, entre outras coisas, a uma substancial diminuição do aproveitamento de outras atividades porventura promovidas pelo estabelecimento prisional, além de violar e até anular a intimidade do indivíduo. Com efeito, a vida diária do encarcerado é desenvolvida com total falta de privacidade, pois ele nunca está sozinho, mas sempre na companhia de pessoas que não são suas amigas. Essa obrigação de estar o tempo inteiro com outras pessoas pode ser tão angustiante quanto o isolamento permanente.²⁸

Dessa forma, verifica-se que o problema da superpopulação das prisões é um sério obstáculo à reintegração do condenado na comunidade, pois ele perde a noção do que é um convívio social sadio e do que representa a sua individualidade.

3.6. A Inexistência de Atividade Laborativa e o Excesso de Tempo Livre

No plano teórico ou formal, o trabalho aparece como obrigação ou como parte do 'tratamento' ou dos programas de reabilitação.²⁹ De fato,

*qualquer estabelecimento penitenciário sem trabalho torna-se antro de vício e perversão. Como readaptar indivíduos que passam os dias de braços cruzados, dormindo ou entregues a distrações, sem o meio educacional do trabalho?*³⁰

28 BITENCOURT, 2001: 167-168.

29 FRAGOSO, 1986: 311.

30 NORONHA, 1993: 232.

duo ao convívio social se a ele não é oferecida uma estrutura com espaço e higiene adequados a uma sobrevivência com o mínimo de dignidade?

As celas dos estabelecimentos prisionais que, pelo menos teoricamente, são individuais, têm dimensões espaciais tão reduzidas que comprometem bastante o desenvolvimento do indivíduo.²⁶ Destarte, os limites espaciais destinados aos encarcerados, normalmente minúsculos, não lhes possibilitam praticamente nenhuma movimentação e as posições em que podem ficar não são sequer razoáveis para o bem-estar físico de um ser humano.

As más condições de higiene, por sua vez, representadas pela falta de circulação de ar, umidade, odores nauseabundos, grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores e cozinhas²⁷ debilitam a saúde dos presos e comprometem o desenvolvimento de qualquer tarefa que tenha por objetivo reintegrá-los à sociedade.

3.5. A Superpopulação Carcerária e a Perda de Privacidade

A grande desproporção existente entre o número de vagas nos estabelecimentos prisionais e a quantidade de mandados de prisão expedidos resulta na superlotação das prisões, onde as celas individuais abrigam muito mais condenados do que a sua capacidade permite. O quadro que se apresenta, portanto, é de indivíduos amontoados que não podem realizar o mínimo movimento sem bater ou pisar outro.

26 BITENCOURT, 2001: 167.

27 BITENCOURT, 2001: 158.

O problema da superpopulação carcerária conduz, entre outras coisas, a uma substancial diminuição do aproveitamento de outras atividades porventura promovidas pelo estabelecimento prisional, além de violar e até anular a intimidade do indivíduo. Com efeito, a vida diária do encarcerado é desenvolvida com total falta de privacidade, pois ele nunca está sozinho, mas sempre na companhia de pessoas que não são suas amigas. Essa obrigação de estar o tempo inteiro com outras pessoas pode ser tão angustiante quanto o isolamento permanente.²⁸

Dessa forma, verifica-se que o problema da superpopulação das prisões é um sério obstáculo à reintegração do condenado na comunidade, pois ele perde a noção do que é um convívio social sadio e do que representa a sua individualidade.

3.6. A Inexistência de Atividade Laborativa e o Excesso de Tempo Livre

No plano teórico ou formal, o trabalho aparece como obrigação ou como parte do 'tratamento' ou dos programas de reabilitação.²⁹ De fato,

*qualquer estabelecimento penitenciário sem trabalho torna-se antro de vício e perversão. Como readaptar indivíduos que passam os dias de braços cruzados, dormindo ou entregues a distrações, sem o meio educacional do trabalho?*³⁰

28 BITENCOURT, 2001: 167-168.

29 FRAGOSO, 1986: 311.

30 NORONHA, 1993: 232.

Embora a LEP tenha dedicado um capítulo inteiro aos artigos sobre o trabalho a ser desenvolvido pelos presos,

*as disposições da lei sobre o trabalho penitenciário constituem uma bela e generosa carta de intenção que não está, e dificilmente estará algum dia, de acordo com a realidade.*³¹

Na verdade, há duas realidades referentes ao trabalho nas prisões, porém, nenhuma delas permite a reincorporação do condenado ao seio social. Quando o trabalho é oferecido, os encarcerados não se sentem estimulados a realizá-lo em virtude da escassez de vagas, da ínfima remuneração e do sentido não-profissionalizante que possui. Por outro lado, quando não há atividade laborativa a desempenhar, os presos têm um tempo livre enorme que não é preenchido com nenhuma outra atividade construtiva (recreativa, intelectual, artística, desportiva) e a ociosidade produz consequências bastante negativas em seu 'tratamento', tais como uso de drogas, planejamento de fugas, brigas, entre outras.

3.7. O Despreparo do Pessoal Penitenciário

Um fator decisivo para a recuperação (ou não) do preso é o tratamento recebido dos funcionários da penitenciária que mantêm um contato direto com ele. Com o objetivo de garantir a existência de um tratamento adequado ao condenado, a LEP prevê, em seu artigo 77, que a escolha do pessoal penitenciário deve atender à voca-

.....

31 FRAGOSO, 1986: 310-311.

ção, à formação profissional e aos antecedentes pessoais do candidato. Todavia, mais uma vez a realidade está bem distante da teoria, pois o que se constata na prática é o despreparo desses profissionais para lidar com os encarcerados. Com efeito, "o baixo nível cultural dos guardas prisionais e a ausência de critério seletivo tem criado grande vulnerabilidade do sistema penitenciário."³²

Desse modo, a deficiência na seleção dos agentes penitenciários e a escassez de recursos para a correta manutenção dos estabelecimentos, além da preocupação exacerbada com a disciplina e a segurança para evitar rebeliões e fugas, conduzem a uma precária assistência aos presos.³³ Na quase totalidade dos casos, porém, o tratamento, mais do que precário, é desumano, humilhante, sádico e impiedoso, consubstanciado em maus-tratos verbais (insultos, grosserias, gritos, uso de palavras ofensivas) e físicos (pancadas, tapas, chutes, murros, enfim, todo tipo de crueldade) que só contribuem para a degradação moral do condenado.

3.8. O problema da privação de relações sexuais

Outro grave problema decorrente do encarceramento corresponde à abstinência sexual imposta ao preso. Como o sexo ainda é um tabu para a sociedade contemporânea, esse problema é considerado de menor importância e as soluções geralmente propostas não resolvem a questão, pois sugerem que o desejo sexual pode ser perfeitamente controlado por longos períodos e substituído por outros prazeres, como o intelectual e o desportivo.

.....
32 MIRABETE, 1997: 200.
33 LAGOS, 1997: 487.

Na verdade,

*incorre-se em grave contradição quando se busca a correção e a ressocialização do delinqüente e, ao mesmo tempo, ignora-se o problema sexual ou se pensa que este não requer atenção especial. A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. Enfim, é impossível falar de ressocialização em um meio carcerário que deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem.*³⁴

4. CONCLUSÃO

Em face do exposto, pode-se concluir que a finalidade precípua da pena privativa de liberdade, qual seja, a recuperação social do condenado, não é alcançada no sistema penal brasileiro. De fato,

*a pena de prisão não se enquadra no Estado Social e Democrático de Direito, nem no objetivo ressocializador da pena, cujo elemento nuclear é o desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa.*³⁵

A realidade do sistema penal brasileiro atualmente é representada pelo sucateamento da máquina penitenciária, o despreparo daqueles que lidam com o universo carcerário, bem como pela omissão do Estado e da própria sociedade.³⁶ Como pretender, então, a reintegração do

34 BITENCOURT, 2001: 202.

35 ALBERGARIA, 1995: 37.

36 FERNANDES, 2001: 5.

preso ao meio social, se esta mesma sociedade o rejeita, submetendo-o a uma vida miserável, sem nenhuma perspectiva, vazia de esperanças?

Dessa forma,

*o reconhecimento da ineficácia da pena privativa de liberdade não pode ser, cômoda e farisaicamente considerado um simples problema acadêmico, porque constitui uma terrível realidade.*³⁷

Com efeito,

*o pretendido tratamento, a ressocialização é incompatível com o encarceramento. A ruptura de laços familiares e outros vínculos humanos, a convivência promíscua e anormal da prisão, o homossexualismo não escolhido, mas forçado, são fatores que em nada ajudam a integração do ser. Por isso o que se observa, em toda parte, é que a prisão exerce um efeito devastador sobre a personalidade, reforça valores negativos, cria e agrava distúrbios de conduta. O isolamento forçado, o controle total da pessoa do preso não podem constituir treinamento para a vida livre, posterior ao cárcere. Para tudo agravar, o estigma da prisão acompanha o egresso, dificultando seu retorno à vida social. Longe de prevenir delitos, a prisão convida à reincidência: é fator criminogênico. A violência não é um desvio da prisão: violenta é a própria prisão.*³⁸

37 LOPES, 1978: 87.

38 HERKENHOFF, 1998: 37.

Verifica-se, portanto, que a reabilitação pretendida pela pena privativa de liberdade é inconsistente, ilusória e tão difícil de acontecer como ensinar um paraplégico a correr por suas próprias pernas,³⁹ pois a reclusão penal é incapaz de responder à especificidade dos crimes, é desprovida de efeito sobre o público, é inútil à sociedade, até nociva; é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios.⁴⁰

Infelizmente,

*conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.*⁴¹

39 LEAL, 1998: 61.

40 FOUCAULT, 2000: 95.

41 FOUCAULT, 2000: 196.

5. REFERÊNCIAS

a) LIVROS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 23.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1

b) ARTIGOS

ANDRADE, Octacílio de Oliveira. Os fins da pena. **Arquivos da Polícia Civil**, v. XXXIII, 2. Sem. 89-98, 1979.

LAGOS, Daniel Ribeiro. Controles da Execução Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 86, v. 737, p. 481-490, mar.1997.

LOPES, Jair Leonardo. **Substitutivos da pena de prisão. Homenagem a Aníbal Bruno**. 2. ed. , 1978. p. 83-94.

c) INTERNET

FERNANDES, Emanuella Cristina Pereira. **O desvirtuamento do caráter ressocializador das penas privativas de liberdade**. Jusnavigandi. Disponível em www.jus.com.br. Acesso 02 jun. 2001 às 19:14.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jusnavigandi. Disponível em www.jus.com.br. Acesso 02 jun. 2001 às 19:28.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **O pacto social e a pedagogia do preso-condenado**. Jusnavigandi. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 02 jun. 2001 às 19:35.

A PRECLUSÃO EXTINTIVA DO DIREITO NO PROCESSO COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível da Comarca do Recife, Professor Universitário e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape na disciplina de Direito Processual Civil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

Tomando por premissa a existência de um conflito de interesses, cabe ao Estado pacificá-lo através do Poder Judiciário, vindo a ser provocado por intermédio da competente ação, apontando a solução definitiva para o caso concreto, nos termos da legislação vigente¹ – direito material –, ou mesmo se acudindo da analogia, dos bons costumes e dos princípios gerais de direito.

Para tanto, necessária se faz a tramitação processual, com a garantia do contraditório², até que, superadas eventuais questões processuais, consume-se

-
- 1 BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. A prestação jurisdicional racional. **Revista Jus et Fides**, Recife, a. 1, n. 1, p.391, dez.2001, especifica que "surgindo o conflito de interesses, gera-se tal pretensão à pessoa que se julgar prejudicada, de recorrer ao Estado, por intermédio da ação, na busca de uma sentença, que subordinará, ao final, os sujeitos envolvidos naquela contenda, às ordens abstratas que emanam da lei".
- 2 Conforme CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15, "o contraditório consiste na possibilidade de uma das partes manifestar-se contrariamente à pretensão deduzida pela outra parte, podendo inclusive apresentar contraprova".

a prolação de uma sentença que irá reconhecer, total ou parcialmente, ou mesmo negar, a pretensão de direito ali invocada.

A tramitação processual, por sua vez, desenvolver-se-á através de procedimentos lógicos e seqüenciais específicos, a depender da natureza de atuação que reclame o conflito, ocasião em que a jurisdição atuará conhecendo ou não o direito em questão (processo de conhecimento), preventivamente, se na iminência de ocorrência de lesão grave irreparável ou de difícil reparação (processo cautelar), ou de forma coercitiva, exigindo o cumprimento de uma obrigação (processo executivo).

Assim, essa decisão que põe termo ao processo, no caso o de conhecimento, caso procedente e após seu necessário trânsito em julgado material, poderá, dentre outras possibilidades, ter eficácia condenatória, ou seja, a sentença não só declarará que o autor da ação tem direito ao requerido, como também condenará o réu ao cumprimento de uma obrigação, nas suas variadas acepções, constituindo em favor do mesmo um título executivo judicial.

A jurisdição, ao reconhecer o direito do autor, entretanto, não cumpriu ainda sua finalidade, qual seja, a obrigação decorrente da sentença ainda não se exauriu, foi apenas declarada. Daí urge a necessidade de atuação de sua face coercitiva, através do processo executivo, para exigir do devedor o cumprimento daquela decisão de natureza condenatória, no caso de persistir a resistência, ressalvado igual direito ao credor de título executivo extrajudicial, obrigação avençada extrajudicialmente entre partes e não honrada a tempo e modo próprios, o direito de propor ação executiva.

Observa-se, portanto, que é através da ação que se provoca a jurisdição e que essa se desenvolve através do processo, seja ele de conhecimento, cautelar ou de execução, e, ainda, que esse seguirá uma tramitação de acordo com o procedimento que se fizer adequado ante a questão posta, porém, se não se detém título executivo extrajudicial apto (líquido, certo e exigível), conforme já analisado, só após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória transitada em julgado (título executivo judicial), advinda de um processo de conhecimento, é que se poderá opor execução contra o reconhecido devedor³.

Outrossim, desde o recebimento da petição inicial de conhecimento, uma vez preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, o processo se desenvolverá através do procedimento adequado ao caso posto, ordinário, sumário ou especial, formando-se inicialmente o contraditório e seguindo suas demais fases lógicas, no caso réplica à defesa do réu, havendo argüição de questões processuais e/ou juntada de documentos, saneamento, instrução, caso necessária, alegações finais e, por fim, a sentença, nessa ordem sempre⁴.

Observa-se, portanto, que o processo, sob esse ângulo, nada mais é do que um conjunto de procedimentos lógicos, que vai do pedido à sentença, nas suas fases *postulatória* (de petições); de *saneamento* (análise das questões processuais, ou preliminares, suscitadas); *instrutó-*

³ Conforme lição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio: Forense, 2001. p. 03, o processo de conhecimento visa à formulação da norma jurídica concreta e o de execução visa à atuação prática da norma jurídica concreta.

⁴ São os atos processuais que compõem as fases postulatória, instrutória ou probatória, e decisória, observa MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 5.

ria (eventual produção de provas), e *decisória* (fase de julgamento do pedido), com fito de efetivar a prestação jurisdicional reclamada.

Nesse sentido, levando-se em consideração que o processo se desenvolve através de atos numa determinada ordem lógica e mediante cumprimento de prazos, não se pode admitir, por exemplo, primeiro defesa, para depois se fazer pedido, ou não se pode admitir, regra geral, a prática de um ato depois de superado o prazo legalmente previsto⁵, ou ainda, procurar argumentar matéria de defesa na fase de alegações finais⁶.

Surge, frente a essa ordem processual e seus respectivos prazos, a questão da *preclusão*, que seria a perda da faculdade de praticar um determinado ato processual, pelo decurso do prazo, porque ele já fora praticado ou porque não é aquele o momento processual adequado para sua prática por incompatibilidade.

Sendo o prazo *peremptório*, uma vez superado esse sem que praticado o ato, opera-se a *preclusão temporal*. Caso praticado o ato, é defeso voltar a praticá-lo novamente, configurando-se a *preclusão consumativa*, ou, por último, caso não praticado o ato no momento processual adequado, por exemplo, ao se deixar de exercer toda a matéria de defesa no prazo da contestação ou de contraditar a testemunha suspeita em audiência antes da

5 Há ressalvas quanto aos prazos dilatatórios (art. 181 do CPC) e os *peremptórios* (art. 182 do CPC). Os primeiros podem ser aumentados pelo juiz a requerimento da parte ou por acordo entre as partes, se o requerimento vier a ser formulado até o termo final do prazo. Já os segundos não podem ser alargados pelo juiz, podendo, entretanto, ser reaberto todo o prazo novamente, mediante requerimento ao juiz no caso de justo motivo (art. 183, § 2º do CPC).

6 Questões de ordem pública, como nulidades, falta de condições da ação ou pressupostos processuais, que devem ser reconhecidas de ofício, poderão ser argüidas a qualquer tempo no iter processual.

assinatura do termo de depoimento, operar-se-á a *preclusão lógica*, quando se tem a ocorrência *preclusão pro judicato*⁷, ressalvadas as questões de ordem pública e fatos supervenientes (art. 267, § 3º e 471 do CPC).

Superadas as fases lógicas do processo de conhecimento, portanto, e de posse de título de crédito judicial (art. 584 do CPC) ou, independentemente de processo de conhecimento, de posse de título executivo extrajudicial (art. 585 do CPC), a parte poderá ajuizar agora uma ação que venha provocar a jurisdição na sua face coercitiva, ou seja, o Estado, na pessoa do juiz competente, após receber a petição inicial, processará o pedido executivo, visando ao cumprimento coercitivo da obrigação imposta por sentença condenatória de conhecimento ou avençada voluntariamente pelas partes, não cumprida no termo, ou mediante as condições impostas pelo devedor⁸.

Um novo processo se iniciará, daí a autonomia do processo de execução⁹, uma nova citação se verificará, agora para cumprimento da obrigação, e o procedimento que se adequar à espécie se desenvolverá em nova ordem lógica, respeitados os prazos especificados para prática dos atos previstos na lei instrumental.

7 As questões dispositivas decididas e acobertadas pelo manto da *preclusão* não podem ser reapreciadas pelo juiz, exceto as consideradas de ordem pública (AC 23.447 – TJMT – Rel. Des. José Zuquim Nogueira), ou seja, quando a *preclusão*, além de exaurir o direito processual da parte, cria um impedimento ou uma limitação ao próprio juiz, fala-se em *preclusão pro judicato*.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio: Lumen Juris, 2001. v. II, p. 121, afirma com precisão que "enquanto no processo de conhecimento a atividade precípua era a cognição, consistente numa técnica de análise de alegações e provas, com o fim de permitir um acerto da existência ou inexistência do direito, no processo de execução, cuja finalidade é a satisfação forçada de um direito de crédito, a atividade predominante é a executiva".

9 A autonomia do processo de execução significa que ele é um processo como o é o de conhecimento. Tem petição inicial, tramitação, sentença e finalidade próprias.

Tendo o feito executivo por base um título executivo extrajudicial, as questões relativas à preclusão se resumirão àquele processo iniciado e em andamento, porém, a problemática se torna mais delicada quando a base é um título executivo judicial, posto que advindo de um outro processo, o de conhecimento, no caso, quando todo o debate meritório já se encontra exaurido e coberto pelo manto da coisa julgada material, operando-se a preclusão máxima *pro judicato* (art. 474 do CPC).

Como, também de regra, exerce-se defesa processual ou essencial no processo de execução através de embargos¹⁰, art. 736 do CPC, é defeso à parte, nesta sede, voltar a discutir questões já apreciadas no processo de conhecimento, em face de ter se verificado a *preclusão lógica*, ou seja, aquele não é mais o momento adequado processualmente para argumentar o ponto controverso.

O momento correto já se consumou, tenha a parte praticado o ato processual específico (*preclusão consumativa*), ou não (*preclusão temporal*). O fato é que já houve decisão quanto ao mesmo e que essa decisão passou em julgado, tornando-se definitiva (art. 467 do CPC).

Tal poderia ocorrer quando, por exemplo, a parte vencida no processo de conhecimento, de onde decorrer sentença de natureza condenatória, procure, agora no processo executivo, alegar que a testemunha em cujo depoimento se fundou o juiz na formação de seu convencimento

10 Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já admitem a exceção de pré-executividade, como meio de defesa direta contra o processo executivo, independentemente de garantia do juízo, pagamento de custas ou maiores formalidades, nos casos de nulidade do título ou demais questões na forma prevista no art. 267, § 3º do CPC.

seria suspeita (art. 405, § 3º do CPC), ou alegar, no processo de execução, que o juiz não lhe abriu vista de um determinado documento junto pela parte contrária, na instrução de conhecimento (art. 398 do CPC), quando a matéria sequer foi objeto de preliminar no recurso de apelação, caso interposto.

Ao se tentar utilizar argumentos preclusos, deverá o juiz não tomar sequer conhecimento do pedido, regra do art. 739 do CPC, nesse aspecto, passando a apreciar outros que eventualmente tenham sido requeridos, havendo.

Já na tramitação procedimental executiva, no caso de execução por quantia certa decorrente de título judicial ou extrajudicial, aqui analisando o procedimento por quantia certa contra devedor solvente, também são diversas as fases a seguir em ordem lógica e respeitando-se os prazos devidos. Desde que recebida a petição inicial, uma vez preenchidas as condições da ação, inclusive quanto à exeqüibilidade do título acostado, e os pressupostos processuais, seguir-se-ão a penhora e seus incidentes, inclusive eventual interposição de embargos à execução¹¹, a avaliação e seus incidentes, e por fim a fase de arrematação e seus incidentes, ultimando-se com a extinção da execução por sua liquidação.

Na fase arrematatória, que visa, ao final do procedimento, a satisfazer efetivamente a obrigação devida e todos os seus encargos, possibilita-se nova interposição de

11 Os embargos à execução, remédio processual previsto nos arts. 736 a 745 do CPC, constituem um meio de defesa indireta contra o processo executivo, cabíveis nos casos previstos nos arts. 741 e 745 do CPC, mediante autuação em apenso, preparo e garantia do Juízo pela penhora, sob pena de sua rejeição liminar, emprestando efeito suspensivo ao processo de execução.

embargos, agora à arrematação ou à adjudicação, conforme previsão do art. 746 do CPC, quando se pretende atacar nulidade plena de fase anterior daquele processo de execução, falta de regularidade dos atos arrematatórios ou preço vil, atos próprios da fase arrematatória, ou ainda pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que qualquer desses argumentos tenha ocorrido após a penhora.

Neste momento procedimental, mais uma vez observa-se que há questões pretéritas já superadas na ordem processual, desde as decididas no processo de conhecimento, havendo, ou nos embargos à execução, questões essas preclusas logicamente caso haja tentativa de nova apreciação nos embargos atinentes à fase arrematatória, matéria que não deve ser conhecida, porque o momento processual adequado para sua apreciação já se consumou anteriormente.

Tal preclusão não ocorre, todavia, se a questão é de ordem pública, tais como inexistência de investidura regular na jurisdição por parte daquele que proferiu a decisão, inexistência total de procedimento que fundamenta a decisão que se pretende executar, inexistência de capacidade postulatória daquele que pleiteou o pedido condenatório julgado procedente e inexistência de citação no processo originário de conhecimento ou cautelar, diante da inexistência no plano processual, não apenas nulidade, fazendo com que a decisão decorrente nunca transite em julgado.

Isso ocorre, pois se não existe origem, não pode haver meio (decisão), muito menos fim (execução), carecendo o título executivo, assim, de exigibilidade (arts. 586

e 618 do CPC), ou ainda na hipótese de nulidade de citação (arts. 301, I, e 741, I, do CPC); inexactidão material e erro de cálculo na sentença ou no acórdão exequindo (art. 463, I, do CPC), ou quando extrapolados os limites objetivos (art. 468 do CPC) ou subjetivos (art. 472 do CPC) da coisa julgada material, vez que todas essas matérias, ofensivas à coisa julgada material, são reconhecíveis de ofício, de acordo com a previsão do art. 267, § 3º do CPC c/c o disposto no art. 598 do CPC¹², a qualquer tempo no processo originário, na via recursal ou mesmo no processo de execução.

Configuradas, portanto, essas hipóteses em sentença eventualmente proferida de natureza condenatória, que venha embasar execução por quantia certa contra devedor solvente (mesmo que apenas em relação à verba sucumbencial) ou para entrega de coisa certa por título judicial, caberá à parte legitimada, por simples petição e sem maiores formalidades, nos próprios autos executivos, opor exceção de pré-executividade¹³, ou, após garantia do juízo pela penhora ou depósito da coisa, opor embargos à execução, buscando, em sede contraditória naquele processo, ver reconhecido vício oriundo de processo diverso, de cognição, quando de cobrança executiva da verba condenatória e/ou sucumbencial, ou cautelar, apenas quando de execução da verba sucumbencial.

12 O art. 598 do CPC estipula que se aplica subsidiariamente ao processo de execução as mesmas regras do procedimento ordinário, no que não conflite, procedimento último este que se aplica subsidiariamente a todos os demais.

13 Observa CÂMARA, op. cit., p. 368, que "a exceção de pré-executividade é um meio de defesa de que se pode valer o executado, dentro do próprio processo de execução, independentemente de oferecimento de embargos".

embargos, agora à arrematação ou à adjudicação, conforme previsão do art. 746 do CPC, quando se pretende atacar nulidade plena de fase anterior daquele processo de execução, falta de regularidade dos atos arrematatórios ou preço vil, atos próprios da fase arrematatória, ou ainda pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que qualquer desses argumentos tenha ocorrido após a penhora.

Neste momento procedimental, mais uma vez observa-se que há questões pretéritas já superadas na ordem processual, desde as decididas no processo de conhecimento, havendo, ou nos embargos à execução, questões essas preclusas logicamente caso haja tentativa de nova apreciação nos embargos atinentes à fase arrematatória, matéria que não deve ser conhecida, porque o momento processual adequado para sua apreciação já se consumou anteriormente.

Tal preclusão não ocorre, todavia, se a questão é de ordem pública, tais como inexistência de investidura regular na jurisdição por parte daquele que proferiu a decisão, inexistência total de procedimento que fundamente a decisão que se pretende executar, inexistência de capacidade postulatória daquele que pleiteou o pedido condenatório julgado precedente e inexistência de citação no processo originário de conhecimento ou cautelar, diante da inexistência no plano processual, não apenas nulidade, fazendo com que a decisão decorrente nunca transite em julgado.

Isso ocorre, pois se não existe origem, não pode haver meio (decisão), muito menos fim (execução), carecendo o título executivo, assim, de exigibilidade (arts. 586

e 618 do CPC), ou ainda na hipótese de nulidade de citação (arts. 301, I, e 741, I, do CPC); inexactidão material e erro de cálculo na sentença ou no acórdão exequendo (art. 463, I, do CPC), ou quando extrapolados os limites objetivos (art. 468 do CPC) ou subjetivos (art. 472 do CPC) da coisa julgada material, vez que todas essas matérias, ofensivas à coisa julgada material, são reconhecíveis de ofício, de acordo com a previsão do art. 267, § 3º do CPC c/c o disposto no art. 598 do CPC¹², a qualquer tempo no processo originário, na via recursal ou mesmo no processo de execução.

Configuradas, portanto, essas hipóteses em sentença eventualmente proferida de natureza condenatória, que venha embasar execução por quantia certa contra devedor solvente (mesmo que apenas em relação à verba sucumbencial) ou para entrega de coisa certa por título judicial, caberá à parte legitimada, por simples petição e sem maiores formalidades, nos próprios autos executivos, opor exceção de pré-executividade¹³, ou, após garantia do juízo pela penhora ou depósito da coisa, opor embargos à execução, buscando, em sede contraditória naquele processo, ver reconhecido vício oriundo de processo diverso, de cognição, quando de cobrança executiva da verba condenatória e/ou sucumbencial, ou cautelar, apenas quando de execução da verba sucumbencial.

12 O art. 598 do CPC estipula que se aplica subsidiariamente ao processo de execução as mesmas regras do procedimento ordinário, no que não conflite, procedimento último este que se aplica subsidiariamente a todos os demais.

13 Observa CÂMARA, *op. cit.*, p. 368, que "a exceção de pré-executividade é um meio de defesa de que se pode valer o executado, dentro do próprio processo de execução, independentemente de oferecimento de embargos".

Assim, operam-se exceções à regra da preclusão extintiva no tocante à arguição dessas matérias originárias de um processo, em outro, aqui quando da modalidade executiva, conforme arestos unânimes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, seguintes:

A nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos a execução, se for o caso. Recurso não conhecido (REsp 12586/SP – STJ – T3 – Rel. Min. Waldemar ZVEITER, DJ 08/10/91).

As nulidades de pleno direito, que decorrem da falta de regular formação da relação processual, podem ser deduzidas a qualquer momento (No ROMS 8865/RJ – STJ – T4 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 30/03/1998, LEXSTJ 108/81; RT 753/174 e RT 753/174).

Em se tratando de nulidade absoluta, prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício (No REsp 192133/MS – STJ – T4 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 21/06/1999, RDJTJDFT 61/166; RSTJ 124/389 e RTJE 175/254).

A nulidade pleno iure deve ser apreciada pelo órgão julgador mesmo de ofício, não se sujeitando à coisa julgada, como é o caso do defeito

de citação, salvo eventual suprimento, comunicando-se aos atos subsequentes. A citação, como ato essencial ao devido processo legal, à garantia e segurança do processo como instrumento de jurisdição, deve observar os requisitos legais, pena de nulidade quando não suprido o vício, o qual deve ser apreciado mesmo no curso da execução da sentença (REsp 100998/SP – STJ – T4 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 21/06/1999, RSTJ 119/417).

Verificando-se que a proclamação do resultado do julgamento não se compatibiliza com a fundamentação desenvolvida, correta a retificação do erro pelo colegiado. Nos termos do art. 463, inciso I, inexatidões materiais podem ser corrigidas de ofício pelo julgador (No REsp 90205/RJ – STJ – T5 – Rel. Min. Felix FISCHER, DJ 14/06/1999).

O que é corrigível, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte interessada, é o erro de cálculo, e não o critério de cálculo utilizado na conta de liquidação que, por falta de oportuna impugnação, torna-se imutável pela coisa julgada. Precedente da Corte Especial. Atualizado o benefício nos moldes da Súmula 71/TFR, e homologados os cálculos que apuraram o montante final da condenação no processo de conhecimento, inadmissível se torna a inclusão dos expurgos inflacionários não contidos na conta originária, a título de erro material (No REsp 274990/CE – STJ – T5 – Rel. Min. Edson VIDIGAL, DJ 04/12/2000, JBCC 187/110).

A sistemática do Código de Processo Civil brasi-

leiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no art. 472 da lei processual civil (No REsp 161054/MG – STJ – T4 – Rel. Min. Sálvio Figueiredo TEIXEIRA, DJ 08/05/2000, LEXSTJ 132/126 e RDR 18/368).

O Código de Processo Civil, na inteligência do art. 469 e incisos, ressalva que o palio da coisa julgada abriga somente o dispositivo da sentença que se alvitra executar (No REsp 134166/MG – STJ – T6 – Rel. Min. Fernando GONÇALVES, DJ 02/02/1998, RSTJ 107/399).

Em sede de liquidação de sentença, somente é cabível a retificação da conta se constatada a ocorrência de erro material ou desrespeito ao comando expreso na sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada (No RESP 259972/SP – STJ – T6 – Rel. Min. Vicente LEAL, DJ 11/09/2000).

Em resumo: a preclusão não se opera no tocante às questões de ordem pública, que envolvem vício insanável na prestação jurisdicional, conjunto complexo de atos lógicos, mas que deve ser cumprido com a máxima regularidade pelos magistrados, já que todos esses estão obrigados a esgotar a prestação jurisdicional nos limites do pedido, de forma justa, célere e, no tocante ao tema enfocado, com plena regularidade procedimental, e, ainda assim, em atenção aos princípios da efetividade e instrumentalidade do processo, nenhuma nulidade será declarada senão quando causar prejuízo à qualquer das partes, privilegiando-se o resultado justo às fórmulas procedimentais.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. A prestação jurisdicional racional. **Revista Jus et Fides**, Recife, a. 1, n. 1, dez.2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 5 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. v. II.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21 ed. Rio: Forense, 2001.

A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA

Sílvia Neves Baptista

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Direito.

SUMÁRIO

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS; 2. O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS; 3. O CONCEITO DA TEORIA DA IMPRECISÃO. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO VALOR BILATERAL; 4. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE O *PACTA SUNT SERVANDA* E A *REBUS SIC STANTIBUS*; 5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. A *REBUS SIC STANTIBUS* NO DIREITO COMPARADO; 6. A IMPREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO; 7. OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE; 8. OS FUNDAMENTOS DA TEORIA; 9. REFERÊNCIAS.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A teoria da imprevisão pertence ao âmbito dos negócios jurídicos contratuais, sendo de quase nenhum interesse a sua aplicação entre os negócios jurídicos unilaterais. Não se questiona a seu respeito na categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu*, ou dos atos-fatos, nem mesmo entre os atos jurídicos *stricto sensu* que guardam com o negócio jurídico estreita correlação.

Destina-se a teoria a enfrentar a seguinte questão: depois de celebrado o contrato, pode uma das partes pleitear unilateralmente a sua revisão ou resolução, sob a argumentação de que a execução do mesmo se tornara excessivamente onerosa para um dos contratantes?

O assunto é estudado sob as mais variadas expressões. Fala-se indistintamente de **cláusula rebus sic stantibus**¹, **teoria da imprevisão**, de **imprevisibilidade**, **risco imprevisível**, **lesão superveniente**, **superveniência de acontecimento imprevisível**, **extraordinária imprevisibilidade**. Entre nós esse fenômeno é estudado mais freqüentemente ora sob a denominação de **cláusula rebus sic stantibus**, ora sob o título **teoria da imprevisão** ou da **excessiva onerosidade**.²

Empregar-se-a indiferentemente neste trabalho qualquer uma dessas expressões, uma vez que todas elas cuidam do mesmo fenômeno e buscam solucionar o mesmo problema: o da possibilidade ou não de se revisar o contrato quando se alteram as circunstâncias que eram presentes no momento da celebração do negócio.

2. O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

É sabido que o contrato é um negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, que se forma pelo encontro de duas ou mais vontades, destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e deveres. Desse encontro surge o efeito contratual basicamente restrito às partes, salvo os casos especiais de irradiação de eficácia a pessoas que dele não parti-

1 A expressão *rebus sic stantibus* constitui elipse de uma glosa atribuída a BARTOLO, cujo texto completo é: "*Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*". (D. NERATIUS. 12. 4. fr. 8)

2 MARIA HELENA DINIZ, usa a expressão "onerosidade excessiva" (**Curso de Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Forense, 1995. v. 3, p. 122). CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ora emprega os termos "excessiva onerosidade" ora "teoria da imprevisão". (**Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3, p. 98-102). Já SILVIO RODRIGUES prefere a expressão "*rebus sic stantibus*" (**Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 3, p. 24).

cipam - hipóteses de contratos **em favor** de terceiro; **em prejuízo** de terceiro; sobre a **situação ou patrimônio** de terceiro e **a cargo** de terceiro.³

O termo **contrato** é usado em quatro sentidos diferentes: a) para significar o próprio **documento** que instrumentaliza o negócio; b) para expressar o **acordo de vontade** mediante o qual duas ou mais pessoas fazem manifestações de vontade convergentes, visando a produção de efeitos jurídicos que criem, modifiquem ou extingam situações ou relações jurídicas; c) como **conjunto de normas**, fonte de comandos concretos e específicos; d) e finalmente, no sentido da **conduta** que cumprem os contratantes, prevista no acordo.⁴

O presente estudo trata do contrato no último significado, pois como a imprevisibilidade diz respeito à execução ou cumprimento do contrato, só se pode falar de "adimplemento" ou de "inadimplemento contratual" quando se emprega a expressão contrato no sentido de **conduta**.

O princípio da força obrigatória e a imprevisibilidade dos contratos exigem a análise de uma questão filosófica prévia. Qual o fundamento da obrigatoriedade do contrato? Por que os contratos devem ser cumpridos?

Esse não é o lugar apropriado para passar em revista as teses que tentaram explicar os fundamentos da força obrigatória dos contratos. Basta resumir que há pelo menos dois grupos de argumentos sobre o assunto: argumentos morais e argumentos jurídicos. Os argumentos de ordem moral costumam sustentar que o contrato é obrigatório em obediência ao princípio universalmente consagrado do res-

3 MESSINEO, Francesco. **Dottrina Generale del Contratto**. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 1948. p. 402

4 BAPTISTA, Silvio Neves. **A Crise do Contrato**. Recife: Comunicarte, 1983. p. 21.

peito à palavra empenhada, à **publica fiducia** necessária ao tráfico jurídico. Os argumentos de ordem jurídica prendem-se à observação de que o contrato é a um só tempo **norma jurídica** - pelo princípio dispositivo através do qual o agente no negócio jurídico cria norma - e **efeito jurídico** da norma permissiva genérica que faculta a qualquer um contratar livremente. O contrato é uma “restrição à liberdade de comportamento”⁵. O espontâneo submeter-se de cada uma das partes contratantes constitui, simultaneamente, obediência à vontade própria e à do outro. Assim, a força obrigatória dos negócios contratuais está na **alteridade**, na vontade do outro sujeito, na medida em que, aceitando a proposta de um, o outro adquire o direito. A oferta deixa de pertencer ao ofertante e entra na esfera jurídica do aceitante, transformando-a em ato normativo.

Salvo os atos instantâneos, o contrato estabelece em geral um elo permanente entre as partes, denominado pela doutrina como o do **princípio da força obrigatória dos contratos** ou princípio do **pacta sunt servanda**. Esse princípio contém dois núcleos distintos: o da irretroatividade, segundo o qual nenhuma das partes pode desfazer o contrato por seu livre arbítrio, e o da intangibilidade, pelo qual o conteúdo do contrato não pode ser modificado, a não ser por mútuo consentimento.

O primeiro problema a enfrentar é saber se o princípio da força obrigatória dos contratos comporta exceções. Com efeito, enquanto a **extinção normal** do contrato se opera através da sua execução - que pode ser instantânea (imediate ou diferida) ou continuada - dá-se a **extinção anormal** do contrato quando o negócio é rompido, seja por causas

5 MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. tomo primo. p. 56.

anteriores (nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade), seja por causas supervenientes à celebração do negócio (nas hipóteses de dissolução: resolução, rescisão, rescisão ou cessação). São causas de **resolução** o pacto comissório, a condição resolutiva tácita, a *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus*, a força maior e o caso fortuito, a diminuição do patrimônio do primeiro a prestar e a redibição. A **resilição**, que pode ser bilateral ou unilateral, tem causas variadas: a **resilição bilateral** tem como causa única o distrato; já as causas de **resilição unilateral** são o arrependimento, a denúncia, a renúncia, a revogação e o resgate. As hipóteses de resilição unilateral constituem exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos.

A segunda questão é saber se o risco imprevisível constitui outra exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, ou por outra, se a excessiva onerosidade dos contratos ou o risco extraordinário imprevisível, superveniente à formação do contrato, autoriza o devedor a pleitear a revisão do negócio.

3. CONCEITO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO VALOR BILATERAL

De acordo com essa teoria, nos contratos comutativos⁶ ou unilaterais onerosos⁷, de execução diferida,

6 **Contrato comutativo** é o contrato bilateral em que existe uma relativa equivalência entre valores e vantagens, previamente conhecidas pelas partes.

7 Os **contratos bilaterais** são em geral onerosos e os **contratos unilaterais** são normalmente gratuitos. Porém como mostra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, isso “é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado. Não há uma correspectividade necessária, pois que existem contratos unilaterais que não são gratuitos (v.g. o mútuo), e outros que são bilaterais e podem ser gratuitos (o mandato, por exemplo)”. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.3, p.39.

continuada ou periódica, admite-se uma cláusula implícita segundo a qual as partes estão sujeitas ao cumprimento do que foi pactuado, somente até enquanto permanecerem inalteradas as circunstâncias que vigoravam no momento da celebração do negócio. De modo que, se as circunstâncias do negócio são alteradas em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, pode a parte prejudicada pleitear a resolução ou a revisão do negócio. FORNIELES⁸ define a teoria da imprevisão como aquela segundo a qual “as vontades individuais não engendram obrigações sem a condição de mover-se no terreno ordinário da previsão humana, e que se um acontecimento futuro rompe o equilíbrio que deve supor-se insito em toda convenção, desaparece um dos elementos que lhe dá força obrigatória”. Noutras palavras, o contrato só obriga para o previsível, nunca para o imprevisível.⁹ Como adverte CARLOS COSSIO¹⁰ o problema surge precisamente quando se produzem alterações extraordinárias e imprevisíveis em relação às circunstâncias vigentes no momento de contratar, de tal sorte que o cumprimento do contrato poderia significar a ruína do devedor.

A questão consiste em decidir se apesar das alterações extraordinárias durante a execução do contrato, há de cumprir-se rigorosamente o que foi pactuado entre as partes, de acordo com princípio do *pacta sunt servanda*, ou se é facultado aos juízes reajustar ou resolver esses contratos em atenção à cláusula *rebus sic stantibus*.

8 Apud ANDORNO, Luis O. *La teoría de la imprevisión*. *Revista de Direito Civil*, a. 8, v. 30, out/dez. 1984, p. 7-34.

9 ANDORNO, Luis O. *Op. cit.*, p. 8

10 COSSIO, Carlos. *La Teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960. p. 12 e 13.

Esse é o ponto central do debate em torno do risco imprevisível. De um lado, argumenta-se com o valor da segurança jurídica. Admitir, segundo alguns¹¹ que:

A obrigação do devedor se modele sobre as circunstâncias, ou se transforme com elas, é fazer frágil, senão destruir o contrato, e é introduzir a instabilidade na vida econômica.

ESMEIN¹² escreveu que:

Se fosse permitido ao Juiz, no caso em que as circunstâncias mudem de uma maneira grave, romper o vínculo contratual, o benefício da previsão haveria de faltar no momento em que é mais necessário. Ninguém deve obrigar-se às pressas, e sim assegurar-se dos meios que tem para cumprir.

A defesa do *pacta sunt servanda* chegou ao extremo com o patético pronunciamento de NIBOYET¹³ na Semana Internacional de Direito em Paris, no ano de 1937. Disse ele:

A regra do pacta sunt servanda é uma cidadela inviolável para as legislações latinas. Deve ser ou não limitada em seus efeitos? Sofrerá o as-

11 HÉMARD, apud GASSET, Ramón Badenes. *El Risco Imprevisible*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. p. 20.

12 Apud GASSET, Ramón Badenes. *Op. cit.*, p. 12 e 13.

13 Apud COSSIO, Carlos. *Op. cit.*, p. 14, nota 2.

salto triunfante da famosa cláusula rebus sic stantibus? Para o grupo latino a limitação ainda não existe. Os indivíduos devem suportar suas obrigações e, se necessário desaparecer se não pode satisfazê-las. É a lei da honra que assim o exige, sem que haja necessidade de investigar se quem sucumbe é culpado ou não”.

De outro lado, sustentam os adeptos da *rebus sic stantibus* que quando se alega que a teoria da imprevisão afeta a segurança jurídica, pensa-se unicamente na segurança do credor. Porém a segurança jurídica é um valor bilateral, e não um elemento axiológico que só atende o lado ativo da relação. A segurança não existe só para o credor, mas também para o devedor. E acrescentam os defensores da teoria:

Se todo contrato implica um juízo valorativo da álea que se está disposto a correr, segundo GASSET, não tem por que respeitar contratos cuja observância constitui loteria para uma das partes e ruína para a outra.

E mais adiante acrescenta o mesmo autor:

Repugna a toda consciência jurídica manter inflexivelmente a obrigação contraída pelo devedor quando, devido a circunstâncias altamente extraordinárias que ninguém pode racionalmente prever, o devedor resta notoriamente prejudi-

cado executando o contrato, e o credor, pelo contrário, realiza um lucro completamente inesperado e insólito¹⁴.

4. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE O PACTA SUNT SERVANDA E A REBUS SIC STANTIBUS.

Todavia parece-nos equivocada essa discussão em torno do confronto entre os princípios do *pacta sunt servanda* e o da cláusula *rebus sic stantibus*, a despeito de continuar sendo alimentada por renomados autores modernos. Em verdade, cumprir o pactuado no contrato, ou ajustá-lo a uma certa realidade, não constituem posições antagônicas. Há um falso dilema, posto que ambos os princípios integram uma só situação.

No sentido de **conduta**,¹⁵ o contrato está forçosamente numa “situação”, consoante lembra COSSIO¹⁶, pois a vida humana é vivida sempre em situações.

Isso é o que significa o estar sendo no mundo da ontologia heideggeriana. Facilmente se tem a evidência disso: é só desconectar qualquer contrato de uma certa situação e constatar como então desaparece toda a possibilidade de interpretá-lo e aplicá-lo.

E acrescenta mais adiante o mesmo autor¹⁷, que

14 GASSET, Ramón Badenes. Op. cit., p. 21 e 22.

15 BAPTISTA, Sílvia Neves. *A Crise do Contrato*. p. 21 e 22.

16 COSSIO, Carlos. Op. cit., p. 32.

17 Op. cit., p. 36.

salto triunfante da famosa cláusula rebus sic stantibus? Para o grupo latino a limitação ainda não existe. Os indivíduos devem suportar suas obrigações e, se necessário desaparecer se não pode satisfazê-las. É a lei da honra que assim o exige, sem que haja necessidade de investigar se quem sucumbe é culpado ou não”.

De outro lado, sustentam os adeptos da *rebus sic stantibus* que quando se alega que a teoria da imprevisão afeta a segurança jurídica, pensa-se unicamente na segurança do credor. Porém a segurança jurídica é um valor bilateral, e não um elemento axiológico que só atende o lado ativo da relação. A segurança não existe só para o credor, mas também para o devedor. E acrescentam os defensores da teoria:

Se todo contrato implica um juízo valorativo da álea que se está disposto a correr, segundo GASSET, não tem por que respeitar contratos cuja observância constitui loteria para uma das partes e ruína para a outra.

E mais adiante acrescenta o mesmo autor:

Repugna a toda consciência jurídica manter inflexivelmente a obrigação contraída pelo devedor quando, devido a circunstâncias altamente extraordinárias que ninguém pode racionalmente prever, o devedor resta notoriamente prejudi-

cado executando o contrato, e o credor, pelo contrário, realiza um lucro completamente inesperado e insólito¹⁴.

4. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE O *PACTA SUNT SERVANDA* E A *REBUS SIC STANTIBUS*.

Todavia parece-nos equivocada essa discussão em torno do confronto entre os princípios do *pacta sunt servanda* e o da cláusula *rebus sic stantibus*, a despeito de continuar sendo alimentada por renomados autores modernos. Em verdade, cumprir o pactuado no contrato, ou ajustá-lo a uma certa realidade, não constituem posições antagônicas. Há um falso dilema, posto que ambos os princípios integram uma só situação.

No sentido de **conduta**,¹⁵ o contrato está forçosamente numa “situação”, consoante lembra COSSIO¹⁶, pois a vida humana é vivida sempre em situações.

Isso é o que significa o estar sendo no mundo da ontologia heideggeriana. Facilmente se tem a evidência disso: é só desconectar qualquer contrato de uma certa situação e constatar como então desaparece toda a possibilidade de interpretá-lo e aplicá-lo.

E acrescenta mais adiante o mesmo autor¹⁷, que

14 GASSET, Ramón Badenes. Op. cit., p. 21 e 22.

15 BAPTISTA, Sílvio Neves. *A Crise do Contrato*. p. 21 e 22.

16 COSSIO, Carlos. Op. cit., p. 32.

17 Op. cit., p. 36.

o fato da situação dos contratantes ao contratar ser um situação diversa da situação deles no momento de cumprir o contrato, é um fato decisivo para a irremediável estrutura situacional que tem a vida humana.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade da *Rebus Sic Stantibus* (item 7 infra), o mesmo contrato deixa de “estar numa situação” para incorporar-se em outra. A nova situação implanta-se por si e passa a integrar o próprio contrato, começando e terminando dentro do mesmo projeto de existência que ambas as partes o projetaram. Há, como explica COSSIO¹⁸, uma

complementação daquelas duas cláusulas, porque ambas são, por igual, expressões necessárias da mesma boa fé constitutiva da conduta contratual; a boa fé que como verdade de conduta exige cumprir o pactuado, é a mesma que exige cumpri-lo dentro da situação que dá sentido ao pacto, e não fora dela quando seu sentido seria outro por essa causa. Aquelas cláusulas que como significação de linguagem dão a impressão racionalista de que se anulam ao conjugar-se, como realidade se complementam e se compenetraram porque nenhuma pode existir sem a outra

18Op. cit., p. 41 e 46. KANT pôs em evidência a diferença entre as **ciências da idealidade** e as **ciências da realidade** exemplificando que se somarmos as quantidades + 1 e -1, o resultado é 0, desaparecendo ambas (idealidade). Mas se um corpo é pressionado para cima com uma força de 100 quilos e ao mesmo tempo para baixo com outra força de 100 quilos, essas forças não desaparecem por mais que se pensasse na inamovibilidade do corpo pressionado (realidade). O corpo a rigor sofreria uma pressão de 200 quilos, o que seria facilmente comprovado por qualquer pessoa que tentasse por o dedo entre uma e outra! Apud CARLOS COSSIO, op. cit., p. 47.

Portanto, cumprir-se o pactuado (*pacta sunt servanda*) ou adaptá-lo aos quadros situacionais (*rebus sic stantibus*) é uma falsa alternativa, porquanto a adaptação às novas circunstâncias não implica, necessariamente, a derrogação do princípio da força vinculante, como pensaram alguns juristas, já que a determinação para o cumprimento do contrato debaixo da conduta reajustada (ou mesmo a sua resolução) representa a acomodação do **próprio** contrato à situação surgida. O julgador não põe assim outra norma, porém subsume outra conduta adequando o mesmo contrato às circunstâncias transformadas, ou resolvendo-o, se esta for a única solução possível.

5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. A *REBUS SIC STANTIBUS* NO DIREITO COMPARADO

Embora alguns historiadores registrem antecedentes da cláusula *rebus sic stantibus* no direito romano¹⁹ e no Código de Hammurabi, é impossível dar com precisão o momento em que foi iniciada a sua aplicação. Contudo parece incontestável que ela se desenvolveu no direito intermédio com os juristas canônicos e os pós-glosadores, tendo sido amplamente aceita a partir do momento em que BALDO identificou o texto do Digesto²⁰ alusivo à resolução de um contrato bilateral pela impossibilidade do seu cumprimento.

19 CÍCERO no livro III do capítulo X da sua obra *De Officiis* escreveu que “cumprir o prometido, entregar a prestação uma vez alterada a utilidade, convertem-se em coisas não honestas...” E SÊNECA em seu *De Beneficiis*, livro IV, capítulo 35, disse que “quando mudam (as coisas) eu tenho a liberdade de consultar de novo e de me desligar da palavra dada... Para que se cumpra a palavra prometida, todas as coisas devem ficar iguais como estão ao dar a palavra”. In: MARTORELL, Juan Terraza. *Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. 1951. p. 68 e 69.

20 Digesto, livro XIX, tit., II, *locati conducti*, fr. 54, § 1º.

A cláusula evoluiu até o século XVIII quando esbarrou no movimento codificador e na filosofia individualista do século XIX, hibernando por mais de um século. Despertou após a primeira guerra mundial, principalmente depois da lei *Faillot* de 21 de janeiro de 1818, que criou regras para dissolver os contratos por iniciativa do devedor se, em decorrência do estado de guerra, o cumprimento do negócio causava prejuízo que ultrapassava de modo excessivo as previsões que os contratantes tinham tido por ocasião da celebração do contrato.

Vários códigos modernos têm admitido a revisão judicial dos contratos em virtude da superveniência de fatos extraordinários e imprevisíveis.

No direito civil alemão, o § 275 do BGB passou a nortear a interpretação dos contratos. Dispõe o mencionado parágrafo que (1) “o devedor fica livre da obrigação de prestar, toda vez que a prestação se tornar impossível em consequência de uma circunstância surgida depois do nascimento da obrigação, pela qual ele não tem que responder”. (2) “A uma impossibilidade surgida depois do nascimento da obrigação equipara-se a impossibilidade do devedor de cumprir a prestação sobrevinda posteriormente”²¹. Entendeu a doutrina alemã que o citado dispositivo deveria ser interpretado segundo o princípio da boa fé previsto nos §§ 157 e 242, ambos do BGB. Segundo K.

.....

21 § 275. [Nicht zu vertretende Unmöglichkeit] (1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. (2) Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretenden Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

LARENZ²² “o fundamento legal da ‘interpretação complementar do contrato’ é o § 157. O contrato há de interpretar-se ‘como o exige a boa fé em atenção aos usos do tráfico’”. F. WIEACKER²³ alude a uma jurisprudência alemã, segundo a qual:

o empresário pode recusar o pagamento das prestações prometidas se e na medida em que a continuação dos pagamentos pudesse conduzir, em virtude de uma modificação profunda e não culpável das relações econômicas, a um risco imediato para a existência da empresa e, por conseguinte, isso não seria exigível ao empresário, com base no princípio da boa fé.

No direito italiano, a regra básica é a do art. 1467 do *Codice Civile* segundo a qual:

nos contratos de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa pela verificação de acontecimento extraordinário e imprevisível, a parte que deve tal prestação pode pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveni-

.....

22 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, 1967, p. 523: “*Gezetzliche Grundlage der 'ergänzenden Vertragsauslegung' ist der § 157. Der Vertrag ist danach so auslegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

23 WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Trad. de José Luiz Carro, Madrid: Editorial Civitas, 1977. p. 75 e 76, n. 80.

*ente resulta da álea normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la mediante o oferecimento de uma modificação equitativa das condições do contrato*²⁴.

O Código Civil italiano exclui claramente da incidência a *álea normal*, entendendo-se como tal o risco que pode existir em qualquer contrato não-aleatório, onde os contratantes se submetem a um risco “calculado”²⁵. Segundo A. TRABUCCHI²⁶ “não se pode falar de excessiva onerosidade, e portanto de resolução, quando o equilíbrio econômico da nova situação não supera os limites de incidência da incerteza normal (ou *alea contrattuale*) que em geral cada contraente deve afrontar acerca das vantagens e os ônus do ato”. Pode haver contrato com cláusula de risco, sem que isso o transforme em **aleatório**. A *álea normal* é admitida em qualquer contrato comutativo, aparecendo mais frequentemente nos contratos de empreitada, transporte, fornecimento e arrendamento de bens de produção. MESSINEO²⁷ de-

24 “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’*alea normale* del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo modificare equamente le condizioni del contratto”.

25 G. GIAN e A. TRABUCCHI. *Commentario Breve al Codice Civile*. Padova: Cedam Casa Editrice Dott., 1981. p. 609. F. CARINGELLA, G. DE MARZO e F. IZZO. *Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza*. Napoli: Esselibri Simone, 1997. p. 1397.

26 “Inoltre dev’esser chiaro che non si può parlare di eccessiva onerosità, e quindi di risoluzione, quando lo squilibrio economico della nuova situazione non supera i limiti di incidenza della normale incerteza (o *alea contrattuale*) che in generale ogni contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell’atto”. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1971. p.712.

27 MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948. p.244. Sobre o mesmo assunto o nosso **Contrato de Risco no Direito Brasileiro**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1976. p. 10.

signou de *figura intermedia* o contrato comutativo em que há um *elemento* aleatório - elemento concebido como *álea normal*. Essa figura, em virtude do seu carácter fundamentalmente comutativo, prevalente sobre o elemento da aleatoriedade, torna aplicável sempre a disciplina do contrato comutativo.

O Código Civil de Portugal cuidou da matéria no seu art. 437°:

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Ao comentar o mencionado artigo da lei civil portuguesa, mostra o professor FREDERICO NEVES²⁸ que o êxito da pretensão resolutive ou modificativa previsto naquela norma legal depende da presença de três pressupostos, a saber:

28 NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Alteração das Circunstâncias*. Recife: Bagaço, 1999. p. 30.

1ª) uma alteração anormal (imprevisível, extraordinária, anômala) das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, que resulte, 2ª) lesão grave (prejuízo de certa envergadura) para uma das partes, de molde a que a exigência de cumprimento da obrigação – não estando coberta pelos riscos do contrato – 3ª) afete gravemente os princípios da boa fé.

Essa tem sido a orientação dominante da doutrina e jurisprudência portuguesa, consoante revelam os comentaristas da lei portuguesa. ABILIO NETO e HERLANDER MARTINS²⁹

Na América Latina merece destaque o tratamento dado à excessiva onerosidade pelo art. 1198 do Código Civil argentino, com a modificação introduzida pela ley 17.711/68. De acordo com citado dispositivo,

os contratos devem celebrar-se, interpretar-se e executar-se de boa fé e de acordo com o que verdadeiramente as partes entenderam ou puderam entender, agindo com cuidado e previsão. Nos contratos bilaterais comutativos e nos unilaterais onerosos e comutativos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá deman-

29 ABILIO NETO e HERLANDER MARTINS. *Código Civil Anotado*. Lisboa: Livraria Petrony, 1984. p. 204 e 205. Sobre o assunto v. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *A Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 903-917.

*dar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato*³⁰.

6. A IMPREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil a problemática girou inicialmente, em torno da redação do art. 1246 do Código Civil³¹, equivalente ao art. 619 do Código de 2002. Alguns juristas brasileiros entenderam que o art. 1246 não acolhia a cláusula *rebus sic stantibus*, pois consubstanciava no contrato de empreitada o princípio da força obrigatória dos contratos, servindo inclusive de texto paradigmático aos demais tipos contratuais. PONTES DE MIRANDA³² por exemplo, sustentou que “no art. 1246 do Código Civil, que é *ius dispositivum*, afasta-se a cláusula legal *rebus sic stantibus*”. Entretanto, a maioria da doutrina brasileira inclina-se por um pensamento diferente, entendendo que o re-

30 Art. 1198 do Código Civil argentino: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales comutativos y en los unilaterales onerosos y comutativos de ejecución diferida o continuada, se la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato*. Cf. também Código Civil austríaco, art. 1447 e Código Civil polonês, art. 269.

31 Código Civil, art. 1246: “O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários, ou o do material encareça, ou ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se aumentou, ou se alterou, por instruções escritas dos a outro contratante e exibidas pelo empreiteiro”. Art. 619 do Código de 2002.

32 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo XLIV. p. 407.

ferido art. 1246 consagra o princípio da força obrigatória do contrato, sem que isso implique a rejeição da cláusula *rebus sic stantibus*. Quer dizer, se os preços dos materiais e salários subirem dentro de índices aceitáveis, o empreiteiro não poderá pedir reajustamento do preço. Mas poderá a parte prejudicada exigir a revisão do contrato se porventura houver aumento exorbitante no preço dos materiais ou mão-de-obra, em índices que ninguém poderia objetivamente prever.

Outros exemplos da aceitação da onerosidade excessiva pelo Código de 2002 estão no art. 1.699 (se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo; art. 477 – “(Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfação a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfaze-la.)”; e art. 567 – “(Se, durante a locação, se deteriorar a coisa julgada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.)”.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – art. 6º, inciso V, 2ª parte – estatui o direito básico do consumidor à revisão do contrato em decorrência de fatos supervenientes que tornem a sua execução excessivamente onerosa. Ao lado de alguns autores, entendemos também que o Código de Defesa do Consumidor não po-

sitivou no direito brasileiro a teoria da imprevisão, pois a lei alude unicamente à excessiva onerosidade do negócio, sem qualquer referência à imprevisibilidade ou à extraordinariedade de fatos supervenientes. Conforme lembra FABIANA R. BARLETTA³³ o essencial nas relações de consumo é que tenha havido “a quebra do equilíbrio contratual”. E acrescenta que “o Código de Defesa do Consumidor assumiu uma postura mais objetiva no que diz respeito à revisão contratual por circunstâncias supervenientes. Basta uma breve análise do artigo que postula tal possibilidade, para se perceber que este não menciona qualquer requisito além da excessiva onerosidade presente: não se fala em previsibilidade ou imprevisibilidade, não há questionamentos acerca das intenções subjetivas das partes no momento da contratação”. A mesma autora conclui ao término do seu excelente trabalho que “abandonar o requisito da imprevisibilidade é o ‘caminho interpretativo’ que o magistrado deve, imperiosamente, percorrer nas relações contratuais de consumo”.

O Novo Código Civil disciplina a imprevisibilidade extraordinária nos artigos 478 (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”); 479 (“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equita-

33 BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. In: TEPEDINO G. (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 279-305.

ferido art. 1246 consagra o princípio da força obrigatória do contrato, sem que isso implique a rejeição da cláusula *rebus sic stantibus*. Quer dizer, se os preços dos materiais e salários subirem dentro de índices aceitáveis, o empreiteiro não poderá pedir reajustamento do preço. Mas poderá a parte prejudicada exigir a revisão do contrato se porventura houver aumento exorbitante no preço dos materiais ou mão-de-obra, em índices que ninguém poderia objetivamente prever.

Outros exemplos da aceitação da onerosidade excessiva pelo Código de 2002 estão no art. 1.699 (se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo; art. 477 – “(Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfação a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfaze-la.)”; e art. 567 – “(Se, durante a locação, se deteriorar a coisa julgada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.)”.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – art. 6º, inciso V, 2ª parte – estatui o direito básico do consumidor à revisão do contrato em decorrência de fatos supervenientes que tornem a sua execução excessivamente onerosa. Ao lado de alguns autores, entendemos também que o Código de Defesa do Consumidor não po-

sitiou no direito brasileiro a teoria da imprevisão, pois a lei alude unicamente à excessiva onerosidade do negócio, sem qualquer referência à imprevisibilidade ou à extraordinariedade de fatos supervenientes. Conforme lembra FABIANA R. BARLETTA³³ o essencial nas relações de consumo é que tenha havido “a quebra do equilíbrio contratual”. E acrescenta que “o Código de Defesa do Consumidor assumiu uma postura mais objetiva no que diz respeito à revisão contratual por circunstâncias supervenientes. Basta uma breve análise do artigo que postula tal possibilidade, para se perceber que este não menciona qualquer requisito além da excessiva onerosidade presente: não se fala em previsibilidade ou imprevisibilidade, não há questionamentos acerca das intenções subjetivas das partes no momento da contratação”. A mesma autora conclui ao término do seu excelente trabalho que “abandonar o requisito da imprevisibilidade é o ‘caminho interpretativo’ que o magistrado deve, imperiosamente, percorrer nas relações contratuais de consumo”.

O Novo Código Civil disciplina a imprevisibilidade extraordinária nos artigos 478 (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”); 479 (“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equita-

33 BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. In: TEPEDINO G. (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 279-305.

tivamente as condições do contrato”); e 480 (“Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”).

7. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

São os seguintes os pressupostos de admissibilidade da teoria da imprevisão:

7.1. A superveniência imprevisível

É de todos os requisitos o mais importante.³⁴ O contrato só obriga para o *previsível*, entendendo-se como tal não apenas aquilo que constou do contrato no momento da sua celebração, mas também o que poderia ter constado. Por *imprevisível* compreende-se o que a diligência normal dos contratantes não poderia jamais imaginar³⁵.

Seria impossível relacionar os fatos tidos por imprevisíveis. Apontam-se como os mais comuns, as guerras, as revoluções, os golpes de Estado, as greves, inundações, seca, geadas, grandes variações cambiais, reformas econômicas extraordinárias. A guerra é sempre lembrada como exemplo de fato imprevisível, embora LAURENT³⁶ tenha aludido a uma curiosa discussão no Tribunal da França, na qual se chegou à conclusão de que a guerra, no

34 VOIRIN diz que é o único. In: GASSET, Ramon Badenes. Op. cit., 123.

35 ARANZADI, Luis Ignacio Arechederra. *La Equivalencia de las Prestaciones en el Derecho Contractual*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1978. p.221.

36 Citado por GASSET, Ramón Badenes. Op. cit., p.124.

caso comentado, era inevitável, do conhecimento prévio de todos, não podendo por isso ser considerada como acontecimento imprevisível.

Entre nós discutiu-se muito se a inflação poderia ser argüida por um dos contratantes para furtar-se ao cumprimento da obrigação. Mas, ressalvada a hipótese de excessiva onerosidade para o consumidor, prevista no art. 6º V, 2ª parte, do CDC, (segunda a qual é irrelevante a previsibilidade ou a imprevisibilidade do fato), a maioria dos autores tem sustentado que a inflação pode ser invocada pelo devedor prejudicado se ela e o desequilíbrio dela resultante são imprevisíveis e extraordinários, não podendo, ao contrário, ser argüida se são decorrentes de fato ordinário e previsível.

No caso específico da inflação brasileira, há de verificar-se o seguinte: se a inflação se mantiver durante a execução do contrato em níveis compatíveis com os da época da celebração, é sinal de que ela foi previsível, e o devedor não poderá pedir a revisão do contrato com base no aumento do índice inflacionário; se porém os índices de inflação ultrapassarem a média dos últimos anos, e por um motivo qualquer atingirem níveis insuportáveis que o homem comum jamais poderia imaginar, sendo portanto imprevisíveis, pode o contratante prejudicado postular legitimamente a revisão contratual. Em monografia elaborada há algum tempo atrás, ORLANDO GOMES³⁷ sustentou que

estendê-la (a cláusula rebus sic stantibus) a todas as situações de superveniente desequilíbrio contratual significa a sua negação, visto que a idéia da

37 GOMES, Orlando. *Transformações Gerais das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: 1980. p. 146.

imprevisão, sob que descansa, afasta a possibilidade de revisão do contrato toda vez que o desequilíbrio seja previsível, ou não resulte de acontecimento extraordinário. Ora, nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo. Demais disso, a desproporção resultante da perda do valor da moeda não é conseqüência do evento extraordinário onde a inflação é fator constante”.

7.2. O desequilíbrio exorbitante ou excessiva onerosidade

Outro elemento que a doutrina aponta para justificar a aplicação da teoria da imprevisão é a alteração extraordinária das circunstâncias no momento de cumprir o contrato, em relação às circunstâncias do tempo da celebração.

O equilíbrio das prestações é inerente aos contratos comutativos, pois quando uma das partes se obriga a uma determinada prestação frente a outra, ela o faz precisamente para obter a contraprestação prevista no contrato³⁸. No

38 LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. espanhola de Carlos F. Rodrigues. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p.130.

câmbio do tráfico econômico é muito difícil estabelecer uma bipolaridade de prestações *objetivamente* equivalentes, porque são os interesse individuais que determinam na formação dos contratos as suas equivalências *subjetivas*. Como adverte K. LARENZ, “a contraprestação é, a juízo de cada parte, o exato equivalente de sua própria prestação, no que sempre é decisiva sua própria valorização”. Complementa o citado autor³⁹ que o essencial:

é que cada parte esteja disposta a receber e entregar uma contraprestação, um equivalente, e que a vontade contratual concordante de ambas as partes tenha por objeto ‘uma prestação em troca de uma contraprestação’, ou seja, o intercâmbio de prestações, cada uma das quais seja, a juízo das partes, equivalentes a outra.

Porém não é qualquer perturbação da relação de equivalência que faz desaparecer a base do negócio jurídico. É preciso que a alteração seja de tal sorte exorbitante que não se possa falar de uma “contraprestação equivalente”. Essa exorbitância não torna a prestação devida *impossível*, mas tão dificultosa e prejudicial que o seu cumprimento poderia levar a ruína o devedor. A jurisprudência inglesa fala da *commercial impossibility*⁴⁰ e, equiparando-a à impossibilidade clássica que identifica a causa, encontra nela também uma exoneração de responsabilidade.

39 LARENZ, Karl. Op. cit., pp. 130/131.

40 ANDORNO, Luis. Op. cit., p. 15

imprevisão, sob que descansa, afasta a possibilidade de revisão do contrato toda vez que o desequilíbrio seja previsível, ou não resulte de acontecimento extraordinário. Ora, nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo. Demais disso, a desproporção resultante da perda do valor da moeda não é conseqüência do evento extraordinário onde a inflação é fator constante”.

7.2. O desequilíbrio exorbitante ou excessiva onerosidade

Outro elemento que a doutrina aponta para justificar a aplicação da teoria da imprevisão é a alteração extraordinária das circunstâncias no momento de cumprir o contrato, em relação às circunstâncias do tempo da celebração.

O equilíbrio das prestações é inerente aos contratos comutativos, pois quando uma das partes se obriga a uma determinada prestação frente a outra, ela o faz precisamente para obter a contraprestação prevista no contrato³⁸. No

38 LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. espanhola de Carlos F. Rodrigues. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p.130.

câmbio do tráfico econômico é muito difícil estabelecer uma bipolaridade de prestações *objetivamente* equivalentes, porque são os interesses individuais que determinam na formação dos contratos as suas equivalências *subjetivas*. Como adverte K. LARENZ, “a contraprestação é, a juízo de cada parte, o exato equivalente de sua própria prestação, no que sempre é decisiva sua própria valoração”. Complementa o citado autor³⁹ que o essencial:

é que cada parte esteja disposta a receber e entregar uma contraprestação, um equivalente, e que a vontade contratual concordante de ambas as partes tenha por objeto ‘uma prestação em troca de uma contraprestação’, ou seja, o intercâmbio de prestações, cada uma das quais seja, a juízo das partes, equivalentes a outra.

Porém não é qualquer perturbação da relação de equivalência que faz desaparecer a base do negócio jurídico. É preciso que a alteração seja de tal sorte exorbitante que não se possa falar de uma “contraprestação equivalente”. Essa exorbitância não torna a prestação devida *impossível*, mas tão dificultosa e prejudicial que o seu cumprimento poderia levar a ruína o devedor. A jurisprudência inglesa fala da *commercial impossibility*⁴⁰ e, equiparando-a à impossibilidade clássica que identifica a causa, encontra nela também uma exoneração de responsabilidade.

39 LARENZ, Karl. Op. cit., pp. 130/131.

40 ANDORNO, Luis. Op. cit., p. 15

7.3. O nexo de causalidade entre o fato imprevisível e a excessiva onerosidade

Há de haver um nexo de causalidade entre o fato imprevisível e o desequilíbrio exorbitante, ou seja: o imprevisível extraordinário deve ser a causa única ou prevalente⁴¹ da onerosidade que inviabiliza o cumprimento normal do contrato. Aliás, isso se depreende facilmente da leitura do art. 6º, inciso V, da Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual são considerados direitos básicos do consumidor, entre outros, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. LUIS O. ANDORNO sustenta que “a teoria da imprevisão somente resulta aplicável quando a excessiva onerosidade a que fizemos referência precedentemente é consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, incumbindo ao prejudicado provar não só o fato imprevisível e a excessiva onerosidade, como também a relação de causalidade entre o fato e a onerosidade.

7.4. A comutatividade

Entende-se por contrato comutativo aquele em que o contraente, desde o momento da celebração do contrato, pode aferir a relativa equivalência das prestações devidas por

.....

41 MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*, cit. p. 503: “L'avvenimento straordinario e imprevedibile, per giustificare il rimedio di legge, deve inoltre trovarsi in rapporto di causa ad effetto, rispetto all'eccessiva onerosità; deve esserne, cioè, la causa única o prevalente. Chè, se non sia la causa, o ne sia la causa secondaria, non legittima la risoluzione del contratto”.

cada uma das partes. É diferente do contrato aleatório, onde não se pode fazer uma prévia estimativa, tendo em vista que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um risco futuro e incerto⁴², impedindo a aleatoriedade qualquer valoração de desproporção entre as prestações.

Somente se cogita da aplicação da teoria da imprevisão no âmbito dos contratos comutativos⁴³, porque é nesses que as prestações, além de previsíveis, são relativamente equivalentes. Sendo da essência dos contratos aleatórios a sujeição do contratante a riscos de ganho ou perda, seria inconcebível a alegação do fato imprevisível com o intuito de subtrair o contraente da execução do contrato.

7.5. Contratos de execução diferida ou continuada

Não faz sentido falar da teoria da imprevisão nos contratos de execução instantânea. Os remédios contra os efeitos de uma onerosidade excessiva devem surgir em função da distância existente entre a data da celebração do contrato e a sua execução. Quanto menor a distância no tempo, maior é a possibilidade de prever e prevenir o evento, e menores serão os riscos da imprevisibilidade.

MESSINEO⁴⁴ assinala que as medidas contra os efeitos da onerosidade superveniente e excessiva

encontra razão de ser na distância de tempo que medeia entre a estipulação do contrato e o momento de sua execução. A aplicação do remédio

.....

42 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., pp. 64 e 65.

43 O art. 1198 do Código Civil da Argentina estende esse requisito aos contratos unilaterais onerosos, a exemplo do mútuo feneratício.

44 Apud ANDORNO, Luis. Op. cit., p. 14. MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. Cit. p. 787.

7.3. O nexo de causalidade entre o fato imprevisível e a excessiva onerosidade

Há de haver um nexo de causalidade entre o fato imprevisível e o desequilíbrio exorbitante, ou seja: o imprevisível extraordinário deve ser a causa única ou prevalente⁴¹ da onerosidade que inviabiliza o cumprimento normal do contrato. Aliás, isso se depreende facilmente da leitura do art. 6º, inciso V, da Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual são considerados direitos básicos do consumidor, entre outros, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. LUIS O. ANDORNO sustenta que “a teoria da imprevisão somente resulta aplicável quando a excessiva onerosidade a que fizemos referência precedentemente é consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, incumbindo ao prejudicado provar não só o fato imprevisível e a excessiva onerosidade, como também a relação de causalidade entre o fato e a onerosidade.

7.4. A comutatividade

Entende-se por contrato comutativo aquele em que o contraente, desde o momento da celebração do contrato, pode aferir a relativa equivalência das prestações devidas por

.....

41 MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*, cit. p. 503: “L'avvenimento straordinario e imprevedibile, per giustificare il rimedio di legge, deve inoltre trovarsi in rapporto di causa ad effetto, rispetto all'eccessiva onerosità; deve esserne, cioè, la causa unica o prevalente. Chè, se non sia la causa, o ne sia la causa secondaria, non legittima la risoluzione del contratto”.

cada uma das partes. É diferente do contrato aleatório, onde não se pode fazer uma prévia estimativa, tendo em vista que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um risco futuro e incerto⁴², impedindo a aleatoriedade qualquer valoração de desproporção entre as prestações.

Somente se cogita da aplicação da teoria da imprevisão no âmbito dos contratos comutativos⁴³, porque é nesses que as prestações, além de previsíveis, são relativamente equivalentes. Sendo da essência dos contratos aleatórios a sujeição do contratante a riscos de ganho ou perda, seria inconcebível a alegação do fato imprevisível com o intuito de subtrair o contraente da execução do contrato.

7.5. Contratos de execução diferida ou continuada

Não faz sentido falar da teoria da imprevisão nos contratos de execução instantânea. Os remédios contra os efeitos de uma onerosidade excessiva devem surgir em função da distância existente entre a data da celebração do contrato e a sua execução. Quanto menor a distância no tempo, maior é a possibilidade de prever e prevenir o evento, e menores serão os riscos da imprevisibilidade.

MESSINEO⁴⁴ assinala que as medidas contra os efeitos da onerosidade superveniente e excessiva

encontra razão de ser na distância de tempo que medeia entre a estipulação do contrato e o momento de sua execução. A aplicação do remédio

.....

42 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., pp. 64 e 65.

43 O art. 1198 do Código Civil da Argentina estende esse requisito aos contratos unilaterais onerosos, a exemplo do mútuo feneratício.

44 Apud ANDORNO, Luis. Op. cit., p. 14. MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. Cit. p. 787.

aos caso de contratos de execução continuada ou periódica, depende do fato de que nestes, se estabelece uma diferença de tempo entre a estipulação do contrato e as várias fases de execução do mesmo.

7.6. A ausência de culpa ou mora da parte prejudicada

Não se pode argüir a imprevisão se o acontecimento decorre de culpa ou dolo da parte prejudicada, ou se a mesma se encontrava em mora. A mora imputável ao devedor impede-lhe a resolução contratual, pois ele responde pela impossibilidade da prestação, ainda que essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior (Novo Código Civil art. 399).

Mas a imputabilidade de culpa ou mora do devedor só é possível se anterior ao acontecimento extraordinário e imprevisível. Se é posterior, resta evidente que o não cumprimento é resultado do fato imprevisível.

7.7. Requisitos formais

Além dos requisitos acima relacionados, há necessidade do preenchimento de dois requisitos formais: a) pedido do devedor prejudicado e b) sentença judicial. A *rebus sic stantibus* não se opera de pleno direito. O prejudicado terá de formalizar o pedido para resolver ou ajustar o contrato às circunstâncias criadas, e obter a sentença que autorize a resolução ou a alteração contratual.

8. OS FUNDAMENTOS DA TEORIA

Das inúmeras teorias que tentam justificar a *rebus sic stantibus*, duas merecem um especial destaque: a da boa fé e a da equidade.

Conforme sustenta F. WIEACKER⁴⁵, a **boa fé** é:

causa ou fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. As partes não devem apenas aquilo a que elas mesmas estipularam ou precisamente aquilo que determina o texto legal, mas a tudo aquilo que em cada situação impõe a boa fé.

Segundo o princípio da boa fé, o juiz deve restabelecer o equilíbrio das prestações ameaçado pela imprevisibilidade extraordinária no tocante a qualquer um dos contratantes. Os fatos imprevisíveis afetam em geral o devedor, mas podem também afetar o credor, que muitas vezes já cumpriu antecipadamente a sua prestação contratual. No julgamento da imprevisibilidade não pode o juiz arruinar um contratante para livrar o outro do desastre econômico.

Contraria a boa fé exigir do contratante o cumprimento de uma estipulação imprevista e não querida. A boa fé é dirigida ao aplicador que deve exercer um “controle corretivo” do direito estrito, porquanto mais do que um

⁴⁵ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977. p. 19.

“princípio”, a boa fé se insere como cláusula implícita em todo contrato, podendo atingir a validade ou eficácia do negócio: atingirá a **validade** se as partes não a atenderem na fase pré-constitutiva, ou atingirá a **eficácia** se a boa fé não for atendida na fase de execução do contrato.

A **equidade**, ou o *legal standard*, como denominam os ingleses, é o procedimento que o juiz deve adotar para restabelecer o equilíbrio das prestações, considerando o tipo médio de conduta. A equidade substitui a rigidez da regra, permitindo ao juiz adaptá-la ao caso concreto. Segundo GASSET⁴⁶:

não aspira a generalização, nem busca um princípio de aplicação múltipla, mas assinala a direção, o caminho, a conduta que na justiça se deve observar, atendendo às circunstâncias do momento e de cada caso.

É pois de aplicação empírica e conduz a uma justiça individualizada. Escapa a uma aplicação mecânica⁴⁷ e não se funda em procedimentos lógicos ou raciocínios subjetivos, mas sobre “a intuição e experiência, sobre o conhecimento objetivo dos múltiplos aspectos da vida”. O juiz é assim um *man of street*, que pode encontrar soluções equitativas na teoria da imprevisão. Corresponde ao que a técnica alemã intitula de *Vertragshilfe des Richters* (o amparo judicial aos contratos) que converte o julgador em “compensador” dos interesses contratuais. Nisso consiste a “relação dialética” entre justiça e equidade a que alude H. HENKEL⁴⁸:

46 GASSET, Ramon Badenes. Op. cit., p. 52.

47 Idem, ibidem.

48 HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. espanhola de Enrique Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968. p. 533.

O julgamento conforme a norma abstrata, diz ele, sente a insuficiência desse tratamento igual tipificador; insuficiência que à vista da peculiaridade juridicamente relevante do caso, cria a necessidade de regular o caso concreto tendo em conta a sua especialidade, isto é: discrepantemente da solução esquemática da norma.

É a justiça individualizada do caso concreto que o juiz deve aplicar toda vez que se defrontar com situações em que o risco imprevisível houver alterado com profundidade o relativo equilíbrio entre as partes contratantes, criando a norma para a hipótese específica, e assinalando a conduta a ser observada.

Enfim, a teoria da imprevisão objetiva oferecer ao contratante um mecanismo de defesa que evite o desequilíbrio das prestações. Diante da excessiva onerosidade do contrato gerada por um fato imprevisível, o juiz há de buscar uma solução equitativa para proteção da parte afetada, considerando o que os contraentes pactuaram antes da realização do fato imprevisto. Não se trata de impor novas prestações às partes, com abstração do que fora inicialmente acordado⁴⁹, mas de expurgar desse acordo a eventual injustiça que as novas circunstâncias poderiam acarretar-lhe.

49 ANDORNO, Luis. Op. cit., p.20

9. REFERÊNCIAS

ANDORNO, Luis O. *La teoria de la imprevisión*. *Revista de Direito Civil*, a. 8, v. 30, out/dez. 1984.

ARANZADI, Luis Ignacio Arechederra. *La Equivalencia de las Prestaciones en el Derecho Contratual*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1978.

BAPTISTA, Silvio Neves. *A Crise do Contrato*, Recife: Comunicarte, 1983.

_____. *Contrato de Risco no Direito Brasileiro*. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1976.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional. In: TEPEDINO G. (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ÇARINGELLA, F.; MARZO, G. de.; IZZO, F. *Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza*. Napoli: Esselibri Simone, 1997.

COSSIO, Carlos. *La Teoria de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1995 v. 3.

GASSET, Ramón Badenes. *El Risco Imprevisible*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1946.

G. GIAN; A. TRABUCCHI. *Commentario Breve al Codice Civil*. Padova: Cedam Casa Editrice Dott., 1981.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: 1980.

HENKEL, Heinrich *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. espanhola de Enrique Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, 1967.

_____. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. espanhola de Carlos F. Rodrigues. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

MARTORELL, Juan Terraza. *Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1951.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *A Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

_____. **Il Contratto in Genere**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. Tomo primeiro.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo XLIV.

MORAES, Renato José. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NETO, Abílio e MARTINS, Herlander. **Código Civil Anotado**. Lisboa: Livraria Petrony, 1984.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Alteração das Circunstâncias**. Recife: Bagaço, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. III.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo XLIV.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo, (Coord.) **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. Padova: Cedam, 1971.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: Edição OAB-PE, 1985.

WIEACKER, Franz. **El Principio General de la Buena Fe**. Trad. de José Luiz Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977.

PRÁTICA



**EXECUÇÃO. BANCO. FAZENDA
PÚBLICA MUNICIPAL.
FINANCIAMENTO. NOVAÇÃO.
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.
AUSÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO.
EMBARGOS. PROCEDÊNCIA**

Antonio Vital de Moraes
Juiz de Direito.

SENTENÇA

Vistos etc.

MUNICÍPIO DE OLINDA, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Rua de São Bento, nº 123, nesta cidade, opôs Embargos à Execução por Título Executivo Extrajudicial (Tombo nº 6.163/93), que lhe move o B.M.S/A, instituição financeira, com endereço na Rua do Imperador Pedro II, nº 70, na cidade do Recife.

Argúi três preliminares com requerimentos de extinção do processo **sem julgamento do mérito**: a) a ação é juridicamente impossível por fundamentar-se em título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública, contrariando o disposto nos arts. 730, do CPC, e 100 da Constituição Federal; b) a petição é inepta por lhe faltar o pedido, pois o requerimento de medida liminar já foi indeferido; c) há defeito

de representação processual porque o estatuto do Exequente/Embargado não foi acostado à inicial (fls. 38/42).

Lembra que denunciou à lide L. de B. F. N., ex-Prefeito de Olinda, resultando indeferida a denunciação por este juízo.

No mérito, o Município de Olinda (Executado/Embargante) confessa que, a **21 de setembro de 1990**, na gestão do ex-Prefeito L. de B. F. N., devidamente autorizado pela Lei Municipal nº 4715/90, celebrou **CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO POR ANTECIPAÇÃO DE RECEITA**, no valor de Cr\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de cruzeiros), com incidência de correção monetária – **VARIAÇÃO DO BTNF** – e juros compensatórios à razão de 8% (oito por cento) ao mês.

Esclarece que a dívida seria paga em três parcelas de Cr\$ 58.125.430,00, Cr\$ 53.514.171,00 e Cr\$ 68.094.400,00, com vencimentos previstos para 23/10/90, 21/11/90 e 21/12/90 (fls. 43), o que incorreu.

Afirma que a **autorização legislativa** restringiu-se ao **exercício financeiro de 1990**, para que a operação de crédito atendesse à insuficiência de caixa até o **limite de 25% (vinte e cinco por cento) da receita estimada**.

Com o inadimplemento da obrigação, declara o Executado/Embargante que houve **novação no exercício financeiro de 1991**, consolidando-se o débito em Cr\$ 236.362.000,00 (duzentos e trinta e seis milhões, trezentos e sessenta e dois mil cruzeiros), **sem autorização legislativa**, embora com a taxa de juros mais alta: 13% (treze por cento), sujeita à repactuação a cada 30 dias, mediante simples troca de correspondências. E a quitação dar-se-ia em cinco (5) parcelas.

Diz que, a despeito do **ADITIVO**, firmado a **21 de janeiro de 1991**, celebrou-se uma **CONFISSÃO DE DÍVIDA, sem autorização legislativa, a 30 de junho de 1992**, fixando-se o vencimento do débito para o dia **16 de dezembro de 1992**, no valor de Cr\$ 5.203.577.479,10 (cinco bilhões, duzentos e três milhões, quinhentos e setenta e sete mil, quatrocentos e setenta e nove cruzeiros e dez centavos), incidindo a correção pela **variação da TRD (Taxa Referencial Diária)**, a fim de que o Exequente/Embargado obtivesse um título líquido, certo e exigível.

Enfatiza que o título executivo é nulo de pleno direito em razão da falta de **autorização legislativa** para o ajuste da recomposição do pagamento nos dois exercícios financeiros: 1991 e 1992.

Aduz que, com as **novações**, tanto o **TERMO ADITIVO/91** como a **CONFISSÃO DE DÍVIDA/92** tornaram-se inexigíveis e ilíquidos (fls. 46/49).

Pede seja declarado nulo o título executado e, por consequência, a ação executiva.

Recebidos os Embargos e suspensa a Execução.

Indeferida a denunciação da lide (fls. 109).

O Banco Mercantil S/A (Exequente/Embargado) rechaça as preliminares: - a) é permitida a execução de título extrajudicial contra o Embargante/Executado, como bem demonstram os arrestos trazidos à colação; b) a petição contém pedido, além do requerimento da liminar indeferida; c) inexistente vício de representação processual e, apesar de desnecessária, junta aos autos cópia do estatuto.

Quanto ao mérito, o Exeqüente/Embargado diz que houve apenas **uma operação** com autorização legislativa, no **exercício de 1990**, cuja obrigação não foi satisfeita pelo Executado/Embargante.

E, fundado no art. 1.000, do Código Civil, o Exeqüente/Embargado sustenta que, não havendo ânimo de novar, a **segunda operação** confirma simplesmente a **primeira** (fls. 117).

Finaliza afirmando que a **confissão de dívida** representa um título líquido.

Requer o julgamento antecipado da lide.

Intimado para se manifestar sobre a impugnação aos Embargos, o Executado/Embargante deixou escoar o prazo, de acordo com as quatro certidões exaradas pelo Escrivão (fls. 110 e 138), sem que se pronunciasse.

É o relatório. Decido.

Os Embargos versam sobre questão de mérito unicamente de direito, comportando julgamento antecipado da lide.

REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: - O art. 730 do Código de Processo Civil não faz distinção entre título judicial e título extrajudicial. E “onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções” – regra de hermenêutica.

O Executado/Embargante argumenta no sentido da inexistência de **mérito** no processo executivo, porém, contraditoriamente, pede a extinção do processo **sem julgamento do mérito** (fls. 40 e 49).

No processo de execução existe **mérito**. Di-lo Cândido R. Dinamarco:

O afastamento, do processo executivo, das questões de mérito, não significa porém que inexistam mérito nesse processo. Há o mérito, representado pela pretensão executiva deduzida mediante a demanda inicial. O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que mérito inexistam naquele processo. (RP Nº 34, p. 37).

É intuitivo que a apreciação das questões de mérito, suscitadas nos presentes Embargos, produzirá uma sentença judiciária (C.F., art. 100).

Adiro à corrente jurisprudencial que admite a validade do título extrajudicial para mover a instância satisfativa (Theotônio Negrão, CPC, 25ª ed., art. 730, nota 6, Malheiros Editores). Portanto, rejeito esta preliminar.

REPELIDA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: - Alega o Executado/Embargante que, tendo sido indeferido o **requerimento** liminar do bloqueio de depósitos e das suas quotas do ICMS, perante o BANDEPE, exauriu-se a inicial porque o Exeqüente/Embargado não formalizou **nenhum pedido**(sic). É o que se deduz do argumento lançado às fls. 40/41.

Ora, o art. 282, do Código de Processo Civil, faz clara distinção entre **pedido** (IV) e **requerimento** (VII); este reservado à **citação** do réu; aquele à **questão de fundo**.

Se o Exeqüente/Embargado não fez um **pedido** de provimento satisfativo, como argúi o Executado/Embargante, como há de se acolher a preliminar de **impossibilidade jurídica do pedido**? **Daquilo que não existe nos autos**? A contradição é flagrante!

Quanto ao mérito, o Exeqüente/Embargado diz que houve apenas **uma operação** com autorização legislativa, no **exercício de 1990**, cuja obrigação não foi satisfeita pelo Executado/Embargante.

E, fundado no art. 1.000, do Código Civil, o Exeqüente/Embargado sustenta que, não havendo ânimo de novar, a **segunda operação** confirma simplesmente a **primeira** (fls. 117).

Finaliza afirmando que a **confissão de dívida** representa um título líquido.

Requer o julgamento antecipado da lide.

Intimado para se manifestar sobre a impugnação aos Embargos, o Executado/Embargante deixou escoar o prazo, de acordo com as quatro certidões exaradas pelo Escrivão (fls. 110 e 138), sem que se pronunciasse.

É o relatório. Decido.

Os Embargos versam sobre questão de mérito unicamente de direito, comportando julgamento antecipado da lide.

REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: - O art. 730 do Código de Processo Civil não faz distinção entre título judicial e título extrajudicial. E “onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções” – regra de hermenêutica.

O Executado/Embargante argumenta no sentido da inexistência de **mérito** no processo executivo, porém, contraditoriamente, pede a extinção do processo **sem julgamento do mérito** (fls. 40 e 49).

No processo de execução existe **mérito**. Di-lo Cândido R. Dinamarco:

O afastamento, do processo executivo, das questões de mérito, não significa porém que inexista mérito nesse processo. Há o mérito, representado pela pretensão executiva deduzida mediante a demanda inicial. O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que mérito inexista naquele processo. (RP N° 34, p. 37).

É intuitivo que a apreciação das questões de mérito, suscitadas nos presentes Embargos, produzirá uma sentença judiciária (C.F., art. 100).

Adiro à corrente jurisprudencial que admite a validade do título extrajudicial para mover a instância satisfativa (Theotonio Negrão, CPC, 25ª ed., art. 730, nota 6, Malheiros Editores). Portanto, rejeito esta preliminar.

REPELIDA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: - Alega o Executado/Embargante que, tendo sido indeferido o **requerimento** liminar do bloqueio de depósitos e das suas quotas do ICMS, perante o BANDEPE, exauriu-se a inicial porque o Exeqüente/Embargado não formalizou **nenhum pedido** (sic). É o que se deduz do argumento lançado às fls. 40/41.

Ora, o art. 282, do Código de Processo Civil, faz clara distinção entre **pedido** (IV) e **requerimento** (VII); este reservado à **citação** do réu; aquele à **questão de fundo**.

Se o Exeqüente/Embargado não fez um **pedido** de provimento satisfativo, como argúi o Executado/Embargante, como há de se acolher a preliminar de **impossibilidade jurídica do pedido? Daquilo que não existe nos autos? A contradição é flagrante!**

Quanto ao mérito, o Exeçüente/Embargado diz que houve apenas **uma operação** com autorização legislativa, no **exercício de 1990**, cuja obrigação não foi satisfeita pelo Executado/Embargante.

E, fundado no art. 1.000, do Código Civil, o Exeçüente/Embargado sustenta que, não havendo ânimo de novar, a **segunda operação** confirma simplesmente a **primeira** (fls. 117).

Finaliza afirmando que a **confissão de dívida** representa um título líquido.

Requer o julgamento antecipado da lide.

Intimado para se manifestar sobre a impugnação aos Embargos, o Executado/Embargante deixou escoar o prazo, de acordo com as quatro certidões exaradas pelo Escrevão (fls. 110 e 138), sem que se pronunciasse.

É o relatório. Decido.

Os Embargos versam sobre questão de mérito unicamente de direito, comportando julgamento antecipado da lide.

REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: - O art. 730 do Código de Processo Civil não faz distinção entre título judicial e título extrajudicial. E “onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções” – regra de hermenêutica.

O Executado/Embargante argumenta no sentido da inexistência de **mérito** no processo executivo, porém, contraditoriamente, pede a extinção do processo **sem julgamento do mérito** (fls. 40 e 49).

No processo de execução existe **mérito**. Di-lo Cândido R. Dinamarco:

O afastamento, do processo executivo, das questões de mérito, não significa porém que inexista mérito nesse processo. Há o mérito, representado pela pretensão executiva deduzida mediante a demanda inicial. O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que mérito inexista naquele processo. (RP N° 34, p. 37).

É intuitivo que a apreciação das questões de mérito, suscitadas nos presentes Embargos, produzirá uma sentença judiciária (C.F., art. 100).

Adiro à corrente jurisprudencial que admite a validade do título extrajudicial para mover a instância satisfativa (Theotonio Negrão, CPC, 25ª ed., art. 730, nota 6, Malheiros Editores). Portanto, rejeito esta preliminar.

REPELIDA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: - Alega o Executado/Embargante que, tendo sido indeferido o **requerimento** liminar do bloqueio de depósitos e das suas quotas do ICMS, perante o BANDEPE, exauriu-se a inicial porque o Exeçüente/Embargado não formalizou **nenhum pedido** (sic). É o que se deduz do argumento lançado às fls. 40/41.

Ora, o art. 282, do Código de Processo Civil, faz clara distinção entre **pedido** (IV) e **requerimento** (VII); este reservado à **citação** do réu; aquele à **questão de fundo**.

Se o Exeçüente/Embargado não fez um **pedido** de provimento satisfativo, como argúi o Executado/Embargante, como há de se acolher a preliminar de **impossibilidade jurídica do pedido? Daquilo que não existe nos autos? A contradição é flagrante!**

Todavia, o pedido se encontra expresso às fls. 5 do autos do processo executivo:

... requer que V. Exa. se digne determinar a citação do representante legal do executado (...) para, nos termos da lei, cumprir a sua obrigação, pagando a dívida ora ajuizada, acrescida de juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, correção monetária e de uma multa convencional de 10% (dez por cento) sobre o montante devido, calculados desde a data do vencimento de cada parcela, até a data da efetiva liquidação, nos termos da Cláusula 6ª do contrato, além das custas judiciais ...

Afigura-se, portanto, desarrazoada a preocupação do Município/Embargante quanto à eventual violação, por este juízo, da norma proibitiva inscrita no artigo 460 do CPC. Destarte, repilo esta preliminar.

INACOLHIDA A PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO BANCO/EMBARGADO: -

Tal vício não autoriza a extinção do processo sem que seja dada oportunidade, com a suspensão do feito e fixação de prazo razoável, para a sanação (CPC, art. 13, I).

Com a impugnação aos Embargos, o Banco/Embargante juntou o estatuto, provando a legitimação do advogado Otávio Augusto Cavalcanti. Assim, resta também inacolhida a terceira e última preliminar.

INDEFERIDA A DENUNCIÇÃO DA LIDE PELO MUNICÍPIO/EMBARGANTE: -

Conquanto os arts. 598 e 745, do CPC, permitam ao Município/Embargante deduzir, nos embargos, matéria que lhe seria lícito suscitar como defesa no **processo de conhecimento**, incabível é o instituto da **denúncia da lide no processo de execução**.

Como visto, o Município/Embargante assume a posição de **autor** da **ação de embargos** onde não há **citação** do Banco/Embargado, o qual é apenas **intimado** (CPC, art. 740).

Repito: o Banco/Embargado é **intimado** para, no prazo de dez (10) dias, querendo, **impugnar** os embargos. Daí, deixando escoar o prazo, sem a impugnação, não se faz presente o efeito da revelia (CPC, art. 319).

É que somente se caracteriza a **revelia** “se o réu não **contestar** a ação”. E a **contestação** pressupõe a **citação**, “que é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender” (CPC, arts. 213, 225, II e VI, e 247).

Não havendo, no processo de execução, prazo para **contestação**, o Município/Executado se defende noutra relação jurídica processual, na condição de **autor da ação de embargos**, em cuja sede o Banco/Embargado é **intimado** para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sujeitando-se unicamente ao efeito da **preclusão** (CPC, art. 183).

Vale lembrar que, na condição de **autor denunciante**, o Município/Embargante estaria obrigado a requerer a **citação** do **denunciado** L.de B.F.N. e do Banco/Embargado (CPC, art. 71). Mas o art. 740, da lei adjetiva civil, já referido, prevê, tão-só, a **intimação** do Banco/Embargado.

Às fls. 49, o Município/Embargante requereu a **intimação** do Banco/Embargado e a **citação** do **denunciado** L. de B. F. N. para, no prazo legal (15 dias), “opor-se à execução que contra a Fazenda Pública promove o Embargado (...) declarando esse MM. Juízo, quando da prolação da decisão de embargos, a **responsabilidade daquele por todos os danos provocados ao erário ...**” (fls. 36).

De um lado, a **citação** do denunciado L. de B.F.N. implicaria a **suspensão do processo** (CPC, art. 72), não correndo o prazo para a “**contestação**”, que inexistiria, do Banco/Embargado; de outra parte, o **denunciado**, se comparecesse, assumiria a posição de **litisconsorte do Município/Embargante** (CPC, art. 74), podendo aditar os embargos antes da citação (que não existe) do Banco/Embargado.

Forçoso aduzir que a finalidade dos embargos opostos à execução é a desconstituição de uma relação obrigacional e não a criação de um título executivo contra um **terceiro interveniente** (CPC, art. 76).

Em síntese: a denunciação da lide, nos moldes em que pretende o Município/Embargante, nega vigência ao estatuído no art. 71 do CPC. Nessa esteira argumentativa, foi indeferida.

MÉRITO: - Para o processo de execução, o que importa é o título que representa o fato jurídico material. Não é a dívida em si mesma, que pode existir sem os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade (CPC, arts. 580, 583 e 586).

Na espécie vertente, há um liame obrigacional revestido das formalidades legais: **CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO POR ANTECIPAÇÃO DE RECEITA**, firmado a 21 de setembro de 1990 (fls. 52/53).

O **primeiro** contrato de abertura de crédito se afeiçoa aos ditames da Lei Orgânica do Município de Olinda, promulgada a 3 de abril de 1990, que edita:

Art. 28. COMPETE, PRIVATIVAMENTE, À CÂMARA MUNICIPAL:

.....
XVIII – FISCALIZAR E CONTROLAR os atos do PODER EXECUTIVO, incluídos os da Administração Indireta;

XIX – dispor sobre LIMITES E CONDIÇÕES para a CONCESSÃO e GARANTIA do Município, EM OPERAÇÕES DE CRÉDITO;

XX – AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS, operação ou acordo externo, DE QUALQUER NATUREZA, de interesse do Município, REGULANDO AS SUAS CONDIÇÕES E RESPECTIVA APLICAÇÃO, observada a legislação federal.

Vê-se, com uma clareza diáfana, que a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, os limites e condições em qualquer operação de crédito gravitam na órbita da **competência indelegável da CÂMARA MUNICIPAL**.

O mesmo diploma legal estatui a competência do Prefeito, destacando-se no art. 66, inciso XXV, o seguinte: **competete ao Prefeito “contrair empréstimos e realizar OPERAÇÕES DE CRÉDITO, MEDIANTE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA CÂMARA.”**

É indubitável que a **prévia autorização** da Câmara Municipal, para o Prefeito contrair empréstimos e realizar operações de crédito, **constitui solenidade essencial à validade do ato** (Código Civil, arts. 132 e 145, IV; Lei Federal nº 4.717/65, arts. 2º, “a” e “b”, e 4º, II, “a”). Dito o **princípio da legalidade** (Constituição Federal, arts. 5º, II, e 37).

Manifesta-se imperiosa a transcrição da advertência de Hely 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.” (MEIRELLES, Hely Lopez. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: RT, s.d. p.76.).
Destaquei e grifei*

Alega o Município/Embargante que, **não tendo o ex-Prefeito, L. F., nos exercícios financeiros de 1991 e 1992, obtido prévia autorização da Câmara Municipal para a realização das duas (2) operações de crédito** (Aditivo ao Contrato Primitivo e Confissão de Dívida), **esses contratos são nulos de pleno direito**.

Por outro lado, o Banco/Embargado argumenta com a existência de **uma operação de crédito** e, contraditoriamente, faz remissão ao art. 1.000, do Código Civil, para ilidir a figura da **novação da obrigação** suscitada pelo Município/Embargante. Eis o texto legal: “Art. 1.000. Não havendo ânimo de novar, a **segunda operação** confirma simplesmente a **primeira**”.

Se é certo que incorreu **novação da primeira obrigação** (CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO POR ANTECIPAÇÃO DE RECEITA, a 21/9/90), não é menos exato que a **segunda e a terceira operações bancárias** (Aditivo ao contrato originário e Confissão de Dívida), estipulando **condições mais onerosas** para o interesse público municipal, **violaram norma proibitiva de ordem pública**.

Tanto o Aditivo/91, como a Confissão de Dívida/92, na cláusula quarta e na cláusula quinta, **afastaram a hipótese de novação** (fls. 53 e 56).

Todavia, as **operações bancárias** celebradas nos exercícios de 1991 e 1992, ao arrepio da Câmara Municipal, **estão inquinadas de vícios insanáveis**, pois o ex-Prefeito, L. de B.F.N., **não tinha competência**, porque desprovido de autorização legislativa, **para realizá-las legalmente**.

Pontes de Miranda já exortava no sentido de que todo ato jurídico perfeito exige uma tríade ineliminável: **existência, validade e eficácia**.

Forçoso reconhecer que as obrigações emanadas do Termo Aditivo e da Confissão de Dívida, nos exercícios financeiros de 1991 e 1992, **existem**, mas não têm **validade nem eficácia**. Persiste sobranceiro apenas o Contrato e Abertura de Crédito Por Antecipação da Receita Municipal (Código Civil, art. 153, “in fine”).

É que da mesma **forma** que se fez constar no contrato primitivo a **autorização** consubstanciada na Lei Municipal nº 4715/90, de 8.1.90 (fls. 52), dever-se-ia **consigná-la nas duas operações** (Código Civil, art. 132).

E título de crédito nulo não vincula o Município/Embargante.

Torna-se imperioso o registro de que a Câmara Municipal de Olinda, em eventual ação ordinária, deverá integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário (CPC, art. 47), porque a matéria fere a sua competência privativa.

Lê-se na **cláusula primeira** do Termo Aditivo (fls. 53) que, **até o dia 21 de janeiro de 1991**, o Município/Embargante **havia pago** a quantia de **Cr\$ 63.287.582,28** (sessenta e três milhões, duzentos e oitenta e sete mil, quinhentos e oitenta e dois cruzeiros e vinte e oito centavos) como amortização dos Cr\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de cruzeiros), que deveriam ser resgatados em **três parcelas nos seguintes valores**: Cr\$ **58.125.430,00**, em **23.10.90**; Cr\$ **53.514.171,00**, em **23.11.90**, e Cr\$ **68.094.400,00**, em **21.12.90**.

Do cotejo entre o resgate efetuado até o dia 21 de janeiro de 1991 e o valor de cada parcela, individualmente considerada, inexistente correspondência. Desse modo, ante a falta de certeza do “quantum” devido, impossível seria – só para argumentar - reduzir o valor do título à dívida originária, daí por que o Banco/Embargado pede que o **“montante do débito” seja calculado desde a data do vencimento de cada parcela, até a data da efetiva liquidação** (fls. 113).

O pedido do Banco/Embargado dilui a pretendida **liquidez** do título a que atribui executividade. É que **as três (3) parcelas de resgate**, no exercício financeiro de 1990, **foram transformadas em cinco (5) parcelas**, no exercício financeiro de 1991 (fls. 53), posteriormente,

numa parcela vencida a 27 de dezembro de 1991 (fls. 55), e, afinal, **noutra parcela única** com vencimento previsto para 16 de dezembro de 1992 (fls. 59).

Preconiza o art. 618, I, do Código de Processo Civil, que é nula a execução se o título executivo não for líquido.

Da análise crítica dos autos resulta o convencimento de que o Município/Embargante, representado pelo ex-Prefeito, L. de B. F. N., e o Banco/Embargado desrespeitaram o comando legal, porque **“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”** (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º).

Urge que a sociedade se conscientize politicamente para afastar o anátema que deflui do poema de Bertolt Brecht:

O ANALFABETO POLÍTICO

O pior analfabeto é o
analfabeto político. Ele não ouve,
não fala, nem participa dos
acontecimentos políticos.
Ele não sabe que o custo de vida,
O preço do feijão, do peixe,
da farinha, do aluguel,
do sapato, e do remédio,
dependem das decisões políticas.
O analfabeto político
é tão burro que se orgulha e
estufa o peito dizendo
que odeia a política.

Não sabe o imbecil que
Da sua ignorância política
Nasce a prostituta,
o menor abandonado,
e o pior de todos os bandidos
que é o político vigarista,
pilantra, o corrupto
e laçao dos exploradores do povo.

(COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. 8.ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 249)

Ante as razões expendidas, julgo procedentes os embargos opostos pelo Município de Olinda para declarar a nulidade do título ajuizado pelo B. M. S/A, declarando extinta a execução, nos termos dos artigos 583, 586 e 618 do Código de Processo Civil.

Condeno o B. M. S/A ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios à razão de 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Olinda, 25 de abril de 1994

DIREITO COMERCIAL. FACTORING - EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

SENTENÇA

Ementa: DIREITO COMERCIAL - NULIDADE DE ATO JURÍDICO E DE TÍTULOS DE CRÉDITO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DO FATURIZADOR PELO RECEBIMENTO DO CRÉDITO ADQUIRIDO, SALVO SE O TÍTULO ESTIVER EIVADO DE VÍCIO QUE O INVALIDE OU QUANDO, NAS DECISÕES JUDICIAIS, RESTAR DEFINIDO QUE NÃO É DEVIDO - EXIGÊNCIA DE GARANTIA NO FACTORING - IMPOSSIBILIDADE - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PARA DECLARAR NULAS AS GARANTIAS EXIGIDAS EM VIRTUDE DO CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL E PROCEDÊNCIA EM PARTE DO PLEITO RECONVENCIONAL, APENAS EM RELAÇÃO À COBRANÇA DO CRÉDITO QUE TEVE OBSTACULIZADO O SEU RECEBIMENTO EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL, POR ATO IMPUTÁVEL AOS RECONVINDOS.

Vistos etc.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de ato jurídico e de títulos de crédito, com pedido de antecipação

dos efeitos da tutela jurisdicional, aforada por **C. V. LTDA., J. DE M. T. e E. D.** contra **A. F. F. C. LTDA.**, todos devidamente qualificados às fls. 02/03, alegando os Autores, em síntese, o seguinte:

Que firmaram com a Ré contrato de fomento mercantil, com compra e venda de títulos de crédito e outras avenças (v. fls. 17/21), tendo negociado com esta algumas duplicatas sob a forma de transferência de crédito.

Como garantia do supramencionado contrato, os Autores outorgaram Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária (v. fls. 21/24), na qual confessaram dever à Ré a importância de R\$ 60.000,00, emitindo os cheques n.ºs. 530130, 520131, 530132, 530133, 530134 e 530135.

Alegam os Autores, ainda, a existência de vícios no negócio jurídico efetuado em garantia (escritura de confissão de dívida), bem como na emissão dos cheques; e que, de outra parte, a responsabilidade pelos créditos negociados e sua liquidez é da empresa de *factoring*.

Ao pedido, instruindo-o, foram juntos os documentos de fls. 08/25.

Às fls. 27/27v., o então juiz processante, sob os argumentos ali expedidos, indeferiu a liminar pleiteada pelos Autores.

A parte ré, atuando na instância do art. 297, do CPC, ofereceu resposta, sob a forma de contestação (fls. 32/42) e reconvenção (fls. 79/80), indisciplinando-se contra a postulação da parte autora, sob o argumento, a uma, de que a escritura pública de confissão de dívida foi elaborada no reconhecimento da relação jurídica de dívida pactuada; a duas de que deixou de receber as quantias

cedidas representadas pelas duplicatas por ato imputável à faturizada; e, por fim, de que os Autores assumiram a responsabilidade direta pelo pagamento da duplicata n.º 3020, não liquidada, e pela duplicata n.º 2975, bloqueada pela 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, em decorrência de crédito trabalhista, deixando, pois, de receber as quantias por ato imputável à empresa faturizada.

Na peça reconvenção, postula a Ré/Reconvinte a cobrança dos valores que, segundo esta, lhe são devidos, quais sejam, os das duplicatas n.ºs 2975 e 3020.

Produziu com a peça de resistência os documentos de fls. 43/78 e com a reconvenção os documentos de fls. 86/94.

Sobre a contestação, disseram os autores às fls. 98/103.

Contestação à reconvenção às fls. 104/109.

Designada data para a realização da audiência preliminar (v. art. 331, CPC), esta transcorreu consoante registra a assentada de fl. 118, esclarecido que, frustrada a proposta de conciliação, pelo Juiz que presidiu esse ato processual foi anunciado às partes o julgamento antecipado da lide, nos moldes da regra editada no art. 330, I, do CPC.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desenlace. É o relatório.

Decido,

Na espécie dos autos, cumpro-me tecer alguns comentários sobre a operação de *factoring*, bem como sobre as características do contrato dela emanado.

Sabe-se que o *factoring* já alcançou o *status* de

dos efeitos da tutela jurisdicional, aforada por **C. V. LTDA., J. DE M. T. e E. D.** contra **A. F. F. C. LTDA.**, todos devidamente qualificados às fls. 02/03, alegando os Autores, em síntese, o seguinte:

Que firmaram com a Ré contrato de fomento mercantil, com compra e venda de títulos de crédito e outras avenças (v. fls. 17/21), tendo negociado com esta algumas duplicatas sob a forma de transferência de crédito.

Como garantia do supramencionado contrato, os Autores outorgaram Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária (v. fls. 21/24), na qual confessaram dever à Ré a importância de R\$ 60.000,00, emitindo os cheques n.ºs. 530130, 520131, 530132, 530133, 530134 e 530135.

Alegam os Autores, ainda, a existência de vícios no negócio jurídico efetuado em garantia (escritura de confissão de dívida), bem como na emissão dos cheques; e que, de outra parte, a responsabilidade pelos créditos negociados e sua liquidez é da empresa de *factoring*.

Ao pedido, instruindo-o, foram juntos os documentos de fls. 08/25.

Às fls. 27/27v., o então juiz processante, sob os argumentos ali expedidos, indeferiu a liminar pleiteada pelos Autores.

A parte ré, atuando na instância do art. 297, do CPC, ofereceu resposta, sob a forma de contestação (fls. 32/42) e reconvenção (fls. 79/80), disciplinando-se contra a postulação da parte autora, sob o argumento, a uma, de que a escritura pública de confissão de dívida foi elaborada no reconhecimento da relação jurídica de dívida pactuada; a duas de que deixou de receber as quantias

cedidas representadas pelas duplicatas por ato imputável à faturizada; e, por fim, de que os Autores assumiram a responsabilidade direta pelo pagamento da duplicata n.º 3020, não liquidada, e pela duplicata n.º 2975, bloqueada pela 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, em decorrência de crédito trabalhista, deixando, pois, de receber as quantias por ato imputável à empresa faturizada.

Na peça reconvenção, postula a Ré/Reconvinte a cobrança dos valores que, segundo esta, lhe são devidos, quais sejam, os das duplicatas n.ºs 2975 e 3020.

Produziu com a peça de resistência os documentos de fls. 43/78 e com a reconvenção os documentos de fls. 86/94.

Sobre a contestação, disseram os autores às fls. 98/103.

Contestação à reconvenção às fls. 104/109.

Designada data para a realização da audiência preliminar (v. art. 331, CPC), esta transcorreu consoante registra a assentada de fl. 118, esclarecido que, frustrada a proposta de conciliação, pelo Juiz que presidiu esse ato processual foi anunciado às partes o julgamento antecipado da lide, nos moldes da regra editada no art. 330, I, do CPC.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desenlace. É o relatório.

Decido,

Na espécie dos autos, cumpre-me tecer alguns comentários sobre a operação de *factoring*, bem como sobre as características do contrato dela emanado.

Sabe-se que o *factoring* já alcançou o *status* de

dos efeitos da tutela jurisdicional, aforada por **C. V. LTDA., J. DE M. T. e E. D.** contra **A. F. F. C. LTDA.**, todos devidamente qualificados às fls. 02/03, alegando os Autores, em síntese, o seguinte:

Que firmaram com a Ré contrato de fomento mercantil, com compra e venda de títulos de crédito e outras avenças (v. fls. 17/21), tendo negociado com esta algumas duplicatas sob a forma de transferência de crédito.

Como garantia do supramencionado contrato, os Autores outorgaram Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária (v. fls. 21/24), na qual confessaram dever à Ré a importância de R\$ 60.000,00, emitindo os cheques n.ºs. 530130, 520131, 530132, 530133, 530134 e 530135.

Alegam os Autores, ainda, a existência de vícios no negócio jurídico efetuado em garantia (escritura de confissão de dívida), bem como na emissão dos cheques; e que, de outra parte, a responsabilidade pelos créditos negociados e sua liquidez é da empresa de *factoring*.

Ao pedido, instruindo-o, foram juntos os documentos de fls. 08/25.

Às fls. 27/27v., o então juiz processante, sob os argumentos ali expedidos, indeferiu a liminar pleiteada pelos Autores.

A parte ré, atuando na instância do art. 297, do CPC, ofereceu resposta, sob a forma de contestação (fls. 32/42) e reconvenção (fls. 79/80), indisciplinando-se contra a postulação da parte autora, sob o argumento, a uma, de que a escritura pública de confissão de dívida foi elaborada no reconhecimento da relação jurídica de dívida pactuada; a duas de que deixou de receber as quantias

cedidas representadas pelas duplicatas por ato imputável à faturizada; e, por fim, de que os Autores assumiram a responsabilidade direta pelo pagamento da duplicata n.º 3020, não liquidada, e pela duplicata n.º 2975, bloqueada pela 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, em decorrência de crédito trabalhista, deixando, pois, de receber as quantias por ato imputável à empresa faturizada.

Na peça reconvenção, postula a Ré/Reconvinte a cobrança dos valores que, segundo esta, lhe são devidos, quais sejam, os das duplicatas n.ºs 2975 e 3020.

Produziu com a peça de resistência os documentos de fls. 43/78 e com a reconvenção os documentos de fls. 86/94.

Sobre a contestação, disseram os autores às fls. 98/103.

Contestação à reconvenção às fls. 104/109.

Designada data para a realização da audiência preliminar (v. art. 331, CPC), esta transcorreu consoante registra a assentada de fl. 118, esclarecido que, frustrada a proposta de conciliação, pelo Juiz que presidiu esse ato processual foi anunciado às partes o julgamento antecipado da lide, nos moldes da regra editada no art. 330,I, do CPC.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desenlace. É o relatório.

Decido,

Na espécie dos autos, cumpre-me tecer alguns comentários sobre a operação de *factoring*, bem como sobre as características do contrato dela emanado.

Sabe-se que o *factoring* já alcançou o *status* de

instituto jurídico, sendo reconhecido pelo nosso direito positivo, no qual já se delimitou seu campo de atuação, pelo art. 15, § 1º, inc. III, letra “d”, da Lei nº 9.249 de 26.12.95.

Conforme ensina ARNALDO RIZZARDO, no contrato de faturização, ou *factoring*, uma empresa (cliente ou faturizado) contrata com a outra (factor ou faturizador) a compra e venda de créditos, em que esta última assume o risco da liquidação desses. Ou seja: a empresa de *factoring*, aceitando a cessão que o faturizado lhe faz dos créditos comerciais que possui, mediante a cobrança de uma comissão, ocupa-se da sua administração, contabilidade e cobrança, e, ao mesmo tempo, garante o faturizado contra a falta de pagamento, a insolvência ou a quebra dos compradores, sem direito de repetição ou regresso. Dessa forma, o cliente (faturizado) não correrá qualquer risco pelo não pagamento dos créditos cedidos, salvo no tocante a nulidades ou vícios do crédito.

Difere, assim, o *factoring*, do contrato bancário de desconto de títulos. O desconto bancário é o contrato pelo qual uma pessoa recebe do banco determinada importância, transferindo-lhe um título de crédito ainda não vencido de emissão própria ou de terceiro, responsabilizando-se pela sua solvabilidade. Não resgatado o título pelo emitente, o endossante responde pelo pagamento perante o endossatário. Já no *factoring*, quando o título é vendido ou comercializado cessa toda e qualquer responsabilidade do faturizado, desde que existente o crédito quando da transação; inexistindo, pois, o direito de regresso.

Nessa típica operação de compra e venda, os créditos vêm representados por um título cambiário, em geral

uma duplicata, criada por uma transação comercial que envolve um terceiro, alheio à operação de *factoring*. Note-se, então, que, a partir da aquisição do título pelo faturizador, assume esse a legitimação para acionar o devedor do título, passando este a dever ao faturizador, e não ao possuidor originário (faturizado).

Vale, ainda, ressaltar que o *factoring*, como já foi dito, envolve acima de tudo compra de ativos financeiros e não empréstimos. A natureza jurídica do instituto é a compra de crédito. Logo, a rigor, não há um negócio de crédito entre o faturizador e o faturizado, porque não há um intervalo de tempo entre a prestação e a contraprestação: a empresa de *factoring* compra os créditos e, de imediato, o faturizado os transfere.

Pois bem.

No caso *sub judice*, pretendem os Autores seja declarada nula a Escritura Pública de Confissão de Dívida com garantia hipotecária, bem como os cheques emitidos por oportunidade de sua feitura. A ré, por outro lado, alega a validade do negócio jurídico e dos títulos de crédito, alegando que deixou de receber as quantias referentes à operação de *factoring* por ato imputável à empresa faturizada, pleiteando, pela via reconveccional, o pagamento da duplicata nº 2975, bloqueada pela 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, no valor de R\$ 18.849,29 e da duplicata nº 3020, no valor de R\$ 25.741,76, bem como de dois cheques no valor de R\$ 5.895,05 e R\$ 2.939,64.

Assiste razão aos Autores, quando pleiteiam a nulidade da Escritura Pública de Confissão de Dívida com garantia hipotecária e a nulidade dos cheques. Explicarei por partes:

Os Autores firmaram com a Ré um contrato de fomento mercantil (fls. 17/21), com garantia fiduciária, e, posteriormente, também como garantia ao referido contrato, firmaram uma Escritura Pública de Confissão de Dívida com garantia hipotecária e, ainda como garantia, emissão de cheques.

Conforme se observa da leitura da Escritura Pública de Confissão de Dívida (fls. 23/24v.), os Autores confessam ser devedores da importância de R\$ 60.000,00, “havida a mesma por empréstimo, oriunda de um contrato em anexo de Fomento Comercial. (...). 4º) que o pagamento da dívida será feito através dos cheques n.ºs 53130, 530131, 530132, 530133, 530134 e 530135. (...)”

Ora, como é sabido, o *factoring* é um contrato aleatório, não ficando o faturizador com segurança no recebimento do valor constante no título. Como não é considerado um contrato bancário, porque há uma compra de direitos creditórios e não um financiamento ou desconto de títulos, **impede-se o estabelecimento de garantias reais**. Tanto é assim que, diante do alto grau de risco dos negócios, não está o titular da faturizadora obrigado a aceitar todos os créditos, apenas aqueles que lhe interessam.

Ademais, o contrato é altamente oneroso, com taxas de remuneração bem mais elevadas que os setores de fornecimento de crédito, diante do risco a que se submetem as empresas faturizadoras, remunerando-se essas, tanto pelos riscos que correm ante a possibilidade do não recebimento, quanto para compensar o adiantamento das quantias pagas.

Nada tem, pois, a reclamar o faturizador se não recebe o crédito adquirido, desde que existente o mesmo

quando da sua transferência. Se não há vício em sua origem ou formação, garantia nenhuma pode aquele tomar deste. Então, compreende-se totalmente inválida a fiança e sem efeito as garantias reais, como a hipoteca.

Existe, apenas, uma exceção: quando o título apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem, quando não for autêntico ou legal, ou quando, **nas decisões judiciais, não se acolhendo as exceções e defesas, restar definido que não são devidos**.

Nessas hipóteses, unicamente, admite-se a exigência de garantia (única), como uma fiança **ou** uma hipoteca. Não tem sido aceita emissão de títulos em garantia e muito menos confissão de dívida:

Requerimento de falência. Factoring. É da essência do contrato não responder o faturizado ao ceder os seus créditos pela solvência do devedor. (...). Ultima-se o negócio jurídico com a entrega das contas e/ou títulos ao faturizador, não havendo possibilidade, pela natureza jurídica do contrato, de obtenção do faturizado de garantia quanto ao pactuado, com assinatura de qualquer título em branco e muito menos confissão de dívida. (...). (TJRJ – Ap. n.º 12.704/1998 – rel. Des. Reinaldo P. Alberto – j. 04.03.99. No mesmo sentido: Ap. n.º 14.801/1998 de 24.02.99).

E ainda:

A operação de factoring, face à elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária do desconto dos títulos, razão porque o faturizador assume o risco pelo não-pagamento pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, com expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenho contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado". Expõe-se, no voto: "...Não possuindo o faturizado responsabilidade pelo não pagamento do título, salvo por razão vinculada à emissão, não há como se dar guarida à execução proposta contra o faturizado. Transparece claramente, no caso, a intenção de ser contornado o entendimento jurisprudencial da inviabilidade de responsabilização do faturizado, na hipótese de não pagamento pelo devedor dos títulos negociados ao ser estabelecida garantia através da nota promissória em execução... Dessa forma, indubitado que a promissória destina-se a garantir o regresso da faturizadora contra a faturizada. Pois bem, se é entendimento dominante de que não é responsável o faturizado pelo não pagamento dos títulos negociados, ineficaz a garantia subsidiária obtida através de promissória que em seu verso declara expressamente ser esta a finalidade. Não subsistindo a obrigação garantida, desaparece a garantia ineficaz à garantia desta. (TARS – 3ª C. – Ap. nº 194214144 – Rel. Leonello Pedro Paludo – j. 30.11.94). (grifei).

Assim, não há como negar guarida ao pleito Autoral, no sentido de declarar nula a Escritura de Confissão de Dívida com garantia hipotecária, bem como declarar nulos os cheques emitidos como garantia do pagamento dos títulos negociados, ante todas as razões acima expostas, mormente quando já existe, para o caso da exceção acima descrita (quando o título apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem, quando não for autêntico ou legal, ou quando, nas decisões judiciais, não se acolhendo as exceções e defesas, restar definido que não são devidos), no contrato de fomento mercantil, garantia fidejussória. Admitir-se, além da fiança, garantia hipotecária e mais, cheques também emitidos em garantia do pagamento da dívida, além de ir de encontro ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, ter-se-ia excesso de garantia.

Em relação ao pedido reconvenicional, alegando que não recebeu os valores constantes nas duplicatas nºs 2975 e 3020 por ato imputável aos Autores/Reconvindos, pugna a Ré/Reconvinte pelo pagamento dos mesmos. Analisarei por partes:

- a) quanto à duplicata de nº 3020, no valor de R\$ 20.000,00, alega a Ré/Reconvinte que os Autores/Reconvindos,

antevendo que a duplicata não seria resgatada pelo sacado, talvez por motivos operacionais, e acordou na oportunidade do contrato de fomento deixar o cheque em garantia do pagamento desse débito.

No entanto, conforme se observa dos documentos de

A operação de factoring, face à elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária do desconto dos títulos, razão porque o faturizador assume o risco pelo não-pagamento pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, com expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenho contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado". Expõe-se, no voto: "...Não possuindo o faturizado responsabilidade pelo não pagamento do título, salvo por razão vinculada à emissão, não há como se dar guarida à execução proposta contra o faturizado. Transparece claramente, no caso, a intenção de ser contornado o entendimento jurisprudencial da inviabilidade de responsabilização do faturizado, na hipótese de não pagamento pelo devedor dos títulos negociados ao ser estabelecida garantia através da nota promissória em execução... Dessa forma, indubitável que a promissória destina-se a garantir o regresso da faturizadora contra a faturizada. Pois bem, se é entendimento dominante de que não é responsável o faturizado pelo não pagamento dos títulos negociados, ineficaz a garantia subsidiária obtida através de promissória que em seu verso declara expressamente ser esta a finalidade. Não subsistindo a obrigação garantida, desaparece a garantia ineficaz à garantia desta. (TARS – 3ª C. – Ap. nº 194214144 – Rel. Leonello Pedro Paludo – j. 30.11.94). (grifei).

Assim, não há como negar guarida ao pleito Autoral, no sentido de declarar nula a Escritura de Confissão de Dívida com garantia hipotecária, bem como declarar nulos os cheques emitidos como garantia do pagamento dos títulos negociados, ante todas as razões acima expostas, mormente quando já existe, para o caso da exceção acima descrita (quando o título apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem, quando não for autêntico ou legal, ou quando, nas decisões judiciais, não se acolhendo as exceções e defesas, restar definido que não são devidos), no contrato de fomento mercantil, garantia fidejussória. Admitir-se, além da fiança, garantia hipotecária e mais, cheques também emitidos em garantia do pagamento da dívida, além de ir de encontro ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, ter-se-ia excesso de garantia.

Em relação ao pedido reconvenicional, alegando que não recebeu os valores constantes nas duplicatas nºs 2975 e 3020 por ato imputável aos Autores/Reconvindos, pugna a Ré/Reconvinte pelo pagamento dos mesmos. Analisarei por partes:

- a) quanto à duplicata de nº 3020, no valor de R\$ 20.000,00, alega a Ré/Reconvinte que os Autores/Reconvindos,

antevendo que a duplicata não seria resgatada pelo sacado, talvez por motivos operacionais, e acordou na oportunidade do contrato de fomento deixar o cheque em garantia do pagamento desse débito.

No entanto, conforme se observa dos documentos de

- fls. 89/90, principalmente no verso do documento à fl. 90, a duplicata foi negociada pela faturizada. Se havia o crédito no momento da operação – fato esse não impugnado pela Ré/Reconvinte, incabível, como já dito e repetido, qualquer garantia quanto ao resgate do título.
- b) em relação aos cheques nº 530133, no valor de R\$ 2.939,64 e nº 530132, no valor de R\$ 5.895,05, entendendo indevida a sua cobrança, posto que emitidos como garantia do contrato de fomento comercial, o que é inadmissível, conforme todo exposto acima.
- c) apenas em relação à duplicata de nº 2975/96, no valor de R\$ 18.894,29, entendendo assistir razão à Ré/Reconvinte. Vislumbrando o documento de fl. 94, percebo que o despacho exarado pelo M.M. Juiz da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento determinou a constrição dos créditos da requerida (C.V.Ltda., ora Autora) junto ao C.S.M. (sacado – fl. 93). Isso em data de 28.03.96. Acontece, porém, que nesta data, o crédito corporificado na duplicata acima referida já não mais pertencia à C.V.Ltda., e sim, à Ré/Reconvinte, por força da operação de *factoring*, firmada em 05.03.96, conforme se depreende do documento de fl. 92v. No entanto, ante a proximidade das datas, entendo que, ao tempo da cessão do crédito, já tinha sido interposta a ação que culminou com a penhora deste, o que levaria, então, ao insucesso da Ré/Reconvinte, acaso opusesse embargos de terceiro junto àquele processo, por caracterizar a fraude à execução. Tem-se, aqui, uma das hipóteses de exceção em que cabe a cobrança, pelo faturizador, ao faturizado ante o não recebimento do crédito: quando nas decisões judiciais, não acolhendo as exceções e defesas, restar definido que não são devidos os valores espelhados nos títulos.

POSTO ISTO:

Julgo Procedente a ação e, em conseqüência, declaro a nulidade da Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária celebrada entre os Autores e a Ré (documento de fls. 22/24v.) bem como dos cheques nºs. 530130, 530131, 530132, 530133, 530134 e 530135, dados em garantia do Contrato de Fomento Mercantil (documento de fls. 17/21).

Por força do princípio sucumbencial, a ré arcará com o pagamento das despesas processuais, inclusive custas e taxa judiciária, e verba de patrocínio, que arbitro em 20% sobre o valor atribuído à causa.

Julgo procedente em parte a reconvenção, condenando os Reconvindos a pagar à Reconvinte a importância relativa à Duplicata nº 2975/96, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 12% a.a. a partir do vencimento (31.03.96), quando já obstaculizado o seu recebimento pela Reconvinte.

Por haver decaído da maior parte do seu *desideratum*, a Reconvinte arcará com o pagamento das custas processuais e verba honorária advocatícia, esta arbitrada em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Custas ex lege.

P.R.I. e Cumpra-se.

Recife, 02 de agosto de 2000.

SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO

José André Machado Barbosa Pinto
Juiz de Direito

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Confirmação dos fatos narrados na Exordial Executiva por parte do Embargante. Prevalência dos axiomas *DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS* e *JURA NOVIT CURIA* frente à confissão factual. Legislação aplicável à espécie vigente à época do FATO, diversa daquela citada na Exordial, já revogada. Inexistência de débito do Embargante para com o Embargado. Impossibilidade de Executiva. Embargos acolhidos. Inexistência de sucumbência do denunciante, inaplicabilidade do art.76 do C.P.C.

PROC. N. 21.343-94

EMBARGANTE: B. E. S. A.

EMBARGADA: S. R. M. de V.

DENUNCIADO: S. M. A. de S.

Vistos etc.

O Embargante, acima nominado, e devidamente qualificado nos termos da inicial de Fls. 02/05, por intermédio de advogado, constituído pela procuração de Fls.06, interpôs os presentes Embargos contra a Embargada acima referida, suscitando duas preliminares, na primeira requereu a extinção do feito, por inépcia da Exordial, vez que o título executivo apresentado às Fls.08 não seria o ORIGINAL, e sim uma cópia; na segunda, requereu o chamamento à lide na forma do inciso III do Artigo 70 do C.P.C., do EMITENTE do Cheque/Título executando. No MÉRITO, o Embargante alegou que no dia 21/01/1994, a Embargada compareceu à agência do Embargante acompanhada da **esposa do denunciado** para receber o cheque executando, que por estar o cheque cruzado, foi orientada a “obter o visto”, e enquanto isso ocorria, o **denunciado** conversava com alguns funcionários do Banco Embargante; que após a obtenção do VISTO, **juntos DENUNCIADO, SUA ESPOSA e EMBARGADA deixaram a agência** (Fls.03/04). Alegou ainda o Embargante, que APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO, o **denunciado** compareceu à agência do Embargante para entregar ao gerente declaração de extravio(que seria falsa) do cheque executando, trazendo CERTIDÃO de “comunicação” de extravio perante a 4ª. D.P.M.-Abreu e Lima, datada de 21/01/94, na qual às 15:42 hs da mesma data foi comunicado o extravio. Alegou que a Executiva ora embargada apenas foi distribuída quando o BANCO EMBARGANTE recebeu uma “**ordem judicial**” para que fosse procedido o cancelamento do cheque executando e consequen-

te pagamento do mesmo ao **denunciado**, “**ordem**” esta originária desta Segunda Vara Cível, nos autos do processo de número 21.293/94, AO MESMO TEMPO EM QUE foi citado do presente feito, quando depositou(EM PENHORA) a quantia executando. Alegou que recebeu “**DUAS ORDENS**” emanadas da mesma autoridade judiciária, a primeira para cancelar o cheque e pagar ao **denunciado** o valor do mesmo(chèque), e a segunda para pagar o valor executando em 24 horas, sob pena de penhora. Alegou finalmente o Embargante que foi levado a erro por conta de um ardid da Embargada em conjunto com o **denunciado**, e que POR TER SIDO O VISTO OBTIDO MEDIANTE FRAUDE, na forma do artigo 145,II do Código Civil, seria ele NULO, e desprovido de qualquer valor jurídico; e que cumprindo “determinação” deste Juízo, já teria pago ao denunciado o valor do cheque.

Com a Inicial, vieram os documentos de Fls.07/18, que resumidamente, são:

- a) Fls.07/09 : Declaração firmada pelo **denunciado** em que o mesmo afirma que é sabedor de que existe a execução apensa ao presente e que estava ciente de que seria denunciado/chamado à lide, ao mesmo tempo que remetia alvará judicial (Fls.10/11) e requerimentos para a sustação do cheque.
- b) Fls. 12, Certidão da Autoridade Policial da “comunicação” supra referida.
- c) Fls.14/17, documentos relativos ao pagamento do cheque após concessão de ALVARÁ, e à efetivação de depósito para garantir o Juízo Executivo.

d) Fls.18, Recibo no qual o **denunciado** percebeu o valor do cheque estribado no ALVARÁ supra referido (Fls.10/11).

Citada, a parte Embargada apresentou a impugnação de Fls.22/25, em que, resumidamente, após rebater as duas preliminares apresentadas, afirmou que o Banco Embargante, por confirmar a aposição do VISTO, reconheceu o direito da Embargada, além de ratificar na Exordial os fatos narrados na Executiva; ainda firmou que o BANCO agiu com culpa por aceitar a comunicação de extravio(DO DENUNCIADO) de um cheque que teria se extraviado em 20/01/94, quando no dia seguinte(21/04/94), o próprio DENUNCIADO compareceu ao BANCO EMBARGANTE, acompanhado da Embargada, para VISAREM o mesmo cheque.

Às Fls. 26, foi deferida a citação do denunciado/EMITENTE (S. M. A. de S.).

Devidamente citado, tal senhor não apresentou qualquer contestação/impugnação aos Embargos(Fls.32/41).

Às Fls.41V, foi designada audiência de tentativa de conciliação, com arrimo no artigo 331 do C.P.C., para o dia 11/07/1996.

Na data marcada, tal audiência não chegou a se realizar, e naquela mesma data foi marcado dia e hora para AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, e determinado fosse dado ao INTERVENTOR do Banco Embargante (Sr. F. C.) ciência do presente feito e da Executiva apensa.

Proc. n.21.343/94

No dia e hora marcados para AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, essa não se realizou(21/08/1996), haja vista que, segundo o despacho ditado naquela assentada, as intimações não foram feitas a contento, e naquela mesma data designou-se NOVA DATA para o mesmo fim, desta feita para o dia 14/10/1996.

Novamente, na NOVA DATA designada(14-10-96) para audiência de Instrução de Julgamento, essa não se realizou, na conformidade das razões expressas na CERTIDÃO de Fls.50-parte final.

Em 06/12/97, foi proferido novo despacho onde foi determinada a designação de nova data para “I”nstrução e “J”ulgamento(Fls.50V)

Após receber os presentes autos, dias após assumir a Segunda Vara Cível de Paulista(20-02-1998), e haver determinado à Chefia da Secretaria que **a pauta de audiências é feita EXCLUSIVAMENTE pela MINHA PESSOA**, verifico que a MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS É UNICAMENTE DE DIREITO, e por conseguinte, na conformidade das razões/deliberações adiante formuladas, despicienda é a audiência buscada EMBALDE desde 1996, e por tal razão, é que encerro o presente **Relatório**.

É o **RELATÓRIO**, pelo que, **DECIDO**:

Das preliminares suscitadas pelo Embargante:

Das DUAS preliminares suscitadas, apenas uma merece a apreciação que tem agora, no caso, a **primeira preliminar**, que não merece qualquer acatamento, vez que a cópia do cheque referido em citada preliminar é autenticada e o **original** do mesmo consta às **Fls.53** dos autos apensos, não existindo o que se cogitar de Indeferimento

da Inicial, destarte, INDEFIRO tal preliminar. A segunda preliminar, que buscava o chamamento à lide do Sr. S. M. A. de S., na conformidade do relatório supra, já foi acatada.

Do “*merito causae*”:

Efetivamente, pela leitura da Exordial, se vislumbra que os fatos narrados na Inicial Executiva foram, praticamente, confirmados pelo Banco Embargante, ou seja, o Banco Embargante confirmou que VISOU o cheque referido na Exordial Executiva, após RECEBER PARA TAL ATO; confirmou que recebeu comunicação por parte do Denunciado de que tal cheque teria sido extraviado, e ainda acrescentou que recebeu TAL COMUNICAÇÃO DAS MÃOS DO DENUNCIADO, APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO. Confessou que “foi induzido a erro”(Fls.05), e por tais razões não PAGOU tal CHEQUE.

Tais fatos, narrados na Exordial Executiva e CONFIRMADOS pelo Banco Embargante, inequivocamente existiram, e são comprovados pelos DOCUMENTOS TRAZIDOS pelo Banco Embargante, e pela Exequente/Embargada nos apensos autos, MORMENTE, pelo CHEQUE supra referido.

Indubitavelmente temos o seguinte FATO:

O Banco Embargante visou em 21/01/1994 o cheque n. 001210, datado de 21/01/1994, e no valor de Cr\$2.800.000,00(DOIS MILHÕES E OITOCENTOS MIL CRUZEIROS), tal cheque, passado pelo Sr. S. M. A. de S. foi depositado pela beneficiária do cheque (Sra. S. R. M. de V.), em conta dela, e o mesmo, apesar do VISTO, não foi pago pelo Banco Embargante.

A MISSÃO DO JULGADOR é APLICAR A NORMA AO FATO.

Comprovada a existência do FATO, cabe ao julgador aplicar a NORMA (*DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*).

É OBRIGAÇÃO DO JULGADOR CONHECER A NORMA QUE SERÁ APLICADA AO FATO.

Narrado o fato trazido à apreciação do julgador, fato que geraria o direito/prerrogativa pleiteado(a), o julgador deve conhecer a NORMA a ser aplicada, mesmo que o autor do pedido não a tenha mencionado, ou até mesmo a tenha mencionado de forma falha/equivocada (*JURA NOVIT CURIA*).

Petição inicial. Fundamentação falha. Irrelevância. Exposição, dos fatos, que permite apreciação e decisão do feito.” (Ap. 287.375-6-00, 6.3.91, 5ª C 2º TACSP, rel. Juiz RICARDO BRANCATO, in JTA 128/358)

“In casu”, a Inicial da Executiva (Fls.02/06), narra o fato(Fls.02/03), e em seguida, expõe o DIREITO/NORMA, se estribando no “entendimento de Pontes de Miranda em sua obra Tratado de Direito Privado, vol. 37, Editor Borsoi, ano 1962”... (SIC-Fls.04-final do primeiro parágrafo), consubstanciado no fato de que “Com o visto o cheque perde a natureza cambiariforme passando a ser título de crédito contra o sacado, apagado todo o seu passado cambiariforme. Nenhuma pretensão ou ação tem

mais, contra o passador do cheque, endossantes e avalistas, o portador; a relação jurídica, que se cria com a marcação, é entre o portador e o sacado. O acordo para o visto é assunção da dívida por parte do sacado. ...” (Fls.03-SIC)

Tal entendimento, do excelso PONTES DE MIRANDA, tratadista magistral de obras jurídicas, literárias, sociológicas e filosóficas, exteriorizou com maestria ímpar a análise da Lei Vigente à época. Tais ensinamentos, como dito pelo Exequente, foram pinçados da obra TRATADO DE DIREITO PRIVADO, edição de 1962.

No Brasil, diversas normas regulamentaram o uso do CHEQUE; O Regulamento do Banco da Província da Bahia, aprovado pelo Decreto número 438 datado de 13/11/1845, foi a primeira referência que se tem sobre o uso do cheque em nosso País. Tal Regulamento foi seguido pela Lei n. 1.083 de 22/08/1860, e por outras Leis, Decretos Legislativos e Decretos; legislações fragmentárias que, por serem consideradas à época deficientes, dada à grande velocidade e complexidade das relações negociais, ensejaram com que o então Ministro da Fazenda do Governo Rodrigues Alves, Dr. LEOPOLDO BULHÕES, incumbisse o jurista **Ubaldo do Amaral** de preparar um anteprojeto de lei regulamentando a matéria, que após o processo legislativo, então vigente, com pequenas alterações, foi (o projeto) CONVERTIDO NA LEI n. 2.591, de 07/08/1912.

Tal Lei (2.591/1912) vigorou por décadas, até a vigência do DECRETO EXECUTIVO de número 57.595

de 07/01/1966, que determinou que o uso do cheque no Brasil haveria de ser regulado pela Lei UNIFORME de Genebra (Convenção de 1931).

Na realidade, por problemas diversos vividos na situação política Nacional à época (pós-1966), e considerando que o Brasil não participou da Conferência de Genebra, muito embora em 1942 tenha enviado Nota ao Secretário Geral da Sociedade das Nações, acatando e aderindo às Convenções resultantes da Conferência de Genebra, NA PRÁTICA, a Lei n. 2.591/1912 vigorou até a VIGÊNCIA, em 03/09/1985, da Lei n. 7.357 de 02/09/1985.

Tal Lei (7.357 de 02/09/1985), que começou a vigorar na data de sua publicação 03/09/1985, rege o uso do CHEQUE no Brasil até a data de hoje.

Tal retrospectiva histórica foi feita, para que possamos atingir o cerne da “*quaestio*” decidida pela presente SENTENÇA.

O Cheque supra referido, constante às Fls.53, DATA DE 21/01/1994, e foi visado pelo Embargante naquela mesma data. ENTÃO VIGORAVA A LEI n. 7.357/85.

Quando da obra TRATADO DE DIREITO PRIVADO mencionada na Exordial Executiva, VIGORAVA a Lei engendrada por UBALDINO DO AMARAL, a **LEIn. 2.591, de 07/08/1912**.

A Lei vigente à época do **FATO** (Emissão, Visto e Não Pagamento), a Lei n. 7.357/85, deliberava, como hoje ainda delibera, da seguinte forma:

Art. 7º : Pode o sacado, a pedido do emitente ou do portador legitimado, lançar e assinar, no ver-

so do cheque não ao portador e ainda não endossado, visto, certificação ou outra declaração equivalente, datada e por quantia igual à indicada no título.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: A oposição de visto, certificação ou outra declaração equivalente obriga o sacado a debitar à conta do emitente a quantia indicada no cheque e a reservá-la em benefício do portador legitimado, durante o prazo de apresentação, sem que fiquem exonerados o emitente, endossantes, e demais coobrigados.

PARÁGRAFO SEGUNDO: O sacado creditará à conta do emitente a quantia reservada, uma vez vencido o prazo de apresentação; e, antes disso, se o cheque lhe for entregue para inutilização.

Art. 36: Mesmo durante o prazo de apresentação, o emitente e o portador legitimado podem fazer sustar o pagamento, manifestando ao sacado, por escrito, oposição fundada em relevante razão de direito.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: A oposição do emitente e a revogação ou contra-ordem se excluem reciprocamente.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Não cabe ao sacado julgar da relevância da razão invocada pelo oponente.

Capítulo VII – DA AÇÃO POR FALTA DE PAGAMENTO

Art.47: Pode o portador promover a execução do cheque:

I- contra o emitente e seu avalista;

II- contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque apresentado em tempo hábil e a recusa do pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.

Tais dispositivos supra transcritos evidenciam que:

a) Compete ao Sacado/Embargante quando da oposição do VISTO, bloquear na conta do Emitente/Denunciado a importância do cheque, bloqueio esse que perdurará enquanto vigorar o prazo de apresentação do cheque (Art 32 e 33 da mesma Lei).

Note-se que, “O SACADO NÃO ASSUME DESSE MODO, OBRIGAÇÃO PESSOAL PELO PAGAMENTO(*); ESTE, QUANDO EFETUADO, SERÁ POR CONTA DO SACADOR, E NÃO POR CONTA DO PRÓPRIO SACADO, COMO ACONTECE COM O CHEQUE MARCADO(**)”

(*)- *In Títulos se Crédito-Vol.II, FRAN MARTINS, 9ª Ed./FORENSE-1995, pág. 97.*

(**) – *CHEQUE MARCADO: “Cheque aceito pelo sacado e contendo assinalado o dia em que o correspondente pagamento pode ser feito; com essa formalidade ficam desonerados de qualquer obri-*

gação relativa a tal cheque o emitente, assim como os eventuais endossantes e avalistas”-IN DICIONÁRIO JURÍDICO/Humberto P. Magalhães e Christovão P. Tostes Malta, Vol-01, pág.193

E pelo que se evidencia dos autos, tal débito na conta do emitente foi feito.

b) Mesmo após o visto e conseguinte débito na conta do Emitente, e ainda durante o prazo de apresentação do cheque(art.32/33 da Lei do Cheque vigente) , o EMITENTE PODE SE OPOR AO PAGAMENTO DO CHEQUE, na forma do artigo 36 da Lei n. 7.357/85, **não cabendo ao sacado julgar a relevância ou não da razão alegada pelo oponente/emitente** (texto legal acima transcrito)

c) E ocorrendo o VISTO (Art.7º Caput), o DÉBITO DA QUANTIA VISADA NA CONTA DO EMITENTE (Art.7º parágrafo1º), e a OPOSIÇÃO AO PAGAMENTO (Art.36), **APENAS POSSUI O PORTADOR, na forma do artigo 47 supra transcrito, AÇÃO EXECUTIVA CONTRA: O emitente e seu avalista e os endossantes e seus avalistas.**

Destarte, considerando que inexistente preclusão “*pro judicato*” para questões de ordem pública, os presentes EMBARGOS hão de ser providos, na forma do artigo 269,I do C.P.C., por existir naquele feito (EXECUTIVO) patente carência de ação (art.267,VI do C.P.C.), **JAMAIS PODENDO TER SIDO PROPOSTA A REFERIDA EXECUÇÃO contra quem efetivamente não devia, FALTANDO ali possibilidade jurídica do pedido, e legi-**

timidade do Banco E. (SACADO) para integrar o polo passivo da demanda.

Assim, pelo que foi acima exposto, e pelo que mais dos autos consta na forma da legislação acima citada, e inciso I do artigo 269 do C.P.C., **ACOLHO os embargos apresentados, desconstituo a penhora efetivada, e condeno a Embargada ao pagamento das custas processuais, bem como ao pagamento de verba honorária devida aos causídicos da Embargante, essa fixada, na forma do artigo 20 do C.P.C., em R\$360,00(trezentos e sessenta reais), valor que deverá ser devidamente corrigido até o efetivo adimplemento.**

No que pertine ao Denunciado, que foi chamado a Lide na forma do artigo 70 do C.P.C., chamamento esse que teve por finalidade o ajuizamento, pelo Denunciante/ Embargante, de pretensão indenizatória (contra o denunciado), caso venha ele/Denunciante a perder a demanda principal. Tal procedimento tem como característica a EVENTUALIDADE, pois apenas será apreciada a ação secundária(nascida com a citação do denunciado), se o Denunciante sucumbir; **COMO TAL SUCUMBÊNCIA NÃO OCORREU, não se aplica o disposto no artigo 76 do C.P.C. .**

Intimem-se Embargante(Por seu Liquidante e por seu Advogado) e Embargada(Por seu advogado).

P.R.C.

Paulista, 27 de Março de 1998

OBS - 01

Sentença sujeita a apelação nº 43215-5, que no Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE, em 19 de junho de 2001, foi improvida à unanimidade consoante a EMENTA abaixo transcrita, na qual foi o relator o Des. JOAQUIM DE CASTRO:

EMENTA - *Direito Comercial e Processual Civil. Ação executiva de título extrajudicial julgada extinta na forma do art. 267, VI, do CPC, por ser o executado parte ilegítima para integrar o pólo passivo da demanda. Apelação Cível.*

Embargos à execução providos na forma do art. 269, I do CPC, face à impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade do sacado-apelado para integrar o polo passivo da demanda. Apelação Cível.

Hipótese em que a exequente apelante procedeu junto ao banco apelado, ao visamento de cheque, contando, inclusive no ato, com a presença do próprio emitente-litisdenuciado, o qual, ainda no mesmo dia do visamento da cambial, e já no fim do expediente bancário, solicitou ao apelado oposição ao pagamento, em face de extravio do aludido título, consoante certidão da autoridade policial, o que resultou aceito pelo sacado.

In casu, a impossibilidade de litigar decorre da própria lei regedora (art. 47 da Lei 7357/85), cabendo à apelante cobrar o cheque diretamente do seu emitente, sendo descabida a execução manejada contra o apelado, e, em consequência, procedentes os embargos interpostos por este.

Recurso a que se negou provimento. Decisão unânime.

OBS – 02

A Apelante ingressou com Recurso Especial nº 115/2002, que em 30 de janeiro de 2002, teve negado seguimento, nos moldes seguintes:

DECISÃO: *Insatisfeita com a decisão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, à unanimidade de votos, negou provimento aos apelos, sob o fundamento de que a impossibilidade de litigar decorre da própria lei regedora (art. 47, da Lei 7.357/85), cabendo à apelante cobrar o cheque diretamente do seu emitente, sendo descabida a execução manejada contra o apelado, e, em consequência, procedentes aos embargos interpostos por este, a Recorrente interpôs Recurso Especial com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal c/c o artigo 541, do Código de Processo Civil. Afirma a Recorrente, em síntese, que a decisão recorrida contrariou o disposto no artigo 7º, §§ 1º e 2º, da Lei 7.357/85.*

Contra-razões, com destaque, preliminarmente, para a aplicação da Súmula 400 do STF e, afinal, pelo improvimento do recurso.

O recurso não merece seguimento, pela falta de prequestionamento da matéria infraconstitucional, exigido pelas Súmulas 282 e 356, do STF e adotadas pelo STJ.

Na espécie, a norma inserta no artigo 7º, §§ 1º e 2º da Lei 7.357/85, tida como contrariada, não foi objeto de qualquer debate ou de interpretação por parte da Corte de origem, tampouco houve a interposição de embargos declaratórios para fazer suprir a omissão e atender o requisito do prequestionamento, capaz de possibilitar o manejo do apelo nobre.

Para o seguimento do especial faz-se mister a ofensa direta ao dispositivo legal, mas nunca de forma oblíqua, como pretende Recorrente, ao afirmar que a matéria foi discutida na decisão recorrida sem, entretanto efetivar a comprovação do debate.

Ausente o debate e inexistente o prequestionamento, impossibilitado se apresenta o manejo do apelo excepcional.

*Por fim, mesmo que fosse superado esse óbice, melhor sorte não teria a Recorrente em face da aplicação da **Súmula 400 do STF**, adotada pelo **STJ**.*

*Por essas razões, nego seguimento ao **Especial**.*

Publique-se.

Recife, 30 de janeiro de 2002.

*Des. **Mário Alves de Souza Melo**.*

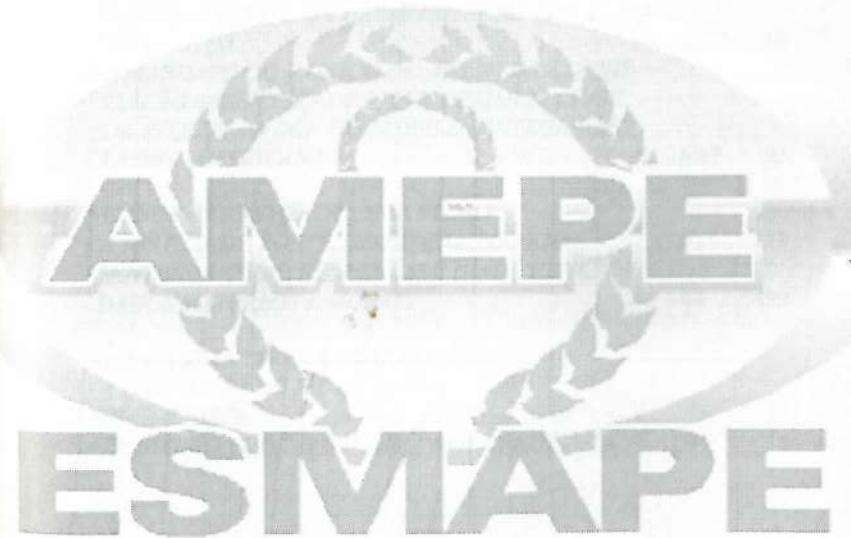
OBS – 03

No STJ, o Agravo de Instrumento nº 449.761, que teve como relator o Ministro ARI PARGENDLER, teve negado em 1º de agosto de 2002 seguimento, nos termos seguintes:

DECISÃO – *Nego seguimento ao agravo, em razão da deficiente formação do instrumento; falta cópia da certidão de intimação do acórdão atacado pelo recurso especial (STJ – Súmula nº 223). Intimem-se. Brasília, 1º de agosto de 2002. Ministro Ari Pargendler.*

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 17



ÍNDICE ONOMÁSTICO

| | <i>Núm.</i> | <i>p.</i> |
|--|-------------|-----------|
| ADA PELLEGRINI | | |
| • <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</i> | 12 | 25 |
| ADEILDO NUNES | | |
| • <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i> | 09 | 25 |
| ADONIS COSTA E SILVA | | |
| • <i>DIREITO COMUNITÁRIO FISCAL: APONTAMENTOS PARA UM DIREITO DA HARMONIZAÇÃO FISCAL NO SÉCULO XXI.</i> | 15 | 19 |
| • <i>O MANDATO DO § ÚNICO DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A PRIMEIRA FASE DA EVOLUÇÃO DOS TRATADOS DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA.</i> | 16/17 | 23 |
| 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 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA | | |
| • DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES. | 07 | 17 |
| • SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA 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 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| ALYSSON CAMILO | | |
| • INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM FACE DA ESTRUTURA PRINCIPOLÓGICA 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 CONDENADOA 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 | | |
| • ARGÜIÇÃO 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 DE ALBUQUERQUE GARCIA | | |
| • EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL | 15 | 41 |

| | Núm. | P. |
|--|-------|-----|
| ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO | | |
| • <i>QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.</i> | 10 | 61 |
| ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA | | |
| • <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.</i> | 13 | 41 |
| ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO | | |
| • <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i> | 06 | 49 |
| ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN | | |
| • <i>REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.</i> | 05 | 33 |
| ANTÔNIO MACHADO GUEDES ALCOFORADO | | |
| • <i>ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES</i> | 14 | 77 |
| ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO | | |
| • <i>SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL</i> | 06 | 61 |
| ANTÔNIO VITAL DE MORAES | | |
| • <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS</i> | 06 | 491 |
| • <i>SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO</i> | 15 | 605 |
| • <i>EXECUÇÃO. BANCO. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. FINANCIAMENTO. NEVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO. EMPARGOS. PROCEDÊNCIA.</i> | 16/17 | 609 |

| | Núm. | P. |
|--|------|-----|
| ARAKEN DE ASSIS | | |
| • <i>ANTECIPAÇÃO DA TUTELA</i> | 04 | 28 |
| ARTUR ORLANDO DE A. DA COSTA LINS | | |
| • <i>O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO</i> | 15 | 95 |
| ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO | | |
| • <i>O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.</i> | 01 | 123 |
| ARTUR STAMFORD | | |
| • <i>AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)</i> | 07 | 43 |
| AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM | | |
| • <i>A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO.</i> | 15 | 123 |
| BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS | | |
| • <i>AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA..</i> | 15 | 149 |
| BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA | | |
| • <i>O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO</i> | 11 | 71 |
| BRUNO GALINDO | | |
| • <i>PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.</i> | 08 | 19 |
| • <i>O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?</i> | 14 | 103 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI | | |
| • <i>A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA)</i> | 13 | 73 |
| CAETANO LAGRASTA NETO | | |
| • <i>MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL</i> | 04 | 55 |
| • <i>EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL</i> | 06 | 123 |
| • <i>REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".</i> | 07 | 67 |
| • <i>CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS</i> | 12 | 169 |
| CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA | | |
| • <i>A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO</i> | 15 | 173 |
| CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO | | |
| • <i>A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.</i> | 03 | 95 |
| CARINE DELGADO CAÚLA REIS | | |
| • <i>ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.</i> | 09 | 125 |
| • <i>NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS</i> | 12 | 181 |
| CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA | | |
| • <i>MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRANACIONAL.</i> | 08 | 41 |
| CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO | | |
| • <i>VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL</i> | 12 | 211 |
| CATARINA VILA-NOVA ALVES DE LIMA | | |
| • <i>CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇÕES.</i> | 15 | 191 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO | | |
| • <i>DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA</i> | 14 | 69 |
| CARLOS MORAES | | |
| • <i>SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA</i> | 08 | 443 |
| CECILIA LOU | | |
| • <i>A MEDIDA DE INTERNAÇÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONFERIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI</i> | 16/17 | 49 |
| CÉLIA MORAIS | | |
| • <i>"LEASING" FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQUÊNCIAS</i> | 14 | 153 |
| CELSO ANTONIO P. FIORILLO | | |
| • <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i> | 04 | 101 |
| CLARICE MARINHO MARTINS DE CASTRO | | |
| • <i>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL</i> | 16/17 | 87 |
| CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ | | |
| • <i>OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.</i> | 08 | 59 |
| • <i>A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO PARA AFERIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS</i> | 16/17 | 115 |
| CLÁUDIO BRANDÃO | | |
| • <i>A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.</i> | 05 | 69 |
| • <i>PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?</i> | 07 | 83 |
| • <i>PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL</i> | 11 | 95 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| CLÁUDIO SOUTO | | |
| • DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA | 01 | 16 |
| • PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO. | 02 | 107 |
| • FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO. | 04 | 435 |
| • A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO. | 05 | 79 |
| • DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO. | 08 | 81 |
| | | |
| CLÁUDIO VIANNA DE LIMA | | |
| • ESCOLAS DA MAGISTRATURA | 02 | 13 |
| | | |
| CLÓVIS CEZAR DE MENDONZA | | |
| • O PERITO E AS PERÍCIAS – SUA IMPORTÂNCIA PARA A JUSTIÇA | 16/17 | 137 |
| | | |
| 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 |
| | | |
| CRISTIANO JACQUES DE LIMA ARAÚJO | | |
| • A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO | 16/17 | 165 |
| | | |
| CRISTINA OSSIBE MARTINS BOTELHO | | |
| • CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES | 14 | 171 |
| | | |
| DAMÁSIO DE JESUS | | |
| • CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO | | |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| <i>DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA</i> | 12 | 229 |
| • SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR | 15 | 213 |
| • MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – A NOVA MAIORIDADE CIVIL: REFLEXOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS | 16/17 | 191 |
| | | |
| DANIELA RAMOS GALVÃO | | |
| • DANO MORAL | 14 | 209 |
| | | |
| DANIEL E SILVA MEIRA | | |
| • A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS – O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE | 16/17 | 209 |
| | | |
| DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA | | |
| • CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL. | 02 | 249 |
| | | |
| DÁRIO ROCHA | | |
| • A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA. | 04 | 167 |
| • APRESENTAÇÃO. | 07 | 13 |
| • CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUE 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 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO | | |
| • SENTENÇA CRIMINAL – PROCESSO N. 5.336/92 | 01 | 292 |
| • AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO. | 02 | 362 |
| • AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO. | 04 | 156 |
| • DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA. | 05 | 117 |
| • O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO. | 06 | 141 |
| • DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUÍZADOS 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 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| EDIL BATISTA JÚNIOR | | |
| • 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. 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 |
| EMÍLIO D' ALMEIDA LINS | | |
| • INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS – DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO | 15 | 219 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| 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 |
| • REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL | 07 | 213 |
| ESMAPE | | |
| • ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO. | 02 | 500 |
| • REGULACOES 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 |
| • O PARTIDO POLÍTICO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA | 16/17 | 217 |
| FÁBIA AMARAL DE OLIVEIRA MELLO | | |
| • A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL | 15 | 247 |
| 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 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA | | |
| • A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. | 04 | 204 |
| • SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL. | 06 | 523 |
| FÁBIO ULHOA COELHO | | |
| • REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET | 13 | 141 |
| FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE | | |
| • A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR. | 09 | 159 |
| • MERCOSUL - MERCADO COMUM - REALIDADE OU UTOPIA | 12 | 235 |
| FÁTIMA NANCY ANDZIGHI | | |
| • DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR. | 01 | 9 |
| • REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. | 05 | 117 |
| FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO | | |
| • O LÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE Kelsen E PONTES DE MIRANDA | 12 | 259 |
| FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO | | |
| • PARECER CPRH. | 08 | 473 |
| FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS | | |
| • MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL. | 02 | 477 |
| • SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. | 08 | 455 |
| FERNANDO MONTEIRO | | |
| • DEFINIÇÃO DE DIREITO - UMA PONTE ENTRE FLAVIO LOPEZ DE OÑATE E LUIZ RECAGENS SICHES | 16/07 | 229 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| 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 PROCESSG (PRIMEIPAS 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 CIVIS 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 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| 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 |
| • ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA | 16/17 | 281 |
| 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 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| • <i>PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO</i> | 11 | 455 |
| • <i>RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA</i> | 15 | 265 |
| IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO | | |
| • <i>SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.</i> | 09 | 431 |
| INÊS CRISTINA SELBMAN | | |
| • <i>UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO.</i> | 07 | 367 |
| • <i>RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.</i> | 08 | 151 |
| • <i>SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?</i> | 10 | 179 |
| • <i>RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS</i> | 12 | 373 |
| IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO | | |
| • <i>CONCURSO DE PESSOAS.</i> | 08 | 169 |
| ISAÍAS ANDRADE LINS NETO | | |
| • <i>QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.</i> | 09 | 203 |
| • <i>SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.</i> | 10 | 395 |
| • <i>VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90</i> | 11 | 143 |
| ISABELLE AMORIM DE MORAES | | |
| • <i>CONCURSO DE CRIMES.</i> | 08 | 195 |
| IVAN LUIZ DA SILVA | | |
| • <i>CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.</i> | 05 | 315 |
| • <i>O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL.</i> | 16/17 | 311 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| IVES GANDRA DA SILVA MARTINS | | |
| • <i>OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</i> | 13 | 205 |
| • <i>INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PARECER.</i> | 15 | 625 |
| IVO DANTAS | | |
| • <i>SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.</i> | 03 | 201 |
| • <i>AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELIHANÇAS</i> | 11 | 151 |
| JACKSON BORGES DE ARAÚJO | | |
| • <i>MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.</i> | 03 | 571 |
| • <i>MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.</i> | 06 | 533 |
| • <i>DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.</i> | 07 | 383 |
| JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA | | |
| • <i>TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.</i> | 03 | 215 |
| • <i>A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.</i> | 06 | 249 |
| • <i>PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.</i> | 08 | 223 |
| J.E. CARREIRA ALVIM | | |
| • <i>AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO DIFUSO À SEGURANÇA PÚBLICA.</i> | 16/17 | 325 |
| JOÃO ALFREDO DOS ANJOS | | |
| • <i>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO.</i> | 05 | 337 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| • PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO | 11 | 455 |
| • RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA | 15 | 265 |
| 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 JUIZADO 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 |
| • O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL. | 16/17 | 311 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| IVES GANDRA DA SILVA MARTINS | | |
| • OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 13 | 205 |
| • INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PARECER. | 15 | 625 |
| 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 |
| J.E. CARREIRA ALVIM | | |
| • AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO DIFUSO À SEGURANÇA PÚBLICA. | 16/17 | 325 |
| JOÃO ALFREDO DOS ANJOS | | |
| • ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO. | 05 | 337 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| 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 |
| • JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERACÃO DO FORMALISMO KELSENIANO | 15 | 297 |
| 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 | 48 |
| JOEL J. CÂNDIDO | | |
| • DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÊXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS | 15 | 327 |
| 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 | 623 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| • 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 IN.P.I COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO. | 11 | 505 |
| • SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO | 14 | 625 |
| • DIREITO COMERCIAL. FACTORING – EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE. | 16/17 | 619 |
| JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO | | |
| • SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO | 16/17 | 635 |
| JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO | | |
| • A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL | 15 | 349 |
| 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 DE 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 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| 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 |
| • JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO DO FORMALISMO KELSENIANO | 15 | 297 |
| 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 | 48 |
| JOEL J. CÂNDIDO | | |
| • DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÊXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS | 15 | 327 |
| 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 | 623 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| • 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 |
| • DIREITO COMERCIAL. FACTORING – EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE. | 16/17 | 619 |
| JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO | | |
| • SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO | 16/17 | 635 |
| JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO | | |
| • A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL | 15 | 349 |
| 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 DE 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 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| • <i>A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO</i> | 12 | 383 |
| • <i>A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL</i> | 15 | 399 |
| JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM | | |
| • <i>TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO</i> | 15 | 417 |
| JOSÉ FERNANDES DE LEMOS | | |
| • <i>DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÓMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.</i> | 03 | 603 |
| JOSÉ JANGUIÊ 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 LEBRE DE FREITAS | | |
| • <i>A ACÇÃO POPULAR NO DIREITO PORTUGUÊS.</i> | 16/17 | 345 |
| 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 |
| • <i>O FUTURO DO "DIREITO MORAL".</i> | 16/17 | 377 |
| JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO | | |
| • <i>REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE</i> | 14 | 255 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO | | |
| • <i>ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO.</i> | 15 | 427 |
| JOSÉ RENATO NALINI | | |
| • <i>O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.</i> | 01 | 211 |
| • <i>PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.</i> | 02 | 28 |
| • <i>ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.</i> | 03 | 325 |
| • <i>A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.</i> | 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 MERCATORIA, 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 |
| • <i>EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR</i> | 16/17 | 409 |
| JUSTIÇA PÚBLICA | | |
| • <i>SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.</i> | 01 | 292 |

| | Núm. | p. | | Núm. | p. |
|---|------|-----|--|-------|-----|
| KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA | | | | | |
| • <i>A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS</i> | 13 | 235 | LUCIANA FERNANDES PORTAL DE LIMA | | |
| | | | • <i>ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: SUPERAÇÃO DA SOBERANIA OU APENAS MODIFICAÇÃO DE SUA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA?</i> | 16/17 | 463 |
| KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA | | | LUCIANA HELENA SANTOS | | |
| • <i>O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL</i> | 12 | 441 | • <i>UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS</i> | 12 | 465 |
| KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA | | | LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES | | |
| • <i>O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.</i> | 10 | 209 | • <i>O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.</i> | 08 | 247 |
| • <i>DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS</i> | 11 | 229 | LUCIANO MARINHO DE BARROS E SOUZA FILHO | | |
| LÊNIO LUIZ STRECK | | | • <i>MULTAS ASTREINTES: UM INTUITO CONTROVERTIDO</i> | 16/17 | 489 |
| • <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 | LUCIENE LACERDA SILVA MENDES | | |
| LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA | | | • <i>A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</i> | 14 | 287 |
| • <i>A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.</i> | 04 | 282 | LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA | | |
| • <i>POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.</i> | 07 | 501 | • <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 |
| LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO | | | • <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>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.</i> | 02 | 490 | • <i>BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO)</i> | 13 | 311 |
| • <i>PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.</i> | 03 | 625 | • <i>A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO</i> | 14 | 311 |
| LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA | | | LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO | | |
| • <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 | • <i>DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA.</i> | 15 | 451 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| 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 |
| • <i>O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO SOBREVIVE</i> | 16/17 | 513 |
| 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 | | |
| • <i>A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.</i> | 09 | 247 |
| MARCO MACIEL | | |
| • <i>ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.</i> | 04 | 312 |
| MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO | | |
| • <i>O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.</i> | 03 | 375 |
| MARIA ADELAIDE MONTEIRO DE ABREU | | |
| • <i>EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA.</i> | 14 | 357 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ | | |
| • <i>¿ INFLUIEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ?</i> | 15 | 483 |
| MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES | | |
| • <i>O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO</i> | 14 | 381 |
| • <i>NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL</i> | 15 | 535 |
| MARIA BETÂNIA SILVA | | |
| • <i>AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.</i> | 02 | 446 |
| • <i>UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.</i> | 04 | 318 |
| • <i>SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.</i> | 07 | 511 |
| MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO | | |
| • <i>CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.</i> | 08 | 299 |
| • <i>A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.</i> | 10 | 233 |
| MARIA D'LARA SIQUEIRA DE MELO BORGES | | |
| • <i>A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.</i> | 08 | 283 |
| • <i>AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.</i> | 09 | 267 |
| MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA | | |
| • <i>O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</i> | 10 | 263 |
| MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO | | |
| • <i>O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL</i> | 13 | 345 |
| MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA | | |
| • <i>DIREITO DE TRABALHO MÍNIMO</i> | 12 | 525 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| • <i>O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL</i> | 14 | 403 |
| MARUPIRAJA RAMOS RIBAS | | |
| • <i>DANOS MORAIS.</i> | 07 | 527 |
| • <i>SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.</i> | 09 | 475 |
| • <i>A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS</i> | 11 | 283 |
| MAURÍCIO RANDS | | |
| • <i>DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.</i> | 04 | 344 |
| MAURÍCIO GOMM SANTOS | | |
| • <i>FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.</i> | 02 | 190 |
| MICHELE TARUFFO | | |
| • <i>DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.</i> | 11 | 291 |
| • <i>LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO</i> | 14 | 431 |
| NALVA CRISTINA CAMPELLO | | |
| • <i>SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.</i> | 03 | 639 |
| NAPOLEÃO TAVARES | | |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 01 | 05 |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 02 | 11 |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 03 | 09 |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 04 | 11 |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 05 | 13 |
| • <i>APRESENTAÇÃO.</i> | 06 | 13 |
| • <i>AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.</i> | 06 | 549 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| NATÁLIA ASSIS MELO | | |
| • <i>A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL</i> | 15 | 545 |
| NELSON SALDANHA | | |
| • <i>SOBRE A TEGRIA GERAL DO DIREITO CIVIL.</i> | 03 | 409 |
| • <i>EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.</i> | 04 | 356 |
| • <i>O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.</i> | 07 | 533 |
| • <i>DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.</i> | 08 | 317 |
| • <i>PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO</i> | 11 | 345 |
| NILDO NERY DOS SANTOS | | |
| • <i>AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.</i> | 01 | 99 |
| • <i>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.</i> | 02 | 124 |
| • <i>DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.</i> | 04 | 371 |
| NIVALDO MULATINHO FILHO | | |
| • <i>SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.</i> | 11 | 517 |
| • <i>SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA</i> | 12 | 633 |
| OG FERNANDES | | |
| • <i>JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.</i> | 01 | 287 |
| PALHARES MOREIRA REIS | | |
| • <i>O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.</i> | 09 | 283 |
| • <i>NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i> | 11 | 357 |
| • <i>A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA</i> | 13 | 367 |

| | Núm. | p. |
|--|----------|------------|
| 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 LÔBO • QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ. • IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES. | 05 06 | 465 361 |
| PAULO CÉSAR MAIA PORTO • O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS. • PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES. | 03 05 | 419 439 |
| 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 |
| RAFAELLA OLIVEIRA PINTO DE CAMPOS • A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO PRESO? | 16/17 | 533 |
| RAÚL HORACIO OJEDA • O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL | 14 | 403 |

| | Núm. | p. |
|--|-------------------|-------------------|
| 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. • POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL • A PRECLUSÃO EXTINTIVA DO DIREITO NO PROCESSO COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES. | 11 15 16/17 | 533 561 559 |
| RICARDO SILVEIRA RIBEIRO • CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL | 10 | 281 |
| RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS • A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO. • O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. • O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE. | 01 02 04 | 407 161 413 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES | | |
| • <i>DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA</i> | 12 | 537 |
| PAULA OLIVEIRA MENDONÇA | | |
| • <i>PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.</i> | 09 | 301 |
| PAULO LUIZ NETTO LÔBO | | |
| • <i>QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.</i> | 05 | 465 |
| • <i>IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.</i> | 06 | 361 |
| PAULO CÉSAR MAIA PORTO | | |
| • <i>O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.</i> | 03 | 419 |
| • <i>PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.</i> | 05 | 439 |
| PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA | | |
| • <i>IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.</i> | 14 | 457 |
| PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA | | |
| • <i>DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.</i> | 02 | 374 |
| RAFAEL JOSÉ DE MENEZES | | |
| • <i>AS VIRTUDES DO JUÍZ PROFESSOR DE DIREITO</i> | 13 | 377 |
| RAFAELLA OLIVEIRA PINTO DE CAMPOS | | |
| • <i>A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO PRESO?</i> | 16/17 | 533 |
| RAÚL HORACIO OJEDA | | |
| • <i>O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL</i> | 14 | 403 |

| | Núm. | p. |
|--|-------|-----|
| REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO | | |
| • <i>LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS.</i> | 14 | 479 |
| RENATO PINHEIRO FILHO | | |
| • <i>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.</i> | 10 | 305 |
| RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA | | |
| • <i>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).</i> | 04 | 386 |
| RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO | | |
| • <i>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.</i> | 11 | 533 |
| • <i>POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL</i> | 15 | 561 |
| • <i>A PRECLUSÃO EXTINTIVA DO DIREITO NO PROCESSO COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES.</i> | 16/17 | 559 |
| RICARDO SILVEIRA RIBEIRO | | |
| • <i>CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL</i> | 10 | 281 |
| RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS | | |
| • <i>A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.</i> | 01 | 407 |
| • <i>O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.</i> | 02 | 161 |
| • <i>O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.</i> | 04 | 413 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| 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 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| • SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE | 14 | 503 |
| SAMUEL HORÁCIO 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 |
| SÉRGIO 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 |

| | Núm. | p. |
|---|-------|-----|
| 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 |
| • A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA | 16/17 | 573 |
| 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 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. | 11 | 399 |
| • SENTENÇA CRIMINAL | 13 | 517 |
| • SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO | 14 | 661 |
| THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA | | |
| • AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET". | 15 | 573 |
| 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 |

| | Núm. | p. |
|--|------|-----|
| • A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO. | 04 | 449 |
| • AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: 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 |

| | Núm. | p. |
|---|------|-----|
| WELITON SOUSA CARVALHO | | |
| • INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO | 13 | 495 |
| ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA | | |
| • OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE | 12 | 613 |
| ZÉLIO FURTADO DA SILVA | | |
| • O CONTEÚDO SOCIOLOGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS. | 02 | 79 |
| • A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO. | 03 | 539 |
| • ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. | 05 | 469 |
| • DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO. | 07 | 593 |
| • A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. | 10 | 359 |

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO