

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

# ESMAPE



VOLUME 10 • n. 22 • julho a dezembro 2005



*Bumba-meu-boi*

*Arnaldo Lopes*

## EDITAL

### Os trabalhos devem atender às seguintes exigências:

1. Da apresentação
  - 1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados, oralmente, em congressos, seminários e eventos correlatos, serão aceitos desde que mencionem o evento, em nota de rodapé.
  - 1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte 12, espaçamento 1½ entre linhas e acompanhados de disquete.
  - 1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.
  - 1.4 As referências bibliográficas citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).
  - 1.5 A primeira folha do artigo deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail, bem como um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.
  - 1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.
  - 1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas as fontes, serão publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).
2. Das normas editoriais
  - 2.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.
  - 2.2 Será publicado apenas um trabalho por autor numa mesma edição.
  - 2.3 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.
  - 2.4 Os artigos publicados podem ser



## ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

*Des. Cláudio Américo de Miranda*

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE. CEP.: 50010-240

Site: <http://www.esmape.com.br>





ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - ESMape  
*Des. Cláudio Américo de Miranda*

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.  
Rua Imperador Pedro II, n.º 221, Santo Antônio - Recife - PE. CEP.: 50010-240  
Site: <http://www.esmape.com.br>

## DIRETORIA

Biênio 2004/ 2005 - 2º semestre de 2005

*Diretor*

*Des. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS*

*Supervisor*

*Juiz SÍLVIO ROMERO BELTRÃO*

*Coordenador dos Cursos de Extensão, Pós-graduação, Preparação  
e Aperfeiçoamento de Magistrados*

*Juiz ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL*

*Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura, de Eventos Científicos e  
Culturais e da Assessoria Jurídica Virtual*

*Juiz ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO*

*Coordenadores de Comunicação Social*

*Juiz CARLOS FREDERICO GONÇALVES DE MORAES*

*Juiz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA*

*Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula*

*Juíza FERNANDA MOURA DE CARVALHO*

*Coordenador de Eventos Científicos e Culturais e da  
Assessoria Jurídica Virtual*

*Juiz ADEILDO NUNES*

*Coordenador de Aperfeiçoamento de Servidores*

*Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES DA SILVA*

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DE PERNAMBUCO  
*Des. Cláudio Américo de Miranda*

## REVISTA DA ESMape

*Volume 10 - Número 22  
julho/dezembro - 2005*

Recife

Semestral

.....  
Revista da ESMape - Recife - v. 10 - n. 22 - p. 001-624 - jul./dez. 2005

© Copyright by ESMAPE

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Membros: Juiz Alexandre Freire Pimentel Juíza Ana Paula Costa de Almeida  
Juiz André Vicente Pires Rosa Juíza Blanche Maymone Pontes Matos  
Juíza Fernanda Moura de Carvalho Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

Coordenação Técnica, Planejamento gráfico e Editorial: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares  
(Bibliotecária - CRB4/1006)

Revisão: Anna Maria César

Editoração eletrônica: Joselma Firmino

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.

A Revista da ESMAPE cumpre a Lei nº 1.825 de 20/12/1907 (Depósito Legal) sendo enviada para a Biblioteca Nacional.

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - E S M A P E  
Des. Cláudio Américo de Miranda

Tiragem: 1200 exemplares  
Solicita-se permuta/exchange disued/on demande échange

revistadaesmape@esmape.com.br  
esmape@esmape.com.br

biblioteca@esmape.com.br  
www.esmape.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

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2005

# Corpo Docente

## Cursos de Preparação à Magistratura

### Equipe de Professores

#### 1º PERÍODO

##### Direito Constitucional I

Prof. André Régis de Carvalho  
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

##### Direito Administrativo I

Procurador Estadual João Armando Costa Menezes  
Conselheiro subst. Tribunal de Contas Marcos Antônio Rios da Nóbrega

##### Direito Civil I

Juiz Estadual Jorge Américo Pereira de Lira

##### Direito Penal I

Prof. Msc. José Durval de Lemos Lins Filho  
Promotora de Justiça Joana Cavalcanti de Lima

##### Direito Processual Civil I

Juiz do Trabalho Sérgio Torres Teixeira  
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia (Licenciado)  
Prof. substituto Mozart Borba Neves Filho

##### Direito Processual Penal I

Juíza Estadual Fernanda Moura de Carvalho (Licenciado)  
Promotora de Justiça Patrícia Carneiro Tavares  
Advogado João Olímpio Valença de Mendonça

##### Direito Tributário I

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos  
Advogado Aristóteles Queiroz Câmara

### **Direito Empresarial I**

*Advogado* Hebron Costa Cruz de Oliveira  
*Advogado* Eduardo Montenegro Serur

### **Administração Judiciária**

*Juíza Estadual* Nalva Cristina Campello (*Licenciada*)  
*Juíz Estadual* Eurico Correia de Barros Filho  
*Des.* Ricardo de Oliveira Paes Barreto

### **Responsabilidade Civil**

*Prof<sup>a</sup> Msc.* Larissa Maria Leal

### **Responsabilidade Civil**

*Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>* Fabiola Santos Albuquerque

## **2º PERÍODO**

### **Direito Processual Penal II**

*Juíz Estadual* Carlos Alberto Berriel Pessanha  
*Juíz Estadual* Honório Gomes do Rego Filho

### **Direito Processual Civil II**

*Prof. Dr.* Alexandre Freire Pimentel (*Licenciado*)  
*Juíz Estadual* Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

### **Direito Civil II**

*Prof<sup>a</sup>* Larissa Maria Leal  
*Advogado* Hebron Costa Cruz de Oliveira

### **Direito Penal II**

*Promotora de Justiça* Joana Cavalcanti de Lima  
*Juíz Estadual* Laiete Jatobá Neto

### **Direito Empresarial II**

*Juíz Estadual* Silvio Romero Beltrão

### **Direito Tributário II**

*Juíz Estadual* José Viana Ulisses Filho

### **Direito Administrativo II**

*Prof<sup>a</sup>* Ticiania Andréa de Sales Nogueira  
*Procuradora Estadual* Carine Delgado Caúla Reis

### **Direito Constitucional II**

*Prof<sup>a</sup>* Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha  
*Procurador Estadual* André de Albuquerque Garcia

### **Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis**

*Juíz Estadual* José André Machado Barbosa Pinto  
*Juíza Estadual* Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio

## **3º PERÍODO**

### **Direito da Criança e do Adolescente**

*Juíz Estadual* Humberto Costa Vasconcelos Júnior

### **Direito Eleitoral**

*Juíz Estadual* Mauro Alencar de Barros

### **Direito Penal III**

*Procurador da República* Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

### **Direito Processual Civil III**

*Des.* Ricardo de Oliveira Paes Barreto

### **Direito Processual Penal III**

*Juíza Estadual* Sandra de Arruda Beltrão

### **Teoria Geral do Direito**

*Prof.* Emilio Paulo Pinheiro D'Almeida  
*Prof.* Fabiano Melo Pêsoa

### **Técnica de Elaboração de Decisões Penais**

*Juíz Estadual* Teodomiro Noronha Cardozo

### **Direito Civil III**

*Juíz Estadual* Alberto Flávio Barros Patriota  
*Des.* Leopoldo de Arruda Raposo



Medicina Legal

*Médico Legista Clóvis César de Mendoza*

Direito do Consumidor

*Juiz Estadual Luiz Mário de Góes Moutinho*

## Cursos de Pós-Graduação

### Especialização em Direito Penal e Processo Penal

Teoria Geral do Direito Penal

*Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque pontes Freitas*

Direito Penal Especial I

*Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão*

*Prof. Esp. Thiago Carvalho Bezerra de Melo*

Direito Penal Especial II

*Prof. Msc. Paulo César Maia Porto*

Direito Penal Internacional Temas Atuais

*Prof. Des. Nildo Nery*

Direito da Execução Penal

*Prof. Msc. Flávio Augusto Fontes de Lima*

Direito Penal Tributário

*Prof. Msc. José Lopes Filho*

Direito Processual Penal I

*Prof<sup>a</sup> Dra. Érica Lopes*

Direito Processual Penal II

*Prof. Msc. Carlos Berriel Pessanha*

Metodologia da Pesquisa

*Prof<sup>a</sup>. Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves*

### Especialização em Direito Constitucional Tributário e Administrativo

Metodologia da Pesquisa

*Prof. Dr. João Maurício Adeodato*

Teoria Geral do Direito Constitucional I

*Prof. Msc. Walber de Moura Agra*

Teoria Geral do Direito Constitucional II

*Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa*

*Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti*

Sistema Constitucional Tributário e Fundamento da Tributação

*Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa*

Direito Administrativo

*Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega*

Direito Tributário Geral

*Prof. Msc. Francisco Alves dos Santos Júnior*

Justiça Tributária: Processo Administrativo e Judicial I

*Prof. Dr. Fernando José Pereira de Araújo*

Justiça Tributária: Processo Administrativo e Processo Judicial II

*Prof. Msc. Jackson Araújo Borges*

Direito Penal Tributário

*Prof. Msc. José Lopes Filho*

Tributos Municipais

*Prof. Esp. Oswaldo Moraes*

Tributos Estaduais

*Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho*

Didática do Ensino Superior

*Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara*

## Especialização em Direito Processual Civil

Metodologia da Pesquisa

*Prof. Dr. João Maurício Adeodato*

Teoria Geral do Processo

*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

Direito Processual Constitucional

*Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa*

*Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti*

## Teoria Geral do Direito Civil – Aspectos Processuais

*Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão*

Sistema Recursal

*Prof. Dr. João Ferreira Braga*

Procedimentos Especiais I

*Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

Procedimentos Especiais II

*Prof. Msc. Roberto Moreira de Almeida*

Processo Cautelar

*Prof. Esp. Aluisio Aldo da Silva Junior*

Didática do Ensino Superior

*Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara*

Processo da Execução

*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

## Especialização em Direito Privado (Civil e Empresarial)

Teoria Geral do Direito Civil

*Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira*

Direito das Obrigações e Contratos

*Profª. Dra. Fabiola Santos Albuquerque*

*Profª. Msc. Larissa Maria de Moraes Leal*

Medologia da Pesquisa

*Prof. Dr. João Maurício Adeodato*

Contratos Cíveis e Comerciais

*Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves*

Didática do Ensino Superior

*Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara*

Sociedade Empresarial

*Prof. Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho*

## MBA – Executivo em Administração Judiciária

Metodologia da Pesquisa

*Profª. Dra. Maria Marly de Oliveira*

Entendendo Estrutura Judiciária do Brasil

*Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

Comportamento Organizacional na Administração Pública

*Profª Msc. Zélia Mendonça*

Criatividade e Inovação

*Prof. Dr. Almir Silveira Menelau*

Política de Gestão Pública

*Prof. Msc. Joaquim Bezerra*

Gestão Contábil e Financeira da Administração Pública

*Prof. Msc. Isaac Seabra*

Governança Corporativa

*Prof. Msc. Luciano Carvalho Ventura*

Especialização em Direito Público  
(Constitucional, Administrativo e Tributário)

Teoria Geral do Direito Constitucional  
*Prof. Dr. Walber de Moura Agra*

Especialização em Direito Civil e Processo Civil

Teoria Geral do Direito Civil  
*Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira*

# Sumário

*Editorial* ..... 19

## Teoria

### FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

*Carla Santina de Souza Rodrigues* ..... 23

### O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS E A INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DA APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF

*Carlos Frederico Gonçalves de Moraes* ..... 43

### JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Dayse Carolina de Queiroz Nunes* ..... 71

### PRINCÍPIO DA ANUALIDADE OU DA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA X PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DO EXERCÍCIO

*Francisco Alves dos Santos Júnior* ..... 83



AGRAVO RETIDO COMO RECURSO REGRA  
*Frederico Ricardo de Almeida Neves* ..... 109

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES  
SOBRE PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA DECISÃO  
CONSTITUCIONAL  
*Gustavo Ferreira Santos* ..... 117

O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E AS  
"LEIS DESCARTÁVEIS" NO BRASIL  
*Hélio Silvio Ourem Campos* ..... 137

A GLOBALIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA  
PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE  
*Hugo Vinícius Castro Jiménez* ..... 191

A NORMA ANTELISÃO É INCOMPATÍVEL COM O  
SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO  
*Ives Gandra da Silva Martins* ..... 213

NO RASTRO DA CRISE CONTEMPORÂNEA:  
POR UM NOVO MODELO DE ARTICULAÇÃO ENTRE  
ESTADO E MERCADO  
*João Paulo Allain Teixeira* ..... 227

INTERDITOS POSSESSÓRIOS DIANTE DO NOVO  
CÓDIGO CIVIL  
*José André Machado Barbosa Pinto* ..... 249

DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA  
ACTIO LIBERA IN CAUSA AOS DELITOS CULPOSOS  
*José Durval de Lemos Lins Filho* ..... 273

MODERNIDADE E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO  
*Nelson Saldanha* ..... 297

REDUÇÃO DE POSSIBILIDADE JURÍDICA PELO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE PEDIDO EM  
MANDADO DE INJUNÇÃO: DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA  
E INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL  
*Rafael Cavalcanti Lemos* ..... 305

A FUNGIBILIDADE ENTRE A MEDIDA CAUTELAR E A  
TUTELA ANTECIPADA  
*Roger Eduardo Falcão Chacon* ..... 317

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO  
E DO ADMINISTRADOR DE EMPRESAS  
*Rossana Malta de Souza Gusmão* ..... 343

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO  
DA LEGALIDADE  
*Teodomiro Noronha Cardozo* ..... 377

## Artigos de alunos

### AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA DEFESA À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA INCLUSÃO SOCIAL DOS NEGROS NA EDUCAÇÃO

*Cybelle Cândida do Nascimento Souza* ..... 401

### O DIREITO DE PUNIR E OS FINS DA PENA

*Fabiana Virgínio Patriota Tavares* ..... 437

### OS CRIMES FALENCIAIS NA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

*Leonardo de Medeiros Fernandes* ..... 451

### DA CONDIÇÃO SUPRALEGAL DA INEXIGIBILIDADE DA CONDUTA DIVERSA

*Orson Santiago Lemos* ..... 495

### TRAJETÓRIA E RUMOS DA FUNÇÃO DE ORGANIZAÇÃO E MÉTODOS NO PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO

*Osman Frazão Lima* ..... 519

### A ATUAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

*Patricia de Carvalho Freire* ..... 537

### COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: DO SURGIMENTO AOS MEIOS DE COMBATE

*Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda* ..... 551

## Prática

### SENTENÇA PENAL E PROCESSO PENAL

#### Crime Contra o Patrimônio

*Blanche Maymone Pontes Matos* ..... 583

### SENTENÇA CRIMINAL. Ação Penal

*Uraquitan José dos Santos* ..... 608

### ERRATA:

Na Revista da ESMape, v. 10, n. 21, jan./jun. 2005, p.88,  
substituir o texto da Ementa para:

“**Ementa:** Registro de candidato. Candidata ao cargo de Prefeito. Relação estável homossexual com Prefeita reeleita do Município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relações estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá Provimento.”

Considerar o mesmo relator e data.

## *Editorial*

O *bumba-meu-boi* é tido como uma das mais ricas representações do folclore brasileiro e considerado um dos folguedos mais tradicionais do Brasil, uma espécie de auto em que se misturam teatro, dança, música e circo.

Segundo os historiadores, a origem do *bumba-meu-boi* remonta ao *Ciclo do Gado*, no século XVIII, resultante das relações desiguais que existiam entre os escravos e os senhores nas Casas Grandes e Senzalas, refletindo as condições sociais vividas pelos negros e índios.

Contada e recontada através dos tempos, na tradição oral nordestina, e depois *espalhada pelo Brasil*, a lenda do *bumba-meu-boi* adquire contornos de sátira, comédia, tragédia e drama, conforme o lugar em que é representada. Enquanto no Maranhão, Rio Grande do Norte e Alagoas o folguedo é chamado *bumba-meu-boi*, no Pará e Amazonas é *boi-bumbá*; em Pernambuco é *boi calemba* ou *bumbá*; no Ceará é *boi-de-reis*, *boi surubim* e *boi zumbi*; na Bahia é *boi janeiro*, *boi estrela do mar*, *dromedário* e *mulinha-de-ouro* e no Sul recebe denominações que vão de *boi-de-reis* a *boi-mamão*. Nomes, ritmos, formas de apresentação, indumentárias, personagens, instrumentos, adereços e temas diferentes se diferenciam em várias partes do país.

Entretando, o *boi* é sempre a figura central do auto, geralmente feito com uma armação de cipó coberta de chita, grande o bastante para que um homem a vista. A cabeça pode ser feita de papelão ou com a própria caveira do ani-



mal. Na encenação, a lenda pode ser contada de várias formas, mas a história básica é a da escrava Catirina (ou Catarina), grávida, que pede ao marido Chico (ou Pai Francisco) para que mate o boi mais bonito da fazenda porque ela quer comer sua língua. Ele atende ao desejo da mulher e é preso pelo seu feitor, que tenta a todo custo ressuscitar o boi com a ajuda dos curandeiros. Boi revivido, tudo acaba em festa. Outros personagens podem entrar na história para dançar, dependendo do tipo do boi: Bastião, arlequim, Pastorinha, o padre, o médico, entre outros, todos quase sempre interpretados por homens que se travestem para compor os personagens femininos.

Agraciando mais uma vez a Esmape, agora denominada Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Desembargador Cláudio Américo de Miranda, o artista plástico Arnaldo Lopes inspirou-se neste folguedo popular mais representativo do Nordeste, oferecendo-nos a possibilidade de divulgar, mais uma vez em nossas capas, a cultura da região.

Des. José Fernandes de Lemos  
*Diretor*

*Fontes de pesquisa:*

BUMBA-MEU-BOI. Disponível em: <http://www.brazilsite.com.br/teatro/teat02a.htm>. acesso em: 26 dez.2005.

BUMBA-MEU-BOI; uma tradição que corre o Brasil de Norte a Sul. Disponível em: <http://www.cilquemusic.com.br>. Acesso em: 07 dez.2005

MARQUES, Francisca Ester de Sá. **Mídia e experiência estética na cultura popular: o caso do bumba-meu-boi**. São Luís: Imprensa Universitária, 1999 apud BUMBA-MEU-BOI. Disponível em: <http://www.terrabrasileira.net/folclore/regioes/5ritmos/origem.html>. Acesso em: 26 dez. 2005



Teoria

# FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

*Carla Santina de Souza Rodrigues*

Juíza Substituta do Trabalho da 6ª. Região (Pernambuco). Ex-Juíza Substituta do Trabalho da 19ª Região (Alagoas). Ex-Juíza de Direito do Estado de Pernambuco (2ª. Entrância). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Ex-aluna laureada da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape (Turma 2000.1)

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO. 2 – UMA BREVE NOÇÃO DE DIREITO COMPARADO. 2.1 – Estudo comparativo de direitos. 2.1.1 – Macrocomparação. 2.1.2 – Microcomparação. 2.2 – Noção analítica de Direito Comparado. 2.3 – Direito Comparado versus Direito Estrangeiro. 2.4 – Bases históricas e institucionalização do Direito Comparado. 3 – FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO. 3.1 – Funções utópicas e realistas. 3.2 – Funções de direito interno. 3.3 – Função de direito externo. 3.3.1 – Função Uniformizadora. 3.3.2 – Função Harmonizadora. 3.4 – Função de cultura jurídica. 4 – CONCLUSÕES. 5 – REFERÊNCIAS

## 1 – INTRODUÇÃO

Tem-se, sem muitos questionamentos negativos, que o Direito Comparado é uma disciplina árdua na mesma proporção que importante para as investigações científicas desenvolvidas no campo das Ciências Jurídicas. Assim, ainda que carreie para o pesquisador inúmeras indagações e dificuldades, é sobremaneira necessário para o conhecimento



holístico (ou pelo menos com veleidade para tal) de outros ramos científicos, tanto de índole jurídica como de matiz a estes afeiçoados.

A diversidade de idiomas manejados no mister do investigador comparatista é, quem sabe, a maior barreira que se ergue ao sucesso dos estudos feitos nessa área. Entretanto, não pode deixar de ser transposta, ainda que sem a pretensão do perfeccionismo. Mais vale o ânimo de contribuir para a diminuição de distâncias entre os diversos sistemas jurídicos do que o receio de produzir algo sofrível ou passível da crítica dos mais aquinhoados em conhecimentos na área.

Com a disposição de apenas provocar reflexões sobre determinados aspectos atinentes à missão do Direito Comparado, sob o foco das suas funções, é que é posto este trabalho. Dedicase, portanto, à análise das funções do Direito Comparado, postas sob o prisma da utopia e da realidade, bem como de um enfoque espacial (funções de direito interno e funções de direito externo).

Obviamente, uma empreitada como a presente não poderia ser levada a cabo sem uma análise, ainda que perfunctória, dos contornos doutrinários do próprio Direito Comparado, ramo autônomo da grande árvore jurídica.

## 2 - UMA BREVE NOÇÃO DE DIREITO COMPARADO

### 2.1 - Estudo Comparativo de Direitos

Na língua alemã *Rechtsvergleichung* significa comparação de direitos, podendo ser traduzido também como Direito Comparado, conforme lembra Carlos Ferreira de

Almeida<sup>1</sup>. Na verdade, comparação é uma atividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, segundo um método adequado a um determinado objetivo.

A referência a Direito deve ser entendida na sua acepção ampla, ou seja, capaz de abarcar a noção de sistemas jurídicos (ordenamentos).

Portanto, *prima facie*, tem-se que o Direito Comparado ou estudo comparativo de direitos é a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer semelhanças e diferenças entre as ordens jurídicas selecionadas.

Demarcando o objeto do Direito Comparado, como disciplina jurídica que é, afasta-se, de logo, a confusão conceitual que possa existir entre Direito Comparado, História do Direito e História Comparativa do Direito.

O Direito Comparado, conforme já dito, é uma ciência jurídica que, através do método comparativo, estuda as coincidências e as dessemelhanças entre ordenamentos jurídicos. Estabelece, portanto, uma comparação atual e sincrônica, reportando-se, assim, à situação contemporânea de cada um dos sistemas jurídicos em comparação.

Diferentemente do Direito Comparado, a História do Direito envolve uma visão diacrônica, apesar de se tratar também de uma disciplina jurídica comparativa. Pode ser afirmado, portanto, que os objetos das duas ramas da congênção humana ostentam a mesma natureza, sendo divergentes

<sup>1</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução do Direito Comparado*, 2.ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 12.



apenas na perspectiva: enquanto a da História do Direito é a da evolução no tempo da ciência jurídica maior, a do Direito Comparado diz respeito a cada momento estaticamente considerado. Destaque-se, por oportuno, que o Direito Comparado se apropria, freqüentemente, da História “pura” e da História do Direito como processo de enquadramento dos seus objetos e que esta assume, não raro, facetas comparatistas bem próximas daquelas próprias do Direito ora em estudo, o que torna bastante tênue a linha que separa os dois setores.

Já a História Comparativa do Direito nada mais é do que uma especialização da História-mater, que trata de comparar a evolução das mais variadas ordens jurídicas. Faz, por assim dizer, um paralelo entre o deslocamento progressivo de dois ou mais ordenamentos jurídicos, sem o compromisso de ingressar mais longitudinalmente nos sistemas postos em estudo.

Quanto à velha discussão acerca da cientificidade do Direito Comparado, tem-se que a mesma está agora ultrapassada, pois não se trata de mero método, como alguns poderiam argumentar. Possui, sim, autonomia científica substanciada na existência de princípios próprios, autonomia didática, método próprio e objeto definido.

É cabível, neste passo, uma reflexão sobre a contribuição de Marc Ancel<sup>2</sup>, quando este afirma que as pessoas que recusam ao Direito “qualidade ou qualificação de ciência autônoma, e que, conseqüentemente, desejariam ver o método comparativo empregado em todos os ramos do Direito, insistem sobre as condições preliminares necessárias des-

<sup>2</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e método do Direito Comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980. p. 111.

sa utilização.” E arremata<sup>3</sup>: “Nenhum jurista pode se aventurar sem preparação, na pesquisa comparativa, nem mesmo no exame de um direito estrangeiro. Existem precauções a serem tomadas e problemas preliminares a resolver.”.

Apenas para realce, é válida, aqui, a afirmação de Ivo Dantas<sup>4</sup> que, ao defender a autonomia do Direito Constitucional Comparado, assevera que “podemos afirmar que existe um Direito Constitucional Comparado com caracterização de Ciência, e não como método. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um objeto formal e de uma autonomia doutrinária e didática.”.

### 2.1.1 - Macrocomparação

A macrocomparação é uma das espécies de comparação existentes em Direito Comparado. Consiste no cotejo entre sistemas jurídicos considerados na sua totalidade.

Temos como sinônimo da macrocomparação a chamada sistemologia ou a expressão sistemas jurídicos comparados. Para trabalharmos com esse tipo de comparação, faz-se mister entender o que sejam sistemas jurídicos.

Sistemas jurídicos ou ordens jurídicas são conjuntos coerentes de normas e instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade. Assim, do ponto de vista constitucional, o critério que confere unidade a cada um dos sistemas jurídicos e permite distingui-los uns dos outros é o da organização política estadual,

<sup>3</sup> op.cit., p. 111.

<sup>4</sup> CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 60.



podendo variar entre Estado unitário, Estado federal e Estado federado.

No dizer de Carlos Ferreira de Almeida<sup>5</sup>, “na macrocomparação não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação. Procedese a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de dois ou mais sistemas jurídicos”.

Assim, a macrocomparação se dará em três etapas, consoante será visto adiante. Na primeira haverá a comparação entre os ordenamentos jurídicos ou sistemas jurídicos. Na segunda parte ocorrerá o agrupamento dos sistemas jurídicos, de acordo com a classificação, em famílias de direitos. Por último, proceder-se-á à comparação entre as famílias formadas através do agrupamento de sistemas ou ordens jurídicas.

Na verdade, a macrocomparação *lato sensu* pode abarcar não apenas a terceira fase narrada no parágrafo acima (comparação entre famílias do direito), mas poderá ocorrer também a comparação entre ordens jurídicas diversas. No primeiro caso, a Doutrina costuma chamar de megacomparação como uma subespécie do gênero macrocomparação.

### 2.1.2 - Microcomparação

Diferentemente da macrocomparação, a microcomparação utiliza o método comparativo para institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diversas. Para melhor entendermos a microcomparação, é necessário que definamos o que seja *instituto jurídico*.

<sup>5</sup> op. cit., p. 16.

Neste diapasão, tem-se que *instituto jurídico* é um conjunto de normas e princípios jurídicos que, numa dada ordem jurídica, são vistos de forma unitária sob certa perspectiva ou critério. Para que haja esta unidade entre os institutos jurídicos, faz-se mister que existam elementos que atuem isolados ou em conjuntos fornecendo coesão. Pode-se ter como elemento de coesão a referência a uma questão social subjacente, a afinidade de questões jurídicas e suas soluções ou ainda a unidade conceitual ou de construção doutrinária.

A definição dos institutos que serão comparados vai depender da finalidade a que visa o estudioso do direito. Ele pode, por exemplo, efetuar a comparação entre o ato ilícito do Direito brasileiro com o Direito argentino.

Não há um critério fixado para a escolha dos institutos jurídicos comparáveis, nem os ordenamentos a que pertencem. Daí, muitas vezes, os institutos jurídicos, dos mais diferentes ordenamentos, estabelecerem relações de exclusão, de inclusão e de interseção.

## 2.2 - Noção Analítica de Direito Comparado

Conforme exposto no início do trabalho, o Direito Comparado, mercê do seu caráter científico, possui um objeto definido. A partir dessa assertiva, é possível afirmar-se que, tendo em vista os métodos de macro e microcomparação utilizados pelo Direito comparado, este teria um objeto duplo.

Assim, em consequência do duplo objeto que possui, devido às possibilidades de comparação que admite, o Direito Comparado pode ser definido de modo analítico como sendo uma disciplina que tem por objeto estabelecer siste-

podendo variar entre Estado unitário, Estado federal e Estado federado.

No dizer de Carlos Ferreira de Almeida<sup>5</sup>, “na macrocomparação não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação. Procedem-se a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de dois ou mais sistemas jurídicos”.

Assim, a macrocomparação se dará em três etapas, consoante será visto adiante. Na primeira haverá a comparação entre os ordenamentos jurídicos ou sistemas jurídicos. Na segunda parte ocorrerá o agrupamento dos sistemas jurídicos, de acordo com a classificação, em famílias de direitos. Por último, proceder-se-á à comparação entre as famílias formadas através do agrupamento de sistemas ou ordens jurídicas.

Na verdade, a macrocomparação *lato sensu* pode abarcar não apenas a terceira fase narrada no parágrafo acima (comparação entre famílias do direito), mas poderá ocorrer também a comparação entre ordens jurídicas diversas. No primeiro caso, a Doutrina costuma chamar de megacomparação como uma subespécie do gênero macrocomparação.

### 2.1.2 – Microcomparação

Diferentemente da macrocomparação, a microcomparação utiliza o método comparativo para institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diversas. Para melhor entendermos a microcomparação, é necessário que definamos o que seja *instituto jurídico*.

<sup>5</sup> op. cit., p. 16.

Neste diapasão, tem-se que *instituto jurídico* é um conjunto de normas e princípios jurídicos que, numa dada ordem jurídica, são vistos de forma unitária sob certa perspectiva ou critério. Para que haja esta unidade entre os institutos jurídicos, faz-se mister que existam elementos que atuem isolados ou em conjuntos fornecendo coesão. Pode-se ter como elemento de coesão a referência a uma questão social subjacente, a afinidade de questões jurídicas e suas soluções ou ainda a unidade conceitual ou de construção doutrinária.

A definição dos institutos que serão comparados vai depender da finalidade a que visa o estudioso do direito. Ele pode, por exemplo, efetuar a comparação entre o ato ilícito do Direito brasileiro com o Direito argentino.

Não há um critério fixado para a escolha dos institutos jurídicos comparáveis, nem os ordenamentos a que pertencem. Daí, muitas vezes, os institutos jurídicos, dos mais diferentes ordenamentos, estabelecerem relações de exclusão, de inclusão e de interseção.

## 2.2 – Noção Analítica de Direito Comparado

Conforme exposto no início do trabalho, o Direito Comparado, mercê do seu caráter científico, possui um objeto definido. A partir dessa assertiva, é possível afirmar-se que, tendo em vista os métodos de macro e microcomparação utilizados pelo Direito comparado, este teria um objeto duplo.

Assim, em consequência do duplo objeto que possui, devido às possibilidades de comparação que admite, o Direito Comparado pode ser definido de modo analítico como sendo uma disciplina que tem por objeto estabelecer siste-



podendo variar entre Estado unitário, Estado federal e Estado federado.

No dizer de Carlos Ferreira de Almeida<sup>5</sup>, “na macro-comparação não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação. Procedem-se a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de dois ou mais sistemas jurídicos”.

Assim, a macrocomparação se dará em três etapas, consoante será visto adiante. Na primeira haverá a comparação entre os ordenamentos jurídicos ou sistemas jurídicos. Na segunda parte ocorrerá o agrupamento dos sistemas jurídicos, de acordo com a classificação, em famílias de direitos. Por último, proceder-se-á à comparação entre as famílias formadas através do agrupamento de sistemas ou ordens jurídicas.

Na verdade, a macrocomparação *lato sensu* pode abarcar não apenas a terceira fase narrada no parágrafo acima (comparação entre famílias do direito), mas poderá ocorrer também a comparação entre ordens jurídicas diversas. No primeiro caso, a Doutrina costuma chamar de megacomparação como uma subespécie do gênero macrocomparação.

### 2.1.2 - Microcomparação

Diferentemente da macrocomparação, a microcomparação utiliza o método comparativo para institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diversas. Para melhor entendermos a microcomparação, é necessário que definamos o que seja *instituto jurídico*.

<sup>5</sup> op. cit., p. 16.

Neste diapasão, tem-se que *instituto jurídico* é um conjunto de normas e princípios jurídicos que, numa dada ordem jurídica, são vistos de forma unitária sob certa perspectiva ou critério. Para que haja esta unidade entre os institutos jurídicos, faz-se mister que existam elementos que atuem isolados ou em conjuntos fornecendo coesão. Pode-se ter como elemento de coesão a referência a uma questão social subjacente, a afinidade de questões jurídicas e suas soluções ou ainda a unidade conceitual ou de construção doutrinária.

A definição dos institutos que serão comparados vai depender da finalidade a que visa o estudioso do direito. Ele pode, por exemplo, efetuar a comparação entre o ato ilícito do Direito brasileiro com o Direito argentino.

Não há um critério fixado para a escolha dos institutos jurídicos comparáveis, nem os ordenamentos a que pertencem. Daí, muitas vezes, os institutos jurídicos, dos mais diferentes ordenamentos, estabelecerem relações de exclusão, de inclusão e de interseção.

## 2.2 - Noção Analítica de Direito Comparado

Conforme exposto no início do trabalho, o Direito Comparado, mercê do seu caráter científico, possui um objeto definido. A partir dessa assertiva, é possível afirmar-se que, tendo em vista os métodos de macro e microcomparação utilizados pelo Direito comparado, este teria um objeto duplo.

Assim, em consequência do duplo objeto que possui, devido às possibilidades de comparação que admite, o Direito Comparado pode ser definido de modo analítico como sendo uma disciplina que tem por objeto estabelecer siste-

maticamente semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade (macrocomparação) e entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes (microcomparação).

Ana Lúcia de Lyra Tavares<sup>6</sup>, Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, inclusive cita o mestre português Prof. Jorge Miranda, que dá ênfase à comparação interna ou sucessiva e preleciona que é desaconselhável dissociarem-se tempo e espaço.

Aliás, ainda sobre o Direito Constitucional Comparado, Ana Lúcia de Lyra Tavares<sup>7</sup> assevera o seguinte:

“Outra dúvida na escolha dos termos da comparação era a relativa à necessidade da contemporaneidade das estruturas constitucionais a serem estudadas. Atualmente, são bastante usuais os textos que aproximam estruturas constitucionais de períodos diversos, seja em plano interno (como no caso do direito brasileiro, em que podem, por exemplo, ser efetuados cotejos entre as Constituições de 1934 e a de 1946) seja em plano externo, confrontando-se estruturas constitucionais estrangeiras de períodos distintos, como no caso da aproximação da Constituição de Weimar, de 1919, com a nossa, de 1934. Tais escolhas, é bem verdade, são mais ditadas pelos chamados ciclos constitucionais, em que as semelhanças, sobretudo quanto ao fundo dos ordenamentos constitucionais, decorrem da similitude

<sup>6</sup> TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado*. Disponível em < [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14\\_analucia.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.html) >. Acesso em 26 nov. 2002.

<sup>7</sup> ob. cit.

de exigências sociopolíticas que imperam no momento de suas elaborações e durante os quais o fenômeno das recepções de modelos jurídicos - que, abaixo, focalizaremos - é mais freqüente.

### 2.3 - Direito Comparado *Versus* Direito Estrangeiro

Para boa parte da doutrina que não concebe o Direito Comparado como estudo comparativo da ordem interna, o Direito Comparado teria como pressuposto obrigatório o estudo de, pelo menos, uma ordem jurídica alienígena.

O Direito Comparado, como tem como pressuposto o Direito Estrangeiro, com este não se confunde, pois não se pratica Direito Comparado com o mero conhecimento de uma ordem jurídica estrangeira. O Direito Comparado distingue-se do Direito Estrangeiro, porque utiliza o método comparativo (método próprio da ciência) e por apresentar conclusões (síntese comparativa).

Assim, não constitui direito comparado a simples justaposição de informações sobre diferentes ordenamentos jurídicos ou sobre o regime de institutos jurídicos afins em diferentes ordens.

Como bem disse Ana Lúcia de Lyra Tavares, citada pelo Professor Ivo Dantas, “comparar não é justapor”<sup>8</sup>.

É até possível, como fez o Professor Carlos Ferreira de Almeida<sup>9</sup>, qualificar como Direito Comparado a exposição sucessiva de institutos análogos pertencentes a diversos ordenamentos, desde que a sua subscrição tenha subjacentes critérios homogêneos de decomposição. O re-

<sup>8</sup> ob. cit., p. 168.



sultado será algo que se pode designar de Direito Comparado imperfeito ou incompleto, porquanto, embora se esteja salvaguardando o método analítico, é omitida a síntese comparativa.

## 2.4 - Bases Históricas e Institucionalização do Direito Comparado

A comparação é *uma* atitude normal e espontânea que tem estado presente em estudos jurídicos desde a antiguidade. Os trabalhos de Aristóteles (comparando as Constituições das cidades antigas da Grécia), Dumoulin (comparando os costumes franceses do século XVI) ou até mesmo Montesquieu (que utilizou a sua obra mais importante para comparar instituições políticas de diversos povos), demonstram que a aplicação do método comparativo já se dá há longas datas, quando ainda não se falava formal e academicamente em Direito Comparado.

O *germen* mais próximo da ciência do Direito Comparado temos com Leibniz que, em 1667, buscou descrever o direito de todos os povos, em todos os tempos e lugares, ainda que não tenha conseguido colocar termo a essa empresa, mercê da amplitude da proposta.

Caminhando para o século XIX, na sua segunda metade, surgem as primeiras associações científicas e revistas de Direito Comparado, sendo a primeira a "Société de législation comparée", fundada em Paris em 1869. Neste mesmo ano, inicia-se a publicação de boletim mensal da referida sociedade comparatista.

<sup>9</sup> ob. cit., p. 12.

Inicia-se, também, nessa mesma época, o ensino desta disciplina jurídica nas Universidades mais tradicionais (Oxford e depois na Universidade de Paris).

Já o primeiro conclave da área em estudo ocorreu apenas em 1900, em Paris, sendo chamado de Primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado. Esse congresso é, normalmente, indicado como o acontecimento a partir do qual se verifica a institucionalização disciplinar do Direito Comparado, pois foi a partir dele que se multiplicaram as contribuições científicas de vários estudiosos das ciências jurídicas.

Na lição de Rui Pinto Duarte<sup>10</sup>, Saleilles e Lambert nesse período davam ênfase à comparação entre fontes legislativas, daí o motivo pelo qual a disciplina em comento era freqüentemente chamada de Legislação Comparada nas várias universidades em que era ensinada.

Ainda noticia Rui Pinto Duarte<sup>11</sup> que "os anos vinte do século XX ficaram marcados pela sobre-estimação das virtudes extra-jurídicas do Direito Comparado. Foi então que se passou a defini-lo em função das missões, tarefas que lhe são extrínsecas, sobretudo a propósito da unificação dos Direitos. É certo que já anteriormente tal propósito estava presente no espírito dos comparatistas, mas nunca como então ele tinha sido erigido em finalidade quase exclusiva". Assim foi que se posicionou o Direito Comparado no século imediatamente passado, com alterações de

<sup>10</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Sistemas Jurídicos Comparados - Uma introdução do Direito Comparado*. Disponível em < <http://www.artnet.com.br/~lgm/comparados.doc>>. Acesso em 12 jun. 2005

<sup>11</sup> ob. cit.



posicionamento que muito não diferem das balizas postas no Congresso de 1900.

### 3 - FUNÇÕES DE DIREITO COMPARADO

#### 3.1 - Funções Utópicas e Funções Realistas

Com largas chances de acerto, pode ser dito que o Direito Comparado dispõe de virtualidades que ultrapassam a efêmera verificação e explicação de semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos, podendo ter serventia também para a descoberta de tendências universais ou influenciar na evolução das instituições. São as chamadas funções utópicas, as quais assim são denominadas em razão do conteúdo vago e pouco consistente de seus propósitos.

Nessa linha é possível a propositura de uma verificação de tendências na evolução dos direitos - o que já foi comentado em outro tópico - vez que este pensar traz uma certa confusão entre o Direito Comparado e Antropologia Jurídica, o que não é vantajoso para quem defende a autonomia desta disciplina.

Noutro rumo de investigação, é possível a defesa da ideia de que a função do Direito Comparado é a formação de uma ciência jurídica universal ou a descoberta de um fundo comum (direito comum da humanidade civilizada).

Há também outra linha no sentido de ser uma função utópica a determinação de instituições ideais e uma contribuição para uma melhor compreensão entre as nações.

Em suma, dentro de uma perspectiva mais concreta, levando-se em conta que as teses acima reportadas são carim-

badas como utópicas e inexecutáveis, tem-se que, numa ótica mais cética - mas que é a mais aceita no meio acadêmico especializado - as verdadeiras funções do Direito Comparado são aquelas que se aproximam mais do realismo do que da utopia.

Entretanto, para que não se incorra em radicalismo, vale a lembrança de que, a exemplo do que ocorre com outros ramos do saber científico, a investigação pode migrar para finalidades utilitárias, tais como, no caso do Direito Comparado, as relativas ao direito nacional, à uniformização de direitos e à construção das regras de aplicação subsidiária; ou pode também ter uma função pura, isto é, de natureza cultural, em que está ausente qualquer objetivo prático.

Nos próximos tópicos serão analisadas as espécies de funções realistas, seja sob o aspecto de direito interno ou externo, seja na sua funcionalidade cultural.

#### 3.2 - Funções de Direito Interno

Os resultados das comparações jurídicas são geralmente postos a serviço do direito nacional, propiciando a solução de várias questões domésticas de direito.

A comparação efetuada com funcionalidade interna propicia um melhor conhecimento do sistema jurídico interno e seus institutos, vez que se pode detectar o seu ineditismo no mundo jurídico ou pinçar as características que aproximam de outros institutos ou sistemas jurídicos externos.

Outra possibilidade, que é bastante corrente, é a interpretação de normas jurídicas, ou seja, para se conhecer o seu significado e determinar o seu alcance, pode-se tomar o auxílio de outros ordenamentos jurídicos, principalmente quando o instituto ou a norma jurídica tenham



sido inspirados em estudos comparativos, a exemplo do instituto da Medida Provisória, modelada à realidade brasileira, conquanto tenha origem no Direito Italiano.

Uma função também primordial é a de aplicação nas regras de direito, com destaque para as de Direito Internacional Privado (o chamado *sobredireito*) e para aquelas regras de direito cuja aplicação dependa de reciprocidade ou para as que dão prevalência à regra mais favorável. Assim, pode regra jurídica externa constituir matéria-prima na aplicação de direito no âmbito interno.

A integração é outra função importante de direito interno, pois, em caso de lacuna, o intérprete poderá se valer, em algumas situações, que o direito interno autoriza, de regras ou princípios alienígenas.

Também o método comparativo pode servir como instrumento de política legislativa, fornecendo subsídios para os legisladores “fabricarem” direito interno. Observamos vários projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional que têm como base de proposição o direito estrangeiro. Em muitas leis recentes verificamos a ocorrência de estudos comparativos, a exemplo da Lei nº 9.099/95, a qual prevê como princípio novel de nosso direito o da obrigatoriedade mitigada da ação penal nos crimes de menor potencial ofensivo. Sabese que os juristas que compuseram esse diploma legal se inspiraram no processo penal americano, dando subsídio, num estudo comparado, à inclusão de tal princípio em nosso direito.

Algumas das funções explicitadas acima podem ser também desempenhadas pelo simples recurso a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros. No domínio da política legislativa, a utilização do direito estrangeiro não é propriamente consi-

derada como função própria de Direito Comparado, pois as funções do Direito Comparado só existem quando a criação, a compreensão ou a aplicação do direito é precedida do confronto conclusivo de várias ordens jurídicas.

O Direito Comparado, como já foi dito, é também meio eficaz para o correto conhecimento e aplicação de direitos estrangeiros. Assim, os juristas que dominam os métodos comparativos (macro e microcomparação) são mais aptos, por exemplo, na alegação e na prova de direitos estrangeiros perante tribunais nacionais, no manejo dos contratos internacionais (no que tange à interpretação e à negociação) ou na solução de litígios dirimidos perante tribunais arbitrais internacionais.

Portanto, fica demonstrado que o estudioso que domina as regras comparativas fica mais habilitado a exercer o direito de forma mais plena. Este inclusive é o motivo que muitas universidades de peso acadêmico costumam incluir em seus currículos a disciplina em questão.

### 3.3 - Funções de Direito Externo

#### 3.3.1 - Função Uniformizadora

Conforme lição do Direito Internacional, o Direito Uniforme consiste na existência de normas jurídicas iguais em ordens jurídicas diferentes, devido a um ato de direito internacional.

Em sentido amplo, podemos chamar também de Direito Uniforme a conciliação jurídica e normativa interna em Estados dotados de ordenamentos jurídicos complexos, a exemplo dos Estados Unidos da América.



A uniformização do direito pode se dar no âmbito regional (muito praticada nos Estados escandinavos), ou na seara mais universal, situação esta que confere às organizações que têm por objeto preparar convenções de amplitude mundial, tais como a UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) e a CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional).

O Direito Uniforme pressupõe estudos de Direito Comparado (microcomparação) relativos ao instituto cuja unificação se pretende. A partir dos resultados obtidos, os Estados intervenientes procuram solução de compromisso que elimine as diferenças verificadas. Temos, como exemplo, a Lei Uniforme que trata dos títulos de crédito que, para ser confeccionada, exigiu que se fizesse um estudo comparativo das regras acerca dos títulos de crédito nos Estados aderentes a essa Lei.

### 3.3.1 – Função Harmonizadora

Na verdade, a função harmonizadora um pouco se confunde com a função uniformizadora, pois tem o mesmo objetivo perseguido pelo Direito Uniforme, que é o de uniformizar o direito, dando-lhe harmonia. As funções são, nesse passo, convergentes.

Com a harmonização dos direitos se eliminam contrastes, mantendo algumas diferenças. Exemplificativamente, são instrumentos de harmonização as leis-modelos da CNUDCI, conforme já referido no item anterior.

O papel do Direito Comparado na programação e na preparação dos textos de harmonização é semelhante ao que desempenha em relação às convenções de Direito Uniforme.

me. Nestas funciona como elemento de interpretação na medida em que ajuda a compreender a origem e o alcance das concretas soluções adotadas, assim como o modo como são aplicadas em diferentes jurisdições.

### 3.4 – Função de Cultura Jurídica

O matiz de cultura jurídica é tido, em alguns círculos acadêmicos, como a função mais nobre e importante do Direito Comparado. Entretanto, lê-se inescandível exagero nessa assertiva, quando patentes estão os elevados níveis de importância funcional do Direito Comparado acima estudados.

Como sabemos, o Direito Comparado é ciência auxiliar de todas as disciplinas jurídicas. Tem uma nobilíssima missão de ajuda à compreensão das outras ramas do Direito, bem como ao encaixe ou à exclusão dos diversos sistemas jurídicos. Transmudá-lo, por si sozinho, em cultura jurídica, aparenta exarcebação acadêmica e veledade sem guarida, com o devido perdão de quem assim verbera.

Destarte, repete-se, para abater dúvidas, o Direito Comparado é uma ciência auxiliar de outras ciências, como ocorre, por exemplo, com a História do Direito, em especial daquelas cujo objeto não se circunscreve, por natureza, a um direito nacional (Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Antropologia Jurídica), destas também recebendo providencial ajuda.

O Direito Comparado é também meio de formação dos juristas em geral. É inconcebível, nos dias atuais, a existência no mercado de trabalho de profissionais que só conhecem a sua própria ordem jurídica. O jurista que alargar seus horizontes com uma visão comparativa do Direito,



muito sucesso terá, ante o seu qualificativo dentre os outros.

Por fim, é necessário que seja quebrada a idéia de que as concepções e soluções de direito nacional são as únicas concebíveis e que, isoladamente, resolvem todos os problemas e conflitos postos. A formação comparatista é salutar, pois contraria a tendência indesejada da auto-suficiência e insulamento de alguns Estados.

#### 4 - CONCLUSÕES

Em tarefas afeitas ao Direito Comparado, não é possível a adoção de um só critério seletivo para a eleição da norma ou do sistema mais adequado para o caso. Tudo irá depender da finalidade concreta que se persegue. Daí a importância do estudo pormenorizado das funções do Direito Comparado.

Quando está em causa a qualificação ou outra questão de Direito Internacional Privado, a comparação deve restringir-se às ordens jurídicas que estejam em contato com a situação controvertida, evitando-se a dispersão por ambientes jurídicos muito alheios ao caso estudado.

Quando o objetivo ou função for a argumentação para interpretação, sistematização ou integração de regras de direito nacional, apelar-se-á, em regra, para sistemas jurídicos afins, ou seja, aqueles que maior influência tenham exercido na construção do instituto jurídico em discussão. Pode-se, entretanto, envolver ordens jurídicas mais distantes, no intuito de apontar os contrastes que os ordenamentos jurídicos possuem ou para capturar o raio de abrangência de uma determinada norma ou princípio de um sistema jurídico dessemelhante.

Quando a finalidade se dirigir à preparação de normas, o legislador retirará bons resultados do Direito Comparado, devendo concentrar-se nos sistemas jurídicos mais semelhantes na estrutura jurídica e social, sem embargo de poder deter seus estudos comparativos em ordens jurídicas mais distantes ao direito nacional, no afã de captar soluções jurídicas mais eficazes e inovadoras, apesar de exóticas aos olhos do direito interno.

Portanto, a escolha das ordens jurídicas a se comparar dependerá do objetivo que se busca com o estudo comparativo. Obviamente, o direito nacional que serviu de lastro à formação acadêmica do comparatista terá destacada importância, ao menos como baliza, entre as ordens jurídicas estudadas. Será, assim, a finalidade do comparatista que irá nortear a escolha dos sistemas jurídicos que serão examinados pela ciência do Direito Comparado.

#### 5 - REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução do Direito Comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e método do Direito Comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.





.....  
 \_\_\_\_\_ . **Direito Constitucional e instituições políticas.** São Paulo: Jalovi, 1986.

DUARTE, Rui Pinto. **Sistemas Jurídicos Comparados - Uma introdução do Direito Comparado.** Disponível em <<http://www.artnet.com.br/~lgm/comparados.doc>>. Acesso em 12 jun. 2005.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado.** Disponível em <[http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14\\_analucia.html](http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.html)>. Acesso em 26 nov.2002.

## O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS E A INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DA APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF

*Carlos Frederico Gonçalves de Moraes*

Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito da Sopece. Especialista em Direito Processual Civil/Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Desembargador Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Recife. Ex-Defensor Público do Estado de Pernambuco. Ex-Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco

### SUMÁRIO

1 - ACESSO À JUSTIÇA. 2 - ACESSO ÀS INSTÂNCIAS INTERMEDIÁRIAS E SUPERIORES DE JURISDIÇÃO. 3 - GENERALIDADES 4 - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. 5 - REQUISITOS INTRÍNSECOS. 6 - REQUISITOS EXTRÍNSECOS. 7 - INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DO RECURSO DE APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF. 8 - REFLEXOS DA PROPOSTA LEGISLATIVA À OBTENÇÃO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E DE RESULTADOS. 9 - CONCLUSÃO. 10 - REFERÊNCIAS



.....  
 \_\_\_\_\_ . **Direito Constitucional e instituições políticas.** São Paulo: Jalovi, 1986.

DUARTE, Rui Pinto. **Sistemas Jurídicos Comparados - Uma introdução do Direito Comparado.** Disponível em <<http://www.artnet.com.br/~lgm/comparados.doc>>. Acesso em 12 jun. 2005.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado.** Disponível em <[http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14\\_analucia.html](http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.html)>. Acesso em 26 nov.2002.

## O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS E A INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DA APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF

**Carlos Frederico Gonçalves de Moraes**

Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito da Sopece. Especialista em Direito Processual Civil/Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Desembargador Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Recife. Ex-Defensor Público do Estado de Pernambuco. Ex-Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco

### SUMÁRIO

1 – ACESSO À JUSTIÇA. 2 – ACESSO ÀS INSTÂNCIAS INTERMEDIÁRIAS E SUPERIORES DE JURISDIÇÃO. 3 – GENERALIDADES 4 – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. 5 – REQUISITOS INTRÍNSECOS. 6 – REQUISITOS EXTRÍNSECOS. 7 – INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DO RECURSO DE APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF. 8 – REFLEXOS DA PROPOSTA LEGISLATIVA À OBTENÇÃO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E DE RESULTADOS. 9 – CONCLUSÃO. 10 – REFERÊNCIAS

.....  
 \_\_\_\_\_ . **Direito Constitucional e instituições políticas.** São Paulo: Jalovi, 1986.

DUARTE, Rui Pinto. **Sistemas Jurídicos Comparados - Uma introdução do Direito Comparado.** Disponível em <<http://www.artnet.com.br/~lgm/comparados.doc>>. Acesso em 12 jun. 2005.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado.** Disponível em <[http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14\\_analucia.html](http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.html)>. Acesso em 26 nov.2002.

## O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS E A INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DA APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF

**Carlos Frederico Gonçalves de Moraes**

Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito da Sopece. Especialista em Direito Processual Civil/Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Desembargador Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Recife. Ex-Defensor Público do Estado de Pernambuco. Ex-Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco

### SUMÁRIO

- 1 - ACESSO À JUSTIÇA. 2 - ACESSO ÀS INSTÂNCIAS INTERMEDIÁRIAS E SUPERIORES DE JURISDIÇÃO. 3 - GENERALIDADES 4 - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. 5 - REQUISITOS INTRÍNSECOS. 6 - REQUISITOS EXTRÍNSECOS. 7 - INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DO RECURSO DE APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF. 8 - REFLEXOS DA PROPOSTA LEGISLATIVA À OBTENÇÃO DE UMA TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA E DE RESULTADOS. 9 - CONCLUSÃO. 10 - REFERÊNCIAS



## 1 - ACESSO À JUSTIÇA

O acesso efetivo à Justiça tem sido uma preocupação marcante e atual dos estudiosos do processo civil diante das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que emergiram das modernas sociedades. No entanto, barreiras ainda existem na sua implementação.

As sugestões práticas e necessárias à consecução das soluções dos problemas que envolvem o acesso efetivo à Justiça, nos países do hemisfério ocidental, que estão sendo adotadas nas diversas legislações processuais civis, foram elaboradas segundo Cappelletti e Garth<sup>1</sup> e estão resumidas em três diferentes ondas: a primeira, consiste em propiciar serviços jurídicos gratuitos para os necessitados, dotando o Estado (poder estatal) de repartições de assistência judiciária ou defensorias públicas devidamente aparelhadas, ou, então, o Estado remunera advogados particulares ao cumprimento dessa relevante tarefa, através do denominado *sistema judicare*, ou, ainda, adotam-se modelos combinados em que o atendimento é realizado por advogados que são servidores públicos e também por advogados particulares, a exemplo da Suécia e da Província Canadense de Quebeque. Nesse particular, o Brasil resolveu instituir, consoante dispõe o art.137 da Constituição Federal, a Defensoria Pública para a União, Distrito Federal, Territórios e Estados-Membros, atribuindo-lhes caráter essencial à função jurisdicional; a segunda, diz respeito à representação judicial dos interesses difusos, também denominados de interesses coletivos, posto que a concepção individualista tradicional do processo civil, diante da complexidade social e econômica dos dias atuais, já não mais atendia às preocupações de uma sociedade

<sup>1</sup> Cf.CAPPELLETTI;GARTH. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988. p.31-73.

marcadamente cosmopolita e regida por relações contratuais massificadas, do tipo adesão, seja no âmbito da prestação de serviços particulares (bancos, planos de saúde etc) ou através de serviços públicos remunerados por tarifas. Os avanços legislativos que tutelam esses interesses já são significativos, a exemplo das ações civis públicas que objetivam a defesa dos consumidores; a terceira onda desse estudo enfatiza a importância de um novo enfoque de acesso à Justiça que se materializa na irradiação de outros mecanismos de ingerência para a resolução dos conflitos de interesses interindividuais como meio alternativo de pacificação social. Assim é que, em nossa legislação, para o cumprimento desse mister, já utilizamos o *juízo arbitral* (Lei 9.307, de 23.9.96), o *acordo extrajudicial* e a *conciliação* desenvolvidos nos juízos com competência para processar e julgar causas de menor valor econômico (Lei 9.099, de 26.09.95), desprezando-se, dessa forma, o tradicional formalismo excessivo previsto no Código de Processo Civil.

## 2 - ACESSO ÀS INSTÂNCIAS INTERMEDIÁRIAS E SUPERIORES DE JURISDIÇÃO

O acesso às instâncias intermediárias e superiores que visa ao exercício do *princípio do duplo grau de jurisdição* por meio do recurso adequado, decorre, como premissa maior, para possibilitar a revisão, por parte do órgão jurisdicional competente, de causas julgadas pelo juiz ou Tribunal de instância inferior.

Baseia-se o reexame, principalmente, num fundamento de natureza política de controle interno a respeito da legalidade e da justiça da decisão. É possível, até porque ao ser humano é dado cometer falhas, que o ato judicial decisório contenha vício de forma (*error in procedendo*), contra-



## 1 - ACESSO À JUSTIÇA

O acesso efetivo à Justiça tem sido uma preocupação marcante e atual dos estudiosos do processo civil diante das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que emergiram das modernas sociedades. No entanto, barreiras ainda existem na sua implementação.

As sugestões práticas e necessárias à consecução das soluções dos problemas que envolvem o acesso efetivo à Justiça, nos países do hemisfério ocidental, que estão sendo adotadas nas diversas legislações processuais civis, foram elaboradas segundo Cappelletti e Garth<sup>1</sup> e estão resumidas em três diferentes ondas: a primeira, consiste em propiciar serviços jurídicos gratuitos para os necessitados, dotando o Estado (poder estatal) de repartições de assistência judiciária ou defensorias públicas devidamente aparelhadas, ou, então, o Estado remunera advogados particulares ao cumprimento dessa relevante tarefa, através do denominado *sistema judicare*, ou, ainda, adotam-se modelos combinados em que o atendimento é realizado por advogados que são servidores públicos e também por advogados particulares, a exemplo da Suécia e da Província Canadense de Quebeque. Nesse particular, o Brasil resolveu instituir, consoante dispõe o art.137 da Constituição Federal, a Defensoria Pública para a União, Distrito Federal, Territórios e Estados-Membros, atribuindo-lhes caráter essencial à função jurisdicional; a segunda, diz respeito à representação judicial dos interesses difusos, também denominados de interesses coletivos, posto que a concepção individualista tradicional do processo civil, diante da complexidade social e econômica dos dias atuais, já não mais atendia às preocupações de uma sociedade

<sup>1</sup> Cf.CAPPELLETTI;GARTH. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988. p.31-73.

marcadamente cosmopolita e regida por relações contratuais massificadas, do tipo adesão, seja no âmbito da prestação de serviços particulares (bancos, planos de saúde etc) ou através de serviços públicos remunerados por tarifas. Os avanços legislativos que tutelam esses interesses já são significativos, a exemplo das ações civis públicas que objetivam a defesa dos consumidores; a terceira onda desse estudo enfatiza a importância de um novo enfoque de acesso à Justiça que se materializa na irradiação de outros mecanismos de ingerência para a resolução dos conflitos de interesses interindividuais como meio alternativo de pacificação social. Assim é que, em nossa legislação, para o cumprimento desse mister, já utilizamos o *juízo arbitral* (Lei 9.307, de 23.9.96), o *acordo extrajudicial* e a *conciliação* desenvolvidos nos juízos com competência para processar e julgar causas de menor valor econômico (Lei 9.099, de 26.09.95), desprezando-se, dessa forma, o tradicional formalismo excessivo previsto no Código de Processo Civil.

## 2 - ACESSO ÀS INSTÂNCIAS INTERMEDIÁRIAS E SUPERIORES DE JURISDIÇÃO

O acesso às instâncias intermediárias e superiores que visa ao exercício do *princípio do duplo grau de jurisdição* por meio do recurso adequado, decorre, como premissa maior, para possibilitar a revisão, por parte do órgão jurisdicional competente, de causas julgadas pelo juiz ou Tribunal de instância inferior.

Baseia-se o reexame, principalmente, num fundamento de natureza política de controle interno a respeito da legalidade e da justiça da decisão. É possível, até porque ao ser humano é dado cometer falhas, que o ato judicial decisório contenha vício de forma (*error in procedendo*), contra-



riando normas de caráter processual, ou erro de juízo (*error in iudicando*), quando a sentença, ao apreciar o mérito, violar expressa disposição legal ou situação fática que a invalida, permitindo, dessa maneira, o seu reexame pelo órgão *ad quem*.

Por sua vez, a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXV e LV, também estabelece regras que asseguram aos litigantes a busca da atividade jurisdicional, garantindo aos mesmos, seja em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa e o contraditório e os recursos a eles inerentes. É o chamado *princípio da proteção judiciária*.

O recurso é sempre o meio de revisão de decisão monocrática, de sentença ou de acórdão. Porém, antes de ser apreciado e julgado o mérito do recurso, relativo ao desafio de um desses pronunciamentos judiciais, faz-se necessário o exame de uma série de requisitos que servem para viabilizá-lo, para que tenha curso ou não. São os chamados pressupostos de admissibilidade dos recursos cíveis.

Perante os Tribunais o CPC prevê, no art. 496, taxativamente, diversos meios de impugnação que são utilizados para rever os atos judiciais elaborados na instância inferior. Da sentença, por exemplo, que põe termo ao processo, cabe o recurso de apelação. Por sua vez, da decisão interlocutória, interpõe-se o recurso de agravo, seja na modalidade retida ou instrumental. Temos ainda: embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário, além de alguns agravos (arts. 532, 545 e 557, § 1º).

Para que os mencionados recursos sejam objeto de exame de mérito, é necessário, antes, verificar a existência

dos pressupostos de admissibilidade que, se presentes, autorizam o seu conhecimento.

De modo que, nesta breve abordagem, pretendemos mostrar a importância do assunto e contribuir para desenvolver ainda mais o tema, diante da sua relevância, notadamente com relação ao aspecto do recente projeto enviado ao Congresso Nacional que prevê o não recebimento, pelo juiz de origem, do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF.

### 3 - GENERALIDADES

Dentre muitas e destacadas opiniões para conceituar a figura processual do recurso, preferimos adotar a que nos agraciou Nelson Nery: "é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada"<sup>2</sup>.

Quanto à natureza jurídica, domina atualmente na doutrina a opinião de que o recurso é a continuação do procedimento antes iniciado, operando como uma espécie de exercício do direito de ação perante o segundo grau de jurisdição, e não deve ser considerado como uma ação autônoma desgarrada daquela que lhe deu origem.

Como ocorre na ação, onde o juiz faz uma prévia análise sobre as suas condições, isto é, se é possível juridicamente receber a ação e o pedido nela contido, se há legiti-

<sup>2</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 178.



riando normas de caráter processual, ou erro de juízo (*error in iudicando*), quando a sentença, ao apreciar o mérito, violar expressa disposição legal ou situação fática que a invalida, permitindo, dessa maneira, o seu reexame pelo órgão *ad quem*.

Por sua vez, a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXV e LV, também estabelece regras que asseguram aos litigantes a busca da atividade jurisdicional, garantindo aos mesmos, seja em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa e o contraditório e os recursos a eles inerentes. É o chamado *princípio da proteção judiciária*.

O recurso é sempre o meio de revisão de decisão monocrática, de sentença ou de acórdão. Porém, antes de ser apreciado e julgado o mérito do recurso, relativo ao desafio de um desses pronunciamentos judiciais, faz-se necessário o exame de uma série de requisitos que servem para viabilizá-lo, para que tenha curso ou não. São os chamados pressupostos de admissibilidade dos recursos cíveis.

Perante os Tribunais o CPC prevê, no art. 496, taxativamente, diversos meios de impugnação que são utilizados para rever os atos judiciais elaborados na instância inferior. Da sentença, por exemplo, que põe termo ao processo, cabe o recurso de apelação. Por sua vez, da decisão interlocutória, interpõe-se o recurso de agravo, seja na modalidade retida ou instrumental. Temos ainda: embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário, além de alguns agravos (arts. 532, 545 e 557, § 1º).

Para que os mencionados recursos sejam objeto de exame de mérito, é necessário, antes, verificar a existência

dos pressupostos de admissibilidade que, se presentes, autorizam o seu conhecimento.

De modo que, nesta breve abordagem, pretendemos mostrar a importância do assunto e contribuir para desenvolver ainda mais o tema, diante da sua relevância, notadamente com relação ao aspecto do recente projeto enviado ao Congresso Nacional que prevê o não recebimento, pelo juiz de origem, do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF.

### 3 - GENERALIDADES

Dentre muitas e destacadas opiniões para conceituar a figura processual do recurso, preferimos adotar a que nos agraciou Nelson Nery: "é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada"<sup>2</sup>.

Quanto à natureza jurídica, domina atualmente na doutrina a opinião de que o recurso é a continuação do procedimento antes iniciado, operando como uma espécie de exercício do direito de ação perante o segundo grau de jurisdição, e não deve ser considerado como uma ação autônoma desgarrada daquela que lhe deu origem.

Como ocorre na ação, onde o juiz faz uma prévia análise sobre as suas condições, isto é, se é possível juridicamente receber a ação e o pedido nela contido, se há legitimi-

<sup>2</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 178.



dade ativa ou passiva e, ainda, se existe interesse processual para, numa posterior decisão, dizer quem tem ou não razão, igualmente, no recurso, onde se pretende uma nova decisão, antes de ser apreciado o mérito, faz-se necessária uma análise prévia sobre a exigência de nele conter alguns requisitos que formam o denominado *juízo de admissibilidade*.

Quando o recurso é admitido, observado o cumprimento dos seus requisitos, ele será considerado como conhecido; se inadmissível, ele será tido como não conhecido. No primeiro caso, atendidos os pressupostos, o juízo será positivo; no segundo, quando faltar algum dos requisitos, é chamado de negativo. Só depois de ultrapassada a fase do exame dos requisitos do *juízo de admissibilidade* é que será examinado o mérito daquele, oportunidade em que o órgão *ad quem* dará ou não provimento para manter ou reformar a decisão atacada.

As questões relativas aos pressupostos de admissibilidade dos recursos antecedem lógica e cronologicamente o exame do mérito e configuram-se como preliminares. Destarte, por exemplo, ocorrendo a hipótese levantada sobre a incompetência absoluta do juízo onde tramitou a ação, é preciso, em primeiro lugar, uma decisão sobre ela para que se possa adentrar no julgamento do mérito.

As preliminares, em via de regra, não influem na decisão de mérito do recurso. No entanto, extraordinariamente, o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso poderá causar influência na questão meritória, ante a presença do nexo de prejudicialidade existente entre esta última e o incidente processual inicial a ser examinado.

Com efeito, se o tribunal acolhe como procedente questão prejudicial, não lhe é permitido examinar o mérito.

Tudo dependerá da questão preliminar levantada nas razões da apelação, ou, se for o caso, no agravo retido.

Em regra, por incidência do princípio da economia processual, cabe ao juízo *a quo*, que proferiu a decisão, a competência diferida de inicial e provisoriamente decidir sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso. Contudo, nenhuma questão relativa à admissibilidade pode ser jamais subtraída à consideração e decisão do órgão *ad quem*, a quem cabe a competência última e definitiva sobre a mesma, desvinculando-se da decisão do juízo monocrático.

Pelo nosso sistema recursal, exceto o recurso de agravo de instrumento, as demais manifestações de inconformismo são interpostas perante o mesmo órgão jurisdicional que produziu a decisão impugnada. Para esse fim, então, deverá o juiz monocrático, se for o caso, quando da interposição do recurso, apreciar os pressupostos de sua admissibilidade, proferindo *decisão interlocutória positiva*, ou seja, determinando o seu processamento com a apresentação das contra-razões e a remessa do mesmo ao Tribunal competente, quando os requisitos estiverem presentes. Por outro lado, não estando presentes os requisitos legais, será proferida *decisão interlocutória negativa*, isto é, proibindo o prosseguimento do recurso.

Da decisão interlocutória manifestada pelo juiz *a quo*, admitindo ou não o seguimento do recurso, bem como reexaminando e revogando a decisão anterior que o recebeu (parágrafo único, art. 518, CPC), caberá o recurso de agravo de instrumento. Por outro lado, o Tribunal apreciará a legitimidade da decisão, no caso, por exemplo, de o juiz *a quo* relevar a pena de deserção e restituir o prazo para que o apelante efetue o preparo do recurso (parágrafo único, art. 519, CPC).



Quanto aos recursos extraordinário e especial previstos na Constituição Federal - o primeiro no art. 102, inciso III e suas alíneas e o segundo no art. 105, inciso III e suas alíneas, cabe ao Tribunal *a quo*, pelo seu Presidente ou Vice-Presidente, dependendo do que dispuser a Lei de Organização Judiciária ou Regimento Interno, o juízo preliminar de conhecimento, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada, a respeito da admissão ou não dos recursos extraordinário e especial (§ 1º, art. 542, CPC; Súmula 123 do STF). Da decisão denegatória, é facultado, dentro do prazo de 10 ( dez ) dias, perante o Tribunal *ad quem*, seja o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, a interposição de um outro: o agravo de instrumento autorizado pelo art. 544, do CPC.

Submetido o agravo ao Tribunal *ad quem*, dessa feita em caráter definitivo, caberá ao relator, preliminarmente, decidir sobre o juízo de admissibilidade do agravo de instrumento, que se for negativo, propiciará, no prazo de cinco dias, agravo regimental dessa decisão, para o órgão julgador internamente competente. O relator, ao exercer livremente as condições de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial, não está adstrito às razões adotadas pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo* para admiti-los ou denegá-los, sua competência é ampla e abrange todos os aspectos pertinentes ao cabimento dos citados recursos, tanto os de natureza intrínseca como os de natureza extrínseca. A propósito, o art. 38 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, disciplina o relator, no STF ou no STJ, decidirá sobre a perda do objeto do pedido ou do recurso, bem assim negará seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantes de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

De outra parte, é preciso salientar que a regra da duplicidade do exame do juízo de admissibilidade não pode prevalecer na hipótese do recurso de agravo de instrumento, que é *interposto diretamente no Tribunal*, cabendo ao relator a decisão liminar de indeferimento do recurso, pronunciando-se negativamente ante a falta dos requisitos necessários de admissibilidade. O mesmo não ocorre quanto ao agravo retido, uma vez que esta modalidade de recurso é *interposta perante o juiz a quo*, que deverá, de ofício, no momento da interposição, examinar a existência dos pressupostos. De fato, como a matéria é de ordem pública, ocorrendo, por exemplo, intempestividade (art. 522, CPC) ou falta de regularidade da representação processual do recorrente (art. 13, CPC), o juiz monocrático deve indeferir o processamento da via recursal.

Os pressupostos de admissibilidade dos recursos contêm matéria de *ordem pública*. Portanto, mesmo que o recorrido não tenha invocado a falta da presença de algum dos seus requisitos que inviabilize a manifestação de reexame apresentada pelo recorrente, é obrigação do juiz *a quo*, *por iniciativa própria*, fazer o exame das condições de recebimento e, se for o caso, inviabilizar o processamento daquela. Essa é a interpretação que se extrai do parágrafo único do artigo 518 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz, mesmo após ter emitido decisão positiva preliminar, rever a sua recepção e revogar a interlocutória anterior.

Tratando-se, como vimos, de assunto que envolve interesse público, não incide sobre os pressupostos, como é óbvio, o instituo da preclusão, que veda a prática de atos processuais além do momento permitido na legislação processual, que fixa os prazos para que aqueles sejam exercidos. Ainda que tenha sido provisoriamente admitido



o recurso pelo juiz *a quo*, faltando o requisito, por exemplo, da tempestividade, impõe-se ao Tribunal *ad quem* o exame dessa ocorrência, quando ali for exercido o juízo de admissibilidade definitivo.

#### 4 - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

O juízo de admissibilidade tem como único objetivo o exame ou análise dos requisitos ou condições necessárias para que a instância superior possa tomar conhecimento do recurso e, em seguida, julgar a questão de mérito do mesmo. É a porta de entrada do estudo do conteúdo das razões que levaram o recorrente a pedir o reexame da causa.

A classificação sobre o juízo de admissibilidade aceita variantes diferenciadas na doutrina, mas, adota-se, aqui, por ser mais apropriada e condizente com o estudo, aquela que distingue os requisitos em *intrínsecos* e *extrínsecos*. Nos primeiros, que se relacionam com a própria decisão impugnada, ou seja, com o seu conteúdo e a sua forma, encontram-se as seguintes situações: o cabimento do recurso, a legitimação e o interesse de recorrer. Enquanto que nos segundos, que dizem respeito apenas aos aspectos externos do ato judicial que se quer impugnar, temos: a tempestividade (tendo o princípio da consumação como aliado), as razões do reexame da decisão (incluindo o prequestionamento), a inexistência de fato extintivo do poder de recorrer (renúncia expressa ou tácita ao direito de recorrer e a aquiescência) ou de fato impeditivo (desistência do recurso, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito sobre que se funda a ação e a existência de súmulas contrariadas) e, finalmente, o preparo.

#### 5 - REQUISITOS INTRÍNSECOS

As condições *intrínsecas* relacionam-se com a substância e a forma da decisão recorrida, vale dizer, leva-se em conta a parte interior do pronunciamento judicial que resolveu a questão incidental, no curso do processo, ou, o mérito do pedido.

Entre os requisitos intrínsecos os primeiros que se apresentam para análise são os que dizem respeito ao *cabimento* e à *adequação*. É preciso, então, observar se o manejo do recurso possui previsão na lei (recorribilidade) e se ele serve (é adequado) para impugnar a decisão.

Assim, quanto ao cabimento, em obediência ao princípio da taxatividade, pelo qual o legislador procurou limitar e restringir os recursos aos enumerados exclusivamente pelo Estatuto de Ritos ou por leis específicas sobre a matéria, não é permitido aos litigantes, inconformados com a decisão, a utilização de meio recursal estranho ao estabelecido em *numerus clausus*.

Com efeito, o Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente à legislação extravagante, quando omissa em matéria processual, estabelece no seu art. 496 quais os recursos admitidos ao uso das partes, são eles: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário e VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Por sua vez, o citado Código aponta qual o recurso adequado para ser manuseado. Dessa maneira, em se tratando de sentença, que põe termo ao processo, utiliza-se a ape-



lação. Se for decisão interlocutória, pela qual o juiz decide questões incidentes, emprega-se o agravo, retido ou na forma regimental.

Logo, a recorribilidade e a adequação devem caminhar de mãos dadas, ou seja, utilizando-se o recurso previsto legalmente é, também, necessário que ele seja o correto. Por conseguinte, não pode a parte *apelar* de uma decisão interlocutória ou vice-versa.

Sobre a adequação, o Superior Tribunal de Justiça vem manifestando pacificamente o entendimento de que inexistindo *dúvida objetiva*, apontada na doutrina e na jurisprudência, não se admite o *princípio da fungibilidade recursal*, não cabendo, portanto, o recurso. É o caso de exclusão de litisconsorte, decisão de natureza interlocutória, que é impugnada através do recurso de apelação. Também, caracterizado o *erro grosseiro* não se aplica aquele princípio, restando, assim, não conhecido o recurso.

O segundo requisito intrínseco é a *legitimidade para recorrer*. Tal como ocorre na ação, com relação à legitimidade ativa, deve o recorrente demonstrar que é o titular do direito de recorrer. É condição essencial para a interposição do recurso, sob pena de carência. Segundo a regra contida no art. 499 do Estatuto de Ritos, o recurso só pode ser exercido pela *parte vencida*, pelo *terceiro prejudicado* e pelo *Ministério Público*.

Caminhando ao lado da legitimidade, existe o terceiro e último requisito intrínseco que é o *interesse recursal*. Como nas condições da ação, na qual é exigido o requisito do interesse de agir, para obter através do processo a proteção a um direito violado, no recurso se exige a demonstra-

ção de uma *utilidade*, sem a qual não é possível dar seguimento ao pedido de reforma da decisão. Com efeito, é preciso que a decisão interlocutória, a sentença ou o acórdão impugnados transpirem *prejuízo* para que fique caracterizado o *interesse em recorrer*.

## 6 - REQUISITOS EXTRÍNSECOS

Os requisitos extrínsecos dizem respeito ao aspecto externo do recurso, seu lado exterior, isto é, o modo pelo qual é exercido, sem se ater ao seu conteúdo.

Iniciando os requisitos extrínsecos temos a *tempestividade*. Ou seja, o recurso, para ser admitido, obrigatoriamente, tem que observar o prazo fixado na lei, sob pena da incidência dos efeitos da preclusão temporal. Acionado o recurso, após o prazo determinado, será ele considerado *intempestivo*, posto que o prazo recursal é peremptório e, conseqüentemente, não pode ser, em via de regra, ampliado pelo juiz, exceto nas comarcas onde for difícil o acesso aos meios de transporte, quando não deverá ser prorrogado por mais de sessenta dias (art. 182, *in fine*, CPC), e ainda quando o ato judicial deixou de ser praticado por motivo de justa causa como, por exemplo, doença grave do advogado, devidamente comprovada ao tempo da prática do ato (art. 183, § 1º, CPC).

A intempestividade é matéria de ordem pública, não atingida pela preclusão temporal. O recebimento do recurso de apelação pelo juiz, a destempo, por exemplo, não obsta que o Tribunal, no momento oportuno da sua análise, declare, de ofício, essa ocorrência, não tomando conhecimento do apelo.



Aliado ao entendimento supra, vige, no sistema do nosso Código de Processo Civil, o princípio da consumação. Significa dizer que esgotada a oportunidade para a interposição do recurso, não é possível ao recorrente exercer novamente oposição à decisão que já foi refutada, em função da *preclusão recursal consumativa*.

Contudo, existe exceção à regra da consumação. Excepcionalmente, por exemplo, diante de embargos de declaração que modificaram o julgado em seu mérito, tendo o recorrente, anteriormente, já interposta a apelação, é dada ao mesmo a chance de complementar, dentro dos limites do que foi alterado, as razões oferecidas do mencionado recurso, por aplicação do princípio da complementaridade<sup>3</sup>.

Determina o Código de Processo Civil que o recurso deve obediência a alguns aspectos formais para que sejam conhecidos. Assim é que, quanto à apelação, por exemplo, exige-se a exposição das razões de fato e de direito (art. 514, II). A exigência das razões recursais é essencial para que o Tribunal conheça e decida somente o inconformismo que lhe foi dirigido, em obediência ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, ressalvadas as matérias que aquele tenha de apreciar de ofício. A falta das razões e também o seu oferecimento fora do prazo, segundo posição dominante da jurisprudência, levam ao juízo de admissibilidade negativo.

De fato, os fundamentos de fato e de direito que dão base ao inconformismo do recorrente revelam imprescindibilidade na elaboração da peça recursal. Por conseguinte, não basta ao recorrente apenas apontar o interesse na reforma do julgado. É preciso ir mais além. Surge, en-

<sup>3</sup> Cf. NERY JÚNIOR, 1996, p. 159.

tão a necessidade do mesmo fundamentar a sua irrisignação. Assim, nos recursos, é preciso que o sucumbente manifeste o *porquê do pedido de impugnação*. É o chamado *princípio da dialeticidade*.

Certamente, faltando às razões do recurso ou sendo ele omisso quanto à exposição do direito e do pedido de reexame, como, por exemplo, simples menção aos argumentos da inicial, sem se reportar ao provimento judicial recorrido, ou, ainda, quando as razões são inteiramente dissociadas da sentença de mérito, leva à inépcia recursal.

No que diz respeito à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, a exigência da fundamentação completa, eficiente, que não seja falha, é imprescindível como pressuposto para a aceitação dos mesmos. De feito, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 284, deu estabilidade ao seguinte entendimento: "É inadmissível recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

De outra parte, quando presentes na decisão recorrida dois ou mais fundamentos, cada um suficiente ao julgamento da questão, o recorrido precisa atacá-los, abrangendo-os, sob pena de não ser conhecido o recurso manejado. Cuida-se da aplicação da Súmula 283 (fundamento inatacado), também do STF, que dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Outra regra que envolve matéria de natureza intrínseca relacionada aos pressupostos recursais é a do *prequestionamento*. Essa exigência, que pode ser examinada tanto no Tribunal *a quo* como no Tribunal *ad quem*, aplica-se aos re-



.....

cursos extraordinário e especial, que são cabíveis nas causas decididas em única ou última instância.

Prequestionar é ventilar, no Tribunal de origem, a questão federal suscitada (seja dispositivo constitucional, seja lei federal, tratados, decretos e os regulamentos), apresentada antes da sentença monocrática e que seja objeto de apreciação pelo Tribunal do Estado ou Regional. De certo, a revelação das questões jurídicas antes da sentença se mostra requisito indispensável para que se possa, numa lógica antecedente ao recurso, decidir o que foi suscitado e debatido anteriormente. É por essa razão que o juiz fixa o ponto controvertido da questão (art. 331, § 2º, CPC), antes de sentenciar a causa, justamente para esclarecer o que está sendo debatido com a inicial e a resposta do réu. A bem da verdade, tudo isso tem seu motivo em decorrência do *princípio maior do contraditório*, sob pena de surpresa e prejuízo a uma das partes na decisão final. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula 282, decidiu: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

A seguir identificaremos que o surgimento de alguns fatos acarreta o não conhecimento do recurso. Esses obstáculos são causas que tanto acontecem antes como depois à interposição do recurso.

A renúncia, que é vontade produzida unilateralmente, deve ser manifestada antes da interposição do recurso e independe da aceitação da outra parte (art. 502, CPC). É irrevogável na relação processual, operando o trânsito em julgado da decisão. Cabe à parte, para exercer esse direito, ser assistida por advogado com poderes especiais (arts. 36 e 38, CPC). Além de que a renúncia fica restrita apenas aos

.....

direitos disponíveis, pois nas questões que envolvem direitos indisponíveis, como por exemplo, ação que versa sobre investigação de paternidade, guarda, educação e alimentos dos filhos e naquelas que envolvem interesses sociais e individuais defendidos pelo representante do Ministério Público (art. 127, CF), não se pode dispor daqueles direitos, bem assim nas causas em que se exige o reexame necessário, que impõe ao magistrado submeter ao duplo grau de jurisdição o *decisum* proferido ( art. 475, I, II e III ).

Segundo dispõe o art. 503, CPC, a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão, perde o direito de recorrer. A aceitação é o ato pelo qual a parte se conforma com o pronunciamento judicial. A aquiescência, aqui, se baseia na *preclusão lógica*, que redundada da incompatibilidade da prática de um ato processual da parte, em razão de um outro já levado a efeito anteriormente com a mesma finalidade ou exclusão.

Na aceitação expressa, por exemplo, a transação firmada entre os litigantes, posteriormente à interposição do recurso, inviabiliza o seu exame. A tácita, por sua vez, ocorre quando o recorrente requerer o arquivamento do feito por ter recebido o pagamento do débito, aceitando tacitamente, sem qualquer reserva, a sentença que acolheu a extinção do processo em atenção ao seu requerimento. Procedendo dessa maneira, pratica-se ato incompatível com a vontade de recorrer. Outro exemplo, exposto pela jurisprudência, é quando o autor pede, no processo, o levantamento dos aluguéis depositados, em decorrência da mora purgada e, em seguida, interpõe recurso de apelação, tentando revisar sentença que julgou extinta a ação de despejo por falta de pagamento. De fato, diante da flagrante incompatibilidade desse último ato processual com o anterior, que levantou o depósito, não pode resultar no recurso mencionado.



Alguns fatos podem levar ao impedimento de não conhecimento do recurso, como, por exemplo, a desistência do mesmo, o reconhecimento do pedido, a renúncia ao direito material e a incidência das súmulas contrariadas.

Disciplina o art. 501, do CPC, que o recorrente possui a faculdade de a qualquer tempo, sem concordância do recorrido e dos litisconsortes, desistir do recurso interposto. Pelo visto, a *desistência* só pode ser manifestada após o manejo do recurso, e nunca antes, ao contrário da renúncia que é ato anterior.

O Código de Processo Civil não prevê expressamente a homologação da *desistência*, tal como acontece no requerimento de desistência da ação (art. 158, § único). Contudo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 21, VIII) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 34, IX), atribui ao relator do processo a incumbência de homologar o pedido de *desistência*.

À parte ré, nos termos do art. 269, inciso II, do CPC, é permitido reconhecer a procedência do pedido postulado na ação pela parte autora, em relação aos direitos disponíveis, levando o juiz a proferir sentença de mérito, que terá como fundamento a aceitação daquela à pretensão buscada por essa última.

Segundo Humberto Theodoro<sup>4</sup>, ocorre o reconhecimento do pedido quando o réu de modo expresso declara que a pretensão do autor é procedente, isto é, o próprio direito substancial, e não processual, sobre o qual está base-

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I. p. 318-319.

ada a ação deste, levando, conseqüentemente, à extinção do processo por não existir mais conflito de interesses resistido.

Assim acontecendo, obviamente ensejará a incidência da *preclusão lógica*. De feito, o ato de reconhecimento, que no caso só pode ser praticado pelo réu, vai gerar, em regra, incompatibilidade com a pretensão do mesmo para manifestar o recurso de apelação (art. 503, CPC). Tome-se, como exemplo, a seguinte situação: o devedor que, citado, em ação monitória, efetua o pagamento da dívida, sem interpor embargos, não pode, após sentença, apelar alegando invalidade do título.

Quanto à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, permitido pela disposição contida no art. 269, inciso V, do CPC, da mesma forma que o reconhecimento do pedido, ou seja, em razão da incidência da *preclusão lógica*, vedado ficará o direito de recorrer.

Com efeito, declarando a renúncia ao próprio direito material, ficará o autor desprovido de *interesse recursal*, ato processual subseqüente e incompatível com aquele manifestado anteriormente. É que a renúncia, ao contrário da *desistência da ação*, que permite a instauração de nova ação (art. 267, inciso VIII, em combinação com o art. 268, ambos do CPC), impossibilita a reabertura de um novo processo para discutir o mesmo direito renunciado, produzindo *coisa julgada material*, ao passo que aquela gera *coisa julgada apenas formal*. Também, na hipótese, não é necessária a concordância do réu, mesmo após a apresentação da contestação, para o ato de *renúncia*, o que não acontece com a *desistência*, na forma do art. 267, § 4º, CPC.

É claro que a renúncia mencionada só tem validade quando as questões tratadas envolverem apenas conflitos de



direitos disponíveis, o que exclui as relativas às questões que não se pode dispor.

Quanto às súmulas contrariadas, a sua inobservância no âmbito do STF e do STJ acarreta obstáculo, ou seja, impedimento ao seguimento do recurso. A mesma regra também é aplicada, pelo relator, no âmbito dos tribunais inferiores, por força do que dispõe o art. 557 do CPC. É causa anterior que o impede.

Como ficou dito acima, cabe ao relator, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, consoante dispõe o art. 38, da Lei 8.038/90, preliminarmente, exercer o juízo de admissibilidade do recurso, tanto os de natureza intrínseca como os de natureza extrínseca. Abrangida nessa competência está a negativa do seguimento do recurso que contrariar, nas questões predominantes de direito, Súmulas dos respectivos Tribunais.

A propósito, Frederico Neves nos ensina que: “Destarte, ausente qualquer dos requisitos intrínsecos ou extrínsecos de admissibilidade do recurso, estabelece a lei, de forma implacável, que o relator, monocraticamente, negará seguimento ao agravo, o mesmo acontecendo, quando o recurso for manifestamente improcedente”<sup>5</sup>.

De certo, levando a efeito o aludido preceito legal, o art. 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, prevê que são atribuições do relator: “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente

<sup>5</sup> NEVES, Frederico Ricardo de Almeida: *Agravo: nova sistemática e outros temas de exegese controvertida da reforma processual civil*. Recife: Bagaço, 1996. p. 50.

intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste”.

Por derradeiro, quanto aos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos, temos a figura processual do *preparo*. Preparo é o pagamento referente às custas processuais do recurso que vai ser interposto.

Salvo justo impedimento, segundo a permissão contida no art. 519 do CPC, a falta de preparo, conforme prevê a parte final do art. 551, do CPC, leva ao reconhecimento da pena de deserção, isto é, o recurso não terá prosseguimento. Sobre o assunto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 187, dispõe: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

São dispensados do preparo, segundo o parágrafo único do art. 511, do CPC, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, além dos que gozam de isenção legal. Da mesma forma, a parte que gozar dos benefícios da assistência judiciária está isenta do pagamento de custas processuais (art. 3º, inciso I, Lei 1.060/50). Finalmente, também, na utilização dos embargos de declaração, conforme o art. 536 do CPC, não se exige o preparo pela parte embargante.

## 7 - INOVADORA PROPOSTA LEGISLATIVA IMPEDITIVA DO RECURSO DE APELAÇÃO NA HIPÓTESE DA CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA COM AS SÚMULAS DO STJ E DO STF

Fruto da iniciativa do processo legislativo conferido ao Presidente da República (art. 61, CF), após anos de deba-



tes e de análise por juristas, magistrados e tribunais, bem assim por entidades como o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.724/04, ainda em tramitação, que visa acrescentar o § 1º ao art. 518 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: **“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”**.

Cuida-se da ampliação dos requisitos em exame conferida ao juiz singular para, através de decisão interlocutória, proferir juízo de admissibilidade negativo ao recurso de apelação, vale dizer, com esse pronunciamento judicial o juiz *a quo* obsta a remessa do apelo ao órgão destinatário competente para a apreciação e julgamento do referido recurso.

A alteração sugerida, inspirada no exemplo vitorioso do art. 38 da Lei dos Recursos, já deveria ter sido proposta há muito tempo como política de celeridade processual, pois introduzirá salutar e importante mecanismo processual que atribui ao juiz de origem a obrigação de negar seguimento ao recuso de apelação, na estreita via da hipótese da sentença, seja de mérito ou não, confluir-se com o Direito Sumular do STJ ou do STF.

Sobre a constitucionalidade do preceito processual ora sugerido à consideração do Congresso Nacional, não cremos em sua imperfeição à luz dos princípios que fundamentam e emanam da Carta Maior, posto que o texto legislativo objeto de apreciação é semelhante ao do art. 38 da Lei 8.038/90, e segundo Nery Júnior não há obje-

ção de inconstitucionalidade com relação a este último dispositivo.<sup>6</sup>

Por outro lado, é importante ter em mente que a proposta encaminhada, no tocante à extensão de seu limite, difere das hipóteses previstas no art. 557 do Código de Processo Civil, pois esta última norma tem um campo mais abrangente de atuação processual ao conferir ao relator, no âmbito dos tribunais, o poder de negar seguimento a qualquer recurso (não só apelação) manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência pacífica dos respectivos tribunais, do STF e de Tribunal Superior.

Numa avaliação crítica a respeito da comparação entre a proposta alteradora e a norma paradigma já em vigor, melhor seria que o legislador avançasse na análise da questão para permitir, também, ao juiz da causa o exame do juízo de admissibilidade negativo quando o recurso de apelação contrariasse sentença compatível com súmula do próprio tribunal ao qual está ligado. Por certo que esta solução traria significativa celeridade processual, sem prejuízo ao apelante que, contrariado, poderia interpor o agravo de instrumento para desafiar a interlocutória de origem.

Observe-se, ainda, que o que se propõe é a congruência da sentença com a súmula em sentido amplo, ou seja, o legislador sugere a aplicação da norma tanto em relação à súmula vinculante como no tocante à súmula persuasiva.

<sup>6</sup> Cf. NERY JÚNIOR, Nelson: Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 929.



tes e de análise por juristas, magistrados e tribunais, bem assim por entidades como o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.724/04, ainda em tramitação, que visa acrescentar o § 1º ao art. 518 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Cuida-se da ampliação dos requisitos em exame conferida ao juiz singular para, através de decisão interlocutória, proferir juízo de admissibilidade negativo ao recurso de apelação, vale dizer, com esse pronunciamento judicial o juiz *a quo* obsta a remessa do apelo ao órgão destinatário competente para a apreciação e julgamento do referido recurso.

A alteração sugerida, inspirada no exemplo vitorioso do art. 38 da Lei dos Recursos, já deveria ter sido proposta há muito tempo como política de celeridade processual, pois introduzirá salutar e importante mecanismo processual que atribui ao juiz de origem a obrigação de negar seguimento ao recuso de apelação, na estreita via da hipótese da sentença, seja de mérito ou não, confluir-se com o Direito Sumular do STJ ou do STF.

Sobre a constitucionalidade do preceito processual ora sugerido à consideração do Congresso Nacional, não cremos em sua imperfeição à luz dos princípios que fundamentam e emanam da Carta Maior, posto que o texto legislativo objeto de apreciação é semelhante ao do art. 38 da Lei 8.038/90, e segundo Nery Júnior não há obje-

ção de inconstitucionalidade com relação a este último dispositivo.<sup>6</sup>

Por outro lado, é importante ter em mente que a proposta encaminhada, no tocante à extensão de seu limite, difere das hipóteses previstas no art. 557 do Código de Processo Civil, pois esta última norma tem um campo mais abrangente de atuação processual ao conferir ao relator, no âmbito dos tribunais, o poder de negar seguimento a qualquer recurso (não só apelação) manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência pacífica dos respectivos tribunais, do STF e de Tribunal Superior.

Numa avaliação crítica a respeito da comparação entre a proposta alteradora e a norma paradigma já em vigor, melhor seria que o legislador avançasse na análise da questão para permitir, também, ao juiz da causa o exame do juízo de admissibilidade negativo quando o recurso de apelação contrariasse sentença compatível com súmula do próprio tribunal ao qual está ligado. Por certo que esta solução traria significativa celeridade processual, sem prejuízo ao apelante que, contrariado, poderia interpor o agravo de instrumento para desafiar a interlocutória de origem.

Observe-se, ainda, que o que se propõe é a congruência da sentença com a súmula em sentido amplo, ou seja, o legislador sugere a aplicação da norma tanto em relação à súmula vinculante como no tocante à súmula persuasiva.

<sup>6</sup> Cf. NERY JÚNIOR, Nelson: Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 929.



Logo, ao juiz originário não restará alternativa a não ser, compulsoriamente, negar seguimento a recurso que contrarie sentença embasada na súmula com efeito vinculante ou não. Significa dizer que o juiz sentenciante que fundamentar a sua decisão em súmula de qualquer natureza não terá a faculdade (liberdade) para negar seguimento ao recurso de apelação, principalmente quando se trata de súmula obrigatória, pena de cassação do ato judicial decretada pelo STF quando acolher reclamação nesse sentido (art. 103-A, § 3º, CF).

Com efeito, a súmula vinculante sobre matéria constitucional, introduzida recentemente em nosso ordenamento jurídico (art. 103-A, CF), por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, após a sua aprovação mediante votação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, terá efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário Nacional e à administração pública direta e indireta nas três esferas de Poder.

## 8 - REFLEXOS DA PROPOSTA LEGISLATIVA À OBTENÇÃO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E DE RESULTADOS

A reforma sugerida que liga o fundamento da sentença ao direito sumular, para efeito de evitar a remessa daquela decisão à consideração do órgão de segundo grau, por certo provocará a celeridade processual, além de incidir menor custo aos litigantes e, por conseqüência, contribuirá de maneira significativa para a instrumentalidade e efetividade do processo.

Assim, a súmula que nasce da jurisprudência assentada dos tribunais representa um importante instrumento na

eliminação da insegurança jurídica em face da duradoura pendência da lide, pois exerce relevante papel ao operar com certa rapidez a eficaz diretriz ditada pelo Poder Judiciário, o que contribui para a consecução de uma ordem jurídica justa, ou isonômica, na medida em que casos semelhantes recebem respostas uniformes, contemplando-se, assim, o escopo fundamental do processo que é busca incessante da pacificação social.

Por sua vez, no plano do aspecto positivo da efetividade do processo, o entendimento sumulado é um excelente exemplo a servir de instrumento no combate a problemática que atinge a efetividade do processo, uma vez que a atividade jurisdicional dos tribunais nessa direção é exercida para resolver a mesma situação jurídica que se repete inúmeras vezes, o que melhora, sem dúvida, a protelação das causas e diminui a insatisfação social dos jurisdicionados, especialmente no que tange à excessiva e abusiva utilização do recurso de apelação.

Nesse sentido, a medida processual inovadora, sem lugar a contestação, contribuirá para desafogar o Judiciário, porquanto a sua utilização é de grande valia, por exemplo, no trato processual das chamadas *demandas múltiplas*, sobre as quais a jurisdição é invocada para decidir questões repetitivas com conteúdos comuns, o que evita o retardamento inaceitável a respeito de casos idênticos anteriormente decididos à exaustão, proporcionando, dessa forma, uma melhoria na celeridade e qualidade da atividade jurisdicional, principalmente no modelo processual adotado no Brasil em que o juízo singular opera em primeiro lugar a subsunção do fato à norma, em cada caso concreto.



No contexto, a tutela antecipatória de urgência, confirmada pela sentença, aliada à súmula, constitui-se num importante instrumento processual de pacificação social com reflexo na diminuição da insegurança jurídica pela pendência da lide, servindo para evitar prejuízo irreparável ou de difícil reparação aos interessados que demandam contra os denominados litigantes habituais nos tribunais, em matérias idênticas já pacificadas pela jurisprudência e que envolvem, por exemplo, assuntos tributários, previdenciários, dos consumidores ou de servidores públicos.

Logo, o entendimento de que a alteração legislativa ora proposta será um eficiente remédio na melhoria da celeridade da prestação jurisdicional, devido ao fato de que a sentença coligada ao entendimento sumular, em face do não recebimento do apelo, não enfrentará nenhum tempo de duração, em regra longo, para ser apreciada e julgada na segunda instância, dando azo, dessa maneira, a uma maior rapidez no alcance das execuções decorrentes dos títulos executivos judiciais, o que fomentará, no futuro, numa provável e imprescindível integração das atividades de conhecimento e de execução, tão reclamada na atualidade como meio para eliminar, de uma vez por todas, do nosso ornamento processual, o exacerbado tecnicismo formalista da dualidade da atividade cognitiva e executiva.

Por fim, ressalte-se que a modificação do dispositivo legal está em perfeita harmonia com a recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que alterou o inciso LXXVIII, art. 5º, da Constituição Federal, com a seguinte redação: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Na verdade, não obstante a formulação do novo dispositivo, a razoabilidade, de há muito, é um princípio constitucional. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu (ADI 2.667/MC DF) a tese de que “todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade”.

Conseqüentemente, os atos judiciais, espécie de ato pertencente à categoria genérica dos formulados pela atividade estatal, antes da referida emenda, já se enquadravam no processo de sua formulação, no critério de razoabilidade que guarda estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade.

O que importa, no entanto, é que tanto o dispositivo constitucional como o ordinário estão voltados para combater e atenuar a excessiva morosidade do aparelho judicial brasileiro.

## 9 - CONCLUSÃO

Se por um lado, os pressupostos de admissibilidade dos recursos cíveis, enfocados neste resumido trabalho, em face das exigências procedimentais e do formalismo impostos pelo CPC, demonstram uma enorme complexidade processual, pois criam barreiras de ingresso aos graus elevados de jurisdição, a exemplo do preparo, o que vai de encontro com a atual e moderna orientação do direito processual que tem por escopo o acesso à justiça, sendo, portanto, necessário simplificar as exigências quando cabível o recurso; por outro ângulo, o aspecto positivo da instrumentalidade do processo, traduzido na sua efetividade, ganhará um considerável aliado se aprovada a proposta legislativa aqui analisada de não



recebimento do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula, propiciando um menor dispêndio de tempo na exigida razoável duração do processo o que, com certeza, demandará mais rapidez na utilização da execução específica autorizada pela decisão constitutiva do direito.

## 10 - REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Agravo: nova sistemática e outros temas de exegese controvertida da reforma processual civil**. Recife: Bagaço, 1996.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Dayse Carolina de Queiroz Nunes*

Bacharela em Direito pela Associação de Ensino Superior de Olinda (AESO). Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape. Conciliadora com atuação no Juizado Especial Criminal de Olinda, desde 2002

## SUMÁRIO

1 - BREVE INTRODUÇÃO. 2 - O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA? 3 - PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS. 4 - APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 5 - VANTAGENS E DESVANTAGENS. 6 - CONCLUSÃO. 7 - REFERÊNCIAS

## 1 - BREVE INTRODUÇÃO

É de sapiência universal que a justiça é morosa e, algumas vezes, falha. Sabe-se também que a justiça não atende adequadamente aos fins para os quais foi concebida. Os operadores do direito ficam de mãos atadas diante das regras impostas pelo ordenamento jurídico, sabedores que são da ineficácia do sistema.

Veja-se como exemplo o procedimento para apuração de um crime de pequeno potencial ofensivo. Quando o autor do fato é submetido a uma transação penal (benefício dado pela lei para que o suposto acusado não seja julgado,

em contrapartida ao pagamento de multa ou de prestação de serviços à comunidade), a vítima se sente diminuída, com a sensação de que não se chegou à efetiva justiça.

Quando condenado, com conversão da pena privativa de liberdade para pena restritiva de direito, o ofendido, igualmente, tem a mesma sensação.

O que deveria ser feito na verdade?

Felizmente, a tendência atual é a adoção de um processo que contribua para a cura da relação (nos casos de violência de gênero) ou que leve à paz (em se tratando de pequenos fatos que atingem a comunidade – acidentes de carro, pequenos furtos etc.). Esse processo é o que chamamos de JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Para tanto, este trabalho visa conceituar a justiça restaurativa, com ênfase no seu surgimento e seus precursores no Brasil, destacando ainda os seus princípios, importância e algumas de suas práticas, dentre elas a mediação.

Este pequeno texto sobre o assunto que tende a tomar pulso no país tem também o objetivo de criticar a aplicabilidade e a (in)eficácia do modelo atual, dando relevo a análises comparativas entre a justiça retributiva e restaurativa.

Cumpramos ressaltar que o modelo vem sendo aplicado, timidamente, em algumas varas e/ou juizados por operadores do direito, assistentes sociais e psicólogos, apesar de toda a dificuldade enfrentada, especialmente pelo fato de que a Justiça nordestina – de um modo generalizado – direciona-se mais ao punir do que ao restaurar.

Não se pretende, aqui, fazer um estudo profundo dos princípios, formas de atuação e demais aspectos da justiça restaurativa, mas, tão somente, demonstrar a sua importância, principalmente na ruptura dos valores da justiça tradicional – punitiva –, destacando os mais relevantes pontos e as vantagens de adoção dessa nova forma de restaurar conflitos.

tos. Procura-se também demonstrar – por que não? – as desvantagens do modelo restaurativo, tendo em vista que, como tudo na vida, tem os seus pontos de imperfeição.

## 2 – O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA?

De acordo com Carla Maria Aguiar e Lindson Gimenes<sup>1</sup>, justiça restaurativa é um conceito novo de solução de conflitos, constituindo um novo paradigma criminológico, que reformula o modo convencional de definir crime e justiça, com grande potencial transformador do conflito na medida em que intervém de modo mais efetivo na pacificação das relações sociais. A origem do instituto foi na Nova Zelândia, no ano de 1989, com inspiração nas práticas adotadas pelas tribos dos indígenas Maoris. Desta forma, houve uma modificação no sistema de combate ao crime nos feitos direcionados à infância e juventude. A partir daí, a prática começou a ser difundida por outros países, tais como Canadá, Argentina etc. No ano de 2002, a ONU (Organização das Nações Unidas) elaborou uma declaração sobre os princípios básicos da justiça restaurativa.

Os autores brasileiros pouco falam sobre a justiça restaurativa, de modo que se torna rara a literatura em relação à matéria.

O que se pretende, na verdade, é reformular o conceito de justiça e de crime, observando-o como uma conduta que se reflete na sociedade como um todo, de modo que se propõe a intervenção de todos os envolvidos com o delito.

O sujeito passivo do delito, neste caso, passa a ser a própria vítima e não o Estado. Desse modo, vislumbram-se as necessidades das vítimas, as quais, na maioria das vezes, se

<sup>1</sup> Conceito encontrado em BOIN, Carla Maria Zamith; GIMENES, Lindson. *Justiça Restaurativa – O Braço da Cultura de Paz na Justiça*.



sentem um nada, já que o seu papel se submete a iniciar a persecução criminal ou a ação penal.

A outra preocupação da justiça restaurativa é a responsabilização do infrator. Não no sentido de punição, mas de confrontação com o que foi feito. Há um encorajamento dos ofensores de modo que os mesmos entendam o seu comportamento e assumam a postura de modificá-lo. Em contrapartida, suas necessidades devem ser atendidas, para que eles consigam adotar uma nova postura.

A idéia de fundo da adoção de um modelo restaurativo é que ele baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da sociedade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e dos danos causados pelo crime.<sup>2</sup> Acrescenta ainda o mesmo autor que se trata de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas as técnicas de mediação, conciliação e transação para alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Percebe-se, assim, que, para que a justiça restaurativa seja implantada no sistema da justiça brasileira, será necessária uma profunda mudança nos valores e nos objetivos do que se pretende com a Justiça, o que demanda, peremptori-

<sup>2</sup> PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: BRASIL. Ministério da Justiça. *Coletâneas de artigos sobre a Justiça Restaurativa*.

amente, um trabalho árduo e difícil, pois significa desmistificar e afastar a idéia punitiva.

### 3 - PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS

Pedro Scuro<sup>3</sup> afirma que o modelo restaurativo dá uma nova definição de justiça partindo de três posturas básicas:

- a) O crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais. Os crimes resultam danos às vítimas, repercutindo nas suas famílias, na comunidade em geral, além de nos próprios infratores.
- b) A justiça deve ser o objetivo principal do processo legal e deve ser obtida através da reconciliação entre as partes e da reparação dos danos causados. A obrigação principal é corrigir o mal feito.
- c) O envolvimento de todos (famílias, sujeitos do delito, comunidade) é a forma mais fácil e eficaz de resolução dos conflitos.

Em relação a isso, devo ressaltar que, em um processo judicial, seja de que natureza for, as partes são vistas como adversárias. É um jogo para se saber quem ganha mais. O agressor não reconhece que errou, utilizando, para tanto, técnicas de neutralização<sup>4</sup>.

A Organização das Nações Unidas (ONU), no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, criou os enunci-

<sup>3</sup> SCURO NETO, Pedro. Modelo de Justiça para o século XXI. *Revista da EMARF*, v. 6, p. 215 a 232.

<sup>4</sup> Técnica consistente nos estereótipos e racionalizações que os infratores utilizam para se distanciar das pessoas que prejudicaram. São comuns a utilização de termos defensivos, tais como "não me lembro do que aconteceu, pois eu tinha bebido" ou então "não sou bandido, não uso arma", "foi uma discussão besta, não havia motivo para um processo (sic)".



ados da justiça restaurativa consistentes na identificação da necessidade da implantação do programa restaurativo, passando-se à utilização do processo restaurativo para se chegar a um resultado da mesma ordem. O processo restaurativo engloba o próprio conceito do que é justiça restaurativa, no qual vítima e agressor e outras pessoas da comunidade atuam de maneira coletiva na restauração do dano causado, com a intervenção de um facilitador; facilitador esse da maneira que entenda mais conveniente, ora agindo como mediador, ora como conciliador ou, então, utilizando-se de círculos restaurativos. O resultado restaurativo, via de regra, consiste num acordo alcançado, incluindo a restauração, a reparação, prestação de serviços à comunidade ou qualquer outro meio eficaz e razoável para o suprimento das necessidades da partes, com vistas a permitir a reintegração da vítima e do infrator à comunidade.

#### 4 - APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De início, relevante abordar que a justiça restaurativa foi originariamente criada para restaurar os conflitos relativos à criança e ao adolescente.

Tanto é assim que, no nosso ordenamento jurídico, o Estatuto da Criança e do Adolescente criou alguns institutos, dentre eles a remissão, o qual possibilita a exclusão, suspensão ou extinção do processo. Dessa maneira, o jovem infrator, assumindo o compromisso de cumprir medida socioeducativa perante o juiz ou representante do Ministério Público, se vê desobrigado ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Juiz Leoberto Brancher<sup>5</sup>, do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, recomenda que essa solução seja

<sup>5</sup> BRANCHER, Leoberto. A justiça restaurativa e Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da EMARF*, v. 06, p. 215-232.

aplicada aos jovens primários praticantes de delitos leves ou contravenções.

Sem dúvidas, a Lei 8.069/90 zela pela criança ou adolescente, considerando-os como seres em desenvolvimento, merecendo, portanto, proteção especial. Nesse diapasão, as medidas socioeducativas, que configuram o cerne da justiça restaurativa, podem ser cumuladas com medidas protetivas, as quais, na maioria das vezes, também são de grande valia, pois podem ser direcionadas à causa (tratamentos contra drogas, álcool) ou então com vistas à reinclusão do adolescente na sociedade, quando condicionado ao aproveitamento e freqüência na escola, cursos profissionalizantes etc.

Outro instrumento pátrio que possibilita a utilização da justiça restaurativa é a Lei n.º 9.099/95, eis que, com ela, houve a criação de institutos jurídicos e procedimentos que ensejam a adoção do referido sistema.

A primeira delas é a possibilidade de composição civil dos danos que, se concretizada, induz à renúncia do direito de ação. A outra delas é a aplicação, de imediato, de pena não privativa de liberdade, a transação penal. Na fase instrutória, caberia ainda a suspensão condicional do processo, através da qual pode o processo ficar suspenso, de dois a quatro anos, desde que o autor do fato (infrator) sujeite-se a algumas condições previstas em lei e desde que, obviamente, preencha os requisitos por ela estabelecidos.

Em algumas destas situações, o conciliador, juiz ou membro do Ministério Público, poderia incluir métodos restaurativos. Não basta simplesmente aplicar friamente a lei, pelo contrário. A justiça restaurativa é um processo através do qual o infrator reconhece o erro cometido, adotando uma nova postura para voltar a viver pacificamente em comunidade.

Neste aspecto, um ponto merece especial atenção: a parca literatura sobre a justiça restaurativa não aconselha a



aplicação do modelo nos casos de violência doméstica. Por quê? Quando um adolescente, por exemplo, causa um dano à sociedade de maneira geral (furto) e a esse adolescente infrator é aplicado o instituto da remissão, pouco ou nenhum contato ele terá com a vítima do delito. Nos casos de violência doméstica (de gênero), a situação é bastante diferente, haja vista que agressor e vítima têm, inevitavelmente, um vínculo.

Percebe-se que, na maioria dos casos relativos à violência doméstica, a causa para que isso ocorra é o uso de álcool ou drogas por parte do infrator. Por outro lado, os delitos relativos a esse tipo de violência são de competência de Juizados Especiais, considerando que, pela lei, são considerados de pequeno potencial ofensivo.

Uma técnica que vem sendo adotada por alguns Juizados é o encaminhamento do infrator, usuário de álcool ou drogas, para tratamento em entidade adequada. Tal medida vem sendo imposta como medida alternativa.

Importante destacar que um dos pilares da justiça restaurativa é a reinclusão da vítima e do infrator na sociedade, como forma de suprir as necessidades coletivas e individuais. Então, a meu ver, entendo ser perfeitamente possível a utilização da justiça restaurativa e suas ramificações para os casos de violência de gênero, desde que haja um prévio trabalho interdisciplinar.

Cumpre-me aqui destacar o trabalho que vem sendo feito no Juizado Especial Criminal de Olinda, desde 2002, por meio do qual as conciliadoras, percebendo uma situação de risco (uso de álcool, drogas por parte do autor do fato, nos feitos que envolvem violência doméstica), encaminham as partes para o Serviço Social, onde as Assistentes Sociais, através da mediação, tentam buscar uma resolução alternativa do conflito. É um trabalho que está sendo bem aceito pela comunidade em geral, com resultados muito gratificantes e eficazes.

## 5 - VANTAGENS E DESVANTAGENS

Para se perquirir se um sistema ou modelo de justiça é vantajoso ou não para determinada sociedade deve-se, em primeiro lugar, fazer um trabalho diferenciado para a sua introdução nos fóruns.

O modelo restaurativo é consensual. As partes, de livre e espontânea vontade, chegam a um acordo, decidindo como desejam pautar a sua conduta através do reconhecimento do erro e tentando, na medida do possível, a reparação do dano.

O método é também voluntário, de modo que caberá às partes optar pela justiça restaurativa ou pela justiça convencional.

Havendo acordo, este poderá ser revogado a qualquer tempo, a critério das partes, quando verificarem que o acordo não mais condiz com a realidade da situação apresentada.

Via de regra, é um método mais eficaz, na medida em que se empresta à Justiça um sentido de justiça propriamente dito, fazendo com que os envolvidos percebam que o resultado conseguido está sendo hábil para satisfazer às suas necessidades.

Com a resolução do conflito de forma restaurativa, o indivíduo não se sente um criminoso ou burlador da lei, podendo ser reinserido normalmente na sociedade, com a adoção de novas posturas. A vítima também reconhece o seu importante papel, de forma a mostrar a sua insatisfação com o fato, ajudando os demais membros da comunidade em geral.

Por fim, os profissionais que atuam em câmaras restaurativas agem como facilitadores, com vistas a orientar a condução dos trabalhos, esclarecendo a importância do procedimento e as possíveis repercussões na sociedade.



Em contrapartida, em relação às desvantagens, percebe-se que o Brasil, apesar de já ter alguns institutos no seu ordenamento jurídico que ensejam a prática restaurativa, infelizmente, não tem, hoje, cultura suficiente para adoção desse modelo.

De primeiro, porque continua muito arraigado na cultura do povo o papel punitivo da Justiça, onde o que se pretende é, a todo custo, a punição do ofensor. Daí, quando se fala que a justiça restaurativa é um processo voluntário e consensual, dificilmente se conseguirá a adoção dessas práticas, considerando que, para tanto, dever-se-ia, inicialmente, fazer um trabalho de ruptura dos valores tradicionais.

No que pertine à revogabilidade do acordo, o ordenamento jurídico brasileiro se torna incompatível com tal prática, vez que, nos crimes de pequeno potencial ofensivo, sujeitos à ação penal pública condicionada à representação e nos crimes de ação penal privada, quando ocorre uma renúncia do direito de ação, a própria lei é taxativa ao afirmar que essa implica na extinção da punibilidade do agente.

Em relação aos profissionais que poderiam atuar nesse novo sistema, verifica-se a carência de profissionais qualificados. Na verdade, o que se encontra são profissionais que mantêm a cultura tradicionalista, com a aplicação do devido processo e todas as suas nuances.

Vislumbra-se que os advogados ainda não estão preparados para isso, que, infelizmente, em nada contribue para melhoria da aplicabilidade de um novo sistema. Quanto a esse ponto, uma observação pertinente: enquanto conciliadora, pude perceber que os advogados não desejam a realização de um acordo, fazendo com que as partes assumam o papel de litigantes, em um jogo de ganha-perde. Querem mostrar que o fato não ocorreu, pugnando pela instrução probatória, não havendo uma boa recepção dos institutos legais dos Juizados Criminais, principalmente no que toca à

transação penal, posto que os advogados pensam que o mencionado instituto refere-se à assunção de culpa.

## 6 - CONCLUSÃO

A implantação do modelo de justiça restaurativa é um movimento que está ganhando corpo no Brasil. O Rio Grande do Sul e Brasília se mostram como pioneiros nessas práticas, apesar de, em Pernambuco, esse trabalho está sendo realizado desde 2002, no Juizado Especial Criminal de Olinda.

É um trabalho importante, eis que pode levar à efetividade da Justiça, com um sentimento mais verdadeiro das partes, resgatando a imagem da Justiça como restauradora e modificadora da sociedade, dando uma resposta satisfatória ao povo.

É dada relevância a ambas as partes, cada uma na sua contingência. O infrator não é tido como um marginal, mas sim, como um ser que não viu outra solução para a sua vida e para o seu desespero senão o crime. A vítima, por seu turno, tem vez e voz. Ela é ouvida, compreendida, passando a ser a chave fundamental na restauração do dano que foi cometido contra si.

Porém, sabe-se que o Brasil é um país extremamente conservador e tradicionalista. As nossas leis, embora algumas de conteúdo moderno, ainda são retrógradas, burocráticas, o que impede e prende a atuação do profissional do Direito. Aliado a isso, se encontra uma cultura punitiva e um corpo de profissionais não tecnicamente preparado e desinformado desse novo sistema.

Sem dúvidas, é um trabalho encantador e de grande valia se bem aplicado e direcionado. De nada adianta um investimento do governo na adoção do sistema restaurativo sem um suporte teórico e fático. De nada adianta a mera elaboração de uma lei permitindo a instauração do sistema,



sem que a sociedade de um modo geral e os operadores do direito estejam dispostos a aceitá-lo. Bem como não adianta uma cópia dos modelos implementados nos outros países, sem que haja uma adequação à cultura brasileira.

Entretanto, de qualquer forma, os primeiros pequenos passos que estão sendo dados merecem aplausos e, de outro lado, uma análise profunda da forma utilizada, para que não seja um movimento como foi o da Lei 9.099/95, a qual foi criada para, em tese, se reduzir a população carcerária. O que, de fato, não ocorreu.

## 7 - REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin; GIMENES, Lindson. *Justiça Restaurativa - O Braço da Cultura de Paz na Justiça. Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa*, 1. Disponível em <<http://www.justicarestaurativa.com/projeto.htm>> . Acesso em : 04 set. 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Coletânea de Artigos Sobre Justiça Restaurativa*. Disponível em : <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em : 08 set. 2005.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: Uma teoria da Justiça Restaurativa*. Disponível em <[http://www.realjustice.org/library/paradigm\\_port.html](http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html)>. Acesso em : 04 set. 2005.

SCURO NETO, Pedro. Modelo de Justiça para o Século XXI. *Revista da EMARF*, v. 6, p. 215 a 232.

## PRINCÍPIO DA ANUALIDADE OU DA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

### X

## PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DO EXERCÍCIO

*Francisco Alves dos Santos Júnior*  
Ex-Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo. Ex-Procurador do Município de São Paulo. Graduado em Direito pela FADUSP (1979). Mestrado em Direito Público pela FDRUFPE. Professor da Faculdade de Direito da FAPE-Faculdade Pernambucana (UNIP). Professor Convidado da Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE. Juiz Federal, Titular da 2ª Vara-PE, desde 1988. Autor do livro: *Decadência e Prescrição no Direito Tributário do Brasil*: Rio de Janeiro; Renovar, 2001 e de inúmeros trabalhos publicados em jornais e revistas especializadas

### SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - ORIGENS. 3 - O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE. 4 - RESTABELECIMENTO DO PRINCÍPIO DA ANUALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. 5 - O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DO EXERCÍCIO. 6 - CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E DE INTERESSE DE CLASSE. 7 - CONTRIBUIÇÕES PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA. 8 - CLÁUSULA PÉTREA. 9 - EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 10 - CONCLUSÕES. 11 - REFERÊNCIAS

## 1- INTRODUÇÃO

Os princípios veiculam orientações jurídicas básicas, fundamentais, alicerçais, dirigidas aos legisladores e aos intérpretes do direito e por isso há quem diga que se caracterizam como pré-normas<sup>1</sup>.

Diferente é o pensamento de Eros Grau, atualmente Ministro do C. Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os princípios encontram-se latentes no ordenamento jurídico e o agente jurídico apenas o encontra e o “declara”, não significando essa “declaração” “que os princípios sejam anteriores e superiores ao direito positivo, mas, ao revés, que o intérprete-aplicador pesquisa e descobre os princípios já implícitos no ordenamento, de modo que apenas os ‘declara’ e não os “cria”.<sup>2</sup>

Na atualidade, há muitos princípios positivados nas Constituições e então deixam de ser meras orientações, transformando-se em regras obrigatórias. Todavia, alguns princípios são tão costumeiros e arraigados no direito constitucional-tributário que, caso, por cochilo do legislador constituinte não seja positivado na Carta Magna de determinado País, têm que ser observados, sob pena de total inversão da ordem natural das coisas, pois, por exemplo, ninguém irá recolher tributo, se capacidade tributária não tiver, ainda que o princípio da capacidade contributiva não esteja previsto na Constituição. A esse respeito, registra o jurista português Pedro Martínez que, na Constituição francesa de 1875, não havia previsão do princípio da legalidade, para instituição de tributos. Todavia, nunca se cobrou tributo naquele

<sup>1</sup> Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

<sup>2</sup> Conforme, SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen & Juris, 2001. p. 7.

País senão em virtude de lei. Lembra ainda esse autor que a Constituição do seu País (Portugal), de 1976, omitira-se quanto ao princípio do não confisco previsto nas Constituições anteriores, e nem por isso é de se admitir que esse princípio não terá que ser observado na instituição de tributos, porque os costumes jurídico-constitucionais não admitem tributos com efeito confiscatório. Aliás, nas Constituições brasileiras anteriores à ora vigente, que é de 1988 e já com quase meia centena de alterações, o princípio do não confisco não era previsto e sempre que os legisladores instituíram tributos com tal efeito o C. Supremo Tribunal Federal-STF brasileiro tratou de fazer as aparas necessárias, invocando esse princípio.

Na atual Constituição da República do Brasil, a maioria dos princípios aplicáveis ao campo tributário encontra-se em seção sob o sugestivo título de “Das Limitações do Poder de Tributar”, nos seus artigos 150 e 151, sem prejuízo de outros princípios consignados em outros dispositivos, como, por exemplo, o da capacidade econômica do Contribuinte, previsto no § 1º do seu art. 145, visto pela unanimidade da doutrina brasileira como princípio da capacidade contributiva. Ainda a título de exemplo, detectamos outros princípios gerais de direito tributário no art. 153, §§ 1º I (universalidade, generalidade, progressividade) e 3º I e II (respectivamente, seletividade em função da essencialidade e não cumulatividade do IPI), no art. 155, § 2º - I (não cumulatividade do ICMS), no art. 156, § 1º e art. 182, § 4º - II (progressividade do IPTU) e etc.

E por que são limitações ao poder de tributar? Ora, a Pessoa Jurídica de Direito Público, titular da competência constitucional para instituir o tributo, só poderá se utilizar

<sup>3</sup> MARTINEZ, Pedro Soares. *Direito Fiscal*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 103.

<sup>4</sup> *Ibid.*



## 1- INTRODUÇÃO

Os princípios veiculam orientações jurídicas básicas, fundamentais, alicerçais, dirigidas aos legisladores e aos intérpretes do direito e por isso há quem diga que se caracterizam como pré-normas<sup>1</sup>.

Diferente é o pensamento de Eros Grau, atualmente Ministro do C. Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os princípios encontram-se latentes no ordenamento jurídico e o agente jurídico apenas o encontra e o “declara”, não significando essa “declaração” “que os princípios sejam anteriores e superiores ao direito positivo, mas, ao revés, que o intérprete-aplicador pesquisa e descobre os princípios já implícitos no ordenamento, de modo que apenas os ‘declara’ e não os “cria”.<sup>2</sup>

Na atualidade, há muitos princípios positivados nas Constituições e então deixam de ser meras orientações, transformando-se em regras obrigatórias. Todavia, alguns princípios são tão costumeiros e arraigados no direito constitucional-tributário que, caso, por cochilo do legislador constituinte não seja positivado na Carta Magna de determinado País, têm que ser observados, sob pena de total inversão da ordem natural das coisas, pois, por exemplo, ninguém irá recolher tributo, se capacidade tributária não tiver, ainda que o princípio da capacidade contributiva não esteja previsto na Constituição. A esse respeito, registra o jurista português Pedro Martínez que, na Constituição francesa de 1875, não havia previsão do princípio da legalidade, para instituição de tributos. Todavia, nunca se cobrou tributo naquele

<sup>1</sup> Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

<sup>2</sup> Conforme, SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen & Juris, 2001. p. 7.

País senão em virtude de lei. Lembra ainda esse autor que a Constituição do seu País (Portugal), de 1976, omitira-se quanto ao princípio do não confisco previsto nas Constituições anteriores, e nem por isso é de se admitir que esse princípio não terá que ser observado na instituição de tributos, porque os costumes jurídico-constitucionais não admitem tributos com efeito confiscatório. Aliás, nas Constituições brasileiras anteriores à ora vigente, que é de 1988 e já com quase meia centena de alterações, o princípio do não confisco não era previsto e sempre que os legisladores instituíram tributos com tal efeito o C. Supremo Tribunal Federal-STF brasileiro tratou de fazer as aparas necessárias, invocando esse princípio.

Na atual Constituição da República do Brasil, a maioria dos princípios aplicáveis ao campo tributário encontra-se em seção sob o sugestivo título de “Das Limitações do Poder de Tributar”, nos seus artigos 150 e 151, sem prejuízo de outros princípios consignados em outros dispositivos, como, por exemplo, o da capacidade econômica do Contribuinte, previsto no § 1º do seu art. 145, visto pela unanimidade da doutrina brasileira como princípio da capacidade contributiva. Ainda a título de exemplo, detectamos outros princípios gerais de direito tributário no art. 153, §§ 1º I (universalidade, generalidade, progressividade) e 3º I e II (respectivamente, seletividade em função da essencialidade e não cumulatividade do IPI), no art. 155, § 2º - I (não cumulatividade do ICMS), no art. 156, § 1º e art. 182, § 4º - II (progressividade do IPTU) e etc.

E por que são limitações ao poder de tributar? Ora, a Pessoa Jurídica de Direito Público, titular da competência constitucional para instituir o tributo, só poderá se utilizar

<sup>3</sup> MARTINEZ, Pedro Soares. *Direito Fiscal*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 103.

<sup>4</sup> *Ibid.*



dessa competência se observar as regras principiológicas, sofrendo pois uma limitação no campo da instituição dos tributos.

Neste trabalho, interessam-nos os princípios gerais de direito tributário da **anualidade** e da **anterioridade** do exercício, os quais formam os denominados princípios da não surpresa, que se caracterizam por evitar que os contribuintes sejam surpreendidos com a repentina instituição de tributos<sup>5</sup>.

## 2 - ORIGENS

Alguns autores, como Yves Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos<sup>6</sup>, atribuem a origem do princípio da anualidade tributária à Carta Magna Libertatum da Inglaterra (1215). Todavia, embora nesse importante documento do direito constitucional tenha se originado indubitavelmente o princípio da legalidade, nele se obrigando o Rei João Sem Terra a só instituir tributo depois de autorização escrita do Conselho do Reino, exceto quando para arrecadar dinheiro para pagar o seu próprio resgate, formar o dote da sua filha e fazer do seu filho cavaleiro (art. 12), nela não encontrei nenhuma regra tratando do princípio da anualidade, tampouco da anterioridade do exercício. Aliás, os trechos que esses autores transcrevem, nas notas de rodapé 4 e 5 do livro onde fazem tal afirmação, nada há a respeito da anualidade, mas apenas da submissão do referido rei ao clero e barões de então, permitindo que estes seguissem com segurança, na forma que melhor lhes aprofesse, *verbis*: "and since we desire that they shall be enjoyed in their entirety, with lasting

<sup>5</sup> Nesse sentido, COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2002. p. 228.

<sup>6</sup> COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, s. d. v. 6. p. 159.

strength, for ever, we give and grant to the barons the following security".

No Brasil, o princípio da anualidade foi previsto na Constituição de 1824. Outorgada pelo Imperador D. Pedro II, na primeira Constituição Republicana de 1891, silenciado nas constituições da época do Estado Novo (Constituição de 1934 e na polaca de 1937), mas expressamente restabelecido no § 34 do art. 141 da democrática Constituição da República do Brasil de 1946<sup>7</sup>.

## 3 - O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE

O princípio da anualidade, como estruturado no dispositivo constitucional por último referido, estabelecia que qualquer tributo (com exceção da tarifa aduaneira e do imposto lançado por motivo de guerra) só poderia ser cobrado no exercício financeiro seguinte se, além de instituído por lei, tivesse sua receita previamente estimada na Lei do Orçamento Anual que, como se sabe, era e é feita no exercício financeiro anterior, para ser aplicada no exercício financeiro subsequente<sup>8</sup>, daí a denominação *anualidade*, e dessa forma evitavam-se tributos instituídos por lei nos últimos dias de determinado exercício financeiro, para cobrança nos primeiros dias do exercício financeiro subsequente. Era mais uma garantia que impedia, em pleno período das festas natalinas, surpresas desagradáveis para os contribuintes.

<sup>7</sup> "Constituição da República de 1946: "Art. 141 e § 34 - 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".

<sup>8</sup> A respeito dos prazos para aprovação da legislação orçamentária. v. o § 2º do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Tributárias da vigente Constituição da República do Brasil, de 1988.



Este princípio foi excluído do nosso Direito Constitucional Tributário por obra e graça (pasmem!) do C. Supremo Tribunal Federal-STF e quem melhor explica esse lamentável fato é Brandão Machado, advogado-jurista de São Paulo, no sem dúvida melhor trabalho que há no Brasil sobre *Repetição do Indébito Tributário*, *verbis*:

Como o nosso legislador – federal, estadual e municipal – não lograva aprovar projeto de lei tributária senão depois de aprovado o orçamento, inaplicável devia ser, no exercício seguinte, a lei que aumentasse ou criasse imposto. Superada uma fase de alternativas em sua jurisprudência, em que o Supremo ora acolhia a tese correta da inaplicabilidade da lei tributária, se não previamente aprovada pelo orçamento, ora perfilhava a tese contrária, acabou finalmente por firmar o entendimento depois resumido em sua Súmula 66 (*é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro*), adotando uma posição mais política, menos jurídica, diversa de como entendia a norma constitucional toda a nossa doutrina (cfr. por todos SOUZA, Rubens Gomes de. *Estudos de Direito Tributário*. São Paulo, 1950. p. 259) e grande número de nossos juízes.<sup>9</sup>

Como se vê, o C. Supremo Tribunal Federal-STF transformou o princípio da anualidade, pelo qual os entes tributantes tinham mais uma dificuldade à sua sanha arrecadadora, em mero princípio da anterioridade do exercício, a ser examinado a seguir, mas que, como veremos, torna bem mais fácil a vida desses entes.

<sup>9</sup> - MACHADO, Brandão. *Repetição do Indébito no Direito Tributário*. In: (org.) *Direito Tributário, Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 100.

#### 4 - RESTABELECIMENTO DO PRINCÍPIO DA ANUALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Há quem sustente que o princípio da anualidade foi restabelecido no § 2º do art. 165 da Constituição da República<sup>10</sup>, ora em vigor, o qual tem a seguinte redação:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, **disporá sobre as alterações na legislação tributária** e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (Negritei).

Como essa lei, a de diretrizes orçamentárias, novidade da Constituição da República de 1988, precederá a Lei do Orçamento Anual e traçará as diretrizes gerais que serão seguidas por esta, boa parte da doutrina vem sustentando que o princípio da anualidade foi restabelecido, pois quaisquer alterações na legislação tributária, entre as quais instituição e majoração de tributos, terão que ser previamente previstas, para aplicação no exercício financeiro seguinte.

No entanto, esse entendimento que, se vingasse, seria mais uma garantia para os contribuintes, não foi acolhido pelo C. Supremo Tribunal Federal-STF, quando do julgamento do ADC 1-1/DF, acima referida. Com efeito, embora o ministro relator do respectivo acórdão, ministro Moreira Alves, não tenha tocado no assunto, porque as partes dele

<sup>10</sup> Como, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra da Silva Martins. *Op. cit.*, p. 160.



Este princípio foi excluído do nosso Direito Constitucional Tributário por obra e graça (pasmem!) do C. Supremo Tribunal Federal-STF e quem melhor explica esse lamentável fato é Brandão Machado, advogado-jurista de São Paulo, no sem dúvida melhor trabalho que há no Brasil sobre *Repetição do Indébito Tributário*, *verbis*:

Como o nosso legislador - federal, estadual e municipal - não lograva aprovar projeto de lei tributária senão depois de aprovado o orçamento, inaplicável devia ser, no exercício seguinte, a lei que aumentasse ou criasse imposto. Superada uma fase de alternativas em sua jurisprudência, em que o Supremo ora acolhia a tese correta da inaplicabilidade da lei tributária, se não previamente aprovada pelo orçamento, ora perfilhava a tese contrária, acabou finalmente por firmar o entendimento depois resumido em sua Súmula 66 (*é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro*), adotando uma posição mais política, menos jurídica, diversa de como entendia a norma constitucional toda a nossa doutrina (cfr. por todos SOUZA, Rubens Gomes de. *Estudos de Direito Tributário*. São Paulo, 1950. p. 259) e grande número de nossos juízes.<sup>9</sup>

Como se vê, o C. Supremo Tribunal Federal-STF transformou o princípio da anualidade, pelo qual os entes tributantes tinham mais uma dificuldade à sua sanha arrecadadora, em mero princípio da anterioridade do exercício, a ser examinado a seguir, mas que, como veremos, torna bem mais fácil a vida desses entes.

<sup>9</sup> - MACHADO, Brandão. *Repetição do Indébito no Direito Tributário*. In: (org.) *Direito Tributário, Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 100.

#### 4 - RESTABELECIMENTO DO PRINCÍPIO DA ANUALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Há quem sustente que o princípio da anualidade foi restabelecido no § 2º do art. 165 da Constituição da República<sup>10</sup>, ora em vigor, o qual tem a seguinte redação:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (Negritei).

Como essa lei, a de diretrizes orçamentárias, novidade da Constituição da República de 1988, precederá a Lei do Orçamento Anual e traçará as diretrizes gerais que serão seguidas por esta, boa parte da doutrina vem sustentando que o princípio da anualidade foi restabelecido, pois quaisquer alterações na legislação tributária, entre as quais instituição e majoração de tributos, terão que ser previamente previstas, para aplicação no exercício financeiro seguinte.

No entanto, esse entendimento que, se vingasse, seria mais uma garantia para os contribuintes, não foi acolhido pelo C. Supremo Tribunal Federal-STF, quando do julgamento do ADC 1-1/DF, acima referida. Com efeito, embora o ministro relator do respectivo acórdão, ministro Moreira Alves, não tenha tocado no assunto, porque as partes dele

<sup>10</sup> Como, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra da Silva Martins. *Op. cit.*, p. 160.



não trataram, o ministro Carlos Velloso fez consignar no seu voto um tópico a seu respeito, informando que assim o fez porque teria recebido memoriais de tributaristas dele tratando e adotou a tese de que o referido restabelecimento não teria ocorrido, pois se isso fosse verdadeiro o princípio da anterioridade ter-se-ia tomado inócuo, de forma que haveria de prevalecer apenas este.

A jurista de Minas Gerais Prof. Misabel Abreu Machado Derzi sustenta ter sido esse princípio mantido “em sentido diferente, não mais como prévia autorização orçamentária, porém como expressão de: 1) marco temporal imposto, expressamente, ao legislador financeiro na fixação do exercício; 2) marco temporal imposto ao legislador tributário para eficácia e aplicação das leis tributárias que instituem ou majoram tributo, graças ao princípio da anterioridade; 3) marco temporal imposto, implicitamente, ao legislador tributário na periodização dos impostos incidentes sobre a renda e o patrimônio; e 4) previsão das alterações na legislação tributária pela notícia, contida na lei de diretrizes orçamentárias.”<sup>11</sup>

Como que aceitando a tese do restabelecimento do princípio da anualidade no referido § 2º do art. 165 da Constituição da República, o legislador ordinário federal sempre tem colocado um dispositivo nas leis anuais de diretrizes orçamentárias, fazendo previsão sobre as possíveis alterações da legislação tributária para o exercício subsequente, como, por exemplo, consta do art. 96 da Lei nº 10.934, de 11.08.2004, lei essa que dispôs sobre as diretrizes, para elaboração da lei orçamentária de 2005. Nesse dispositivo há regras, estabelecendo que deveriam constar da respectiva Lei do Orçamento Anual da União para o exercício de 2005,

<sup>11</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALLEEIRO. Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96 (final da Nota 6, na qualidade de atualizadora dessa obra).

que lhe precederia, estimativa da receita (o que concretizaria a denominada prévia autorização orçamentária) de eventuais tributos novos ou de aumentos de tributos ocorridos no ano de 2004, bem como regras dirigidas ao Poder Executivo quanto à eventual necessidade de eliminação das respectivas dotações orçamentárias (despesas) no exercício de 2005, caso os novos tributos ou aumentos de tributos em expectativa no ano de 2004 não vingassem após a aprovação da Lei do Orçamento Anual para 2005.

Ante esse comportamento do legislador ordinário e a clareza do texto do § 2º do art. 165 da Constituição da República, quer me parecer que o princípio da anualidade, para o campo tributário<sup>12</sup>, foi definitivamente restabelecido.

*Data máxima venia* do Ministro Carlos Velloso, do C. Supremo Tribunal Federal-STF, esse restabelecimento não torna inócuo o princípio da anterioridade do exercício, mas apenas fortifica as garantias constitucionais dos contribuintes, pois com a existência dos dois princípios a lei tributária que venha a criar ou majorar tributo terá que ser: a) previamente prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias (§ 2º do art. 165 Constituição da República), lei esta que pela Constituição atual terá que ser aprovada até o último de junho de cada ano (inciso 11 do § 2º do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República); b) publicada no exercício anterior (art. 150, III, b da Constituição da República); c) e só poderá ser aplicada 90 (noventa) dias após sua publicação (art. 150, III, c da

<sup>12</sup> Na área do Direito Financeiro, não há dúvida que ele nunca deixou de existir, não obstante a existência da Lei do Plano Plurianual para período correspondente ao tempo do mandato do Presidente da República, atualmente, 04 (quatro) anos, pois o exercício financeiro continua sendo anual (art. 34 da Lei nº 4.320, de 1964), o fluxo de verbas é fixado na Lei do Orçamento Anual, os controles e o balanço público também observam o período anual.



não trataram, o ministro Carlos Velloso fez consignar no seu voto um tópico a seu respeito, informando que assim o fez porque teria recebido memoriais de tributaristas dele tratando e adotou a tese de que o referido restabelecimento não teria ocorrido, pois se isso fosse verdadeiro o princípio da anterioridade ter-se-ia tomado inócuo, de forma que haveria de prevalecer apenas este.

A jurista de Minas Gerais Prof. Misabel Abreu Machado Derzi sustenta ter sido esse princípio mantido "em sentido diferente, não mais como prévia autorização orçamentária, porém como expressão de: 1) marco temporal imposto, expressamente, ao legislador financeiro na fixação do exercício; 2) marco temporal imposto ao legislador tributário para eficácia e aplicação das leis tributárias que instituem ou majoram tributo, graças ao princípio da anterioridade; 3) marco temporal imposto, implicitamente, ao legislador tributário na periodização dos impostos incidentes sobre a renda e o patrimônio; e 4) previsão das alterações na legislação tributária pela notícia, contida na lei de diretrizes orçamentárias."<sup>11</sup>

Como que aceitando a tese do restabelecimento do princípio da anualidade no referido § 2º do art. 165 da Constituição da República, o legislador ordinário federal sempre tem colocado um dispositivo nas leis anuais de diretrizes orçamentárias, fazendo previsão sobre as possíveis alterações da legislação tributária para o exercício subsequente, como, por exemplo, consta do art. 96 da Lei nº 10.934, de 11.08.2004, lei essa que dispôs sobre as diretrizes, para elaboração da lei orçamentária de 2005. Nesse dispositivo há regras, estabelecendo que deveriam constar da respectiva Lei do Orçamento Anual da União para o exercício de 2005,

<sup>11</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALLEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96 (final da Nota 6, na qualidade de atualizadora dessa obra).

que lhe precederia, estimativa da receita (o que concretizaria a denominada prévia autorização orçamentária) de eventuais tributos novos ou de aumentos de tributos ocorridos no ano de 2004, bem como regras dirigidas ao Poder Executivo quanto à eventual necessidade de eliminação das respectivas dotações orçamentárias (despesas) no exercício de 2005, caso os novos tributos ou aumentos de tributos em expectativa no ano de 2004 não vingassem após a aprovação da Lei do Orçamento Anual para 2005.

Ante esse comportamento do legislador ordinário e a clareza do texto do § 2º do art. 165 da Constituição da República, quer me parecer que o princípio da anualidade, para o campo tributário<sup>12</sup>, foi definitivamente restabelecido.

*Data máxima venia* do Ministro Carlos Velloso, do C. Supremo Tribunal Federal-STF, esse restabelecimento não torna inócuo o princípio da anterioridade do exercício, mas apenas fortifica as garantias constitucionais dos contribuintes, pois com a existência dos dois princípios a lei tributária que venha a criar ou majorar tributo terá que ser: a) previamente prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias (§ 2º do art. 165 Constituição da República), lei esta que pela Constituição atual terá que ser aprovada até o último de junho de cada ano (inciso 11 do § 2º do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República); b) publicada no exercício anterior (art. 150, III, b da Constituição da República); c) e só poderá ser aplicada 90 (noventa) dias após sua publicação (art. 150, III, c da

<sup>12</sup> Na área do Direito Financeiro, não há dúvida que ele nunca deixou de existir, não obstante a existência da Lei do Plano Plurianual para período correspondente ao tempo do mandato do Presidente da República, atualmente, 04 (quatro) anos, pois o exercício financeiro continua sendo anual (art. 34 da Lei nº 4.320, de 1964), o fluxo de verbas é fixado na Lei do Orçamento Anual, os controles e o balanço público também observam o período anual.



Constituição da República, com redação da Emenda Constitucional nº 42, de 2003).

## 5 - O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DO EXERCÍCIO

O princípio da anterioridade do exercício exige apenas que a lei, instituidora ou majoradora de tributo, seja publicada no exercício anterior, de forma que o tributo instituído ou a parcela da majoração só possa ser exigido no exercício subsequente.

O § 29 do art. 150 da Constituição da República de 1967, que tinha redação quase idêntica à do § 34 do art. 141 da Constituição da República de 1946, foi deslocado pela Emenda 01 de 1969, para o § 29 do art. 153 da mesma Carta, e nessa oportunidade os militares, que então dirigiam o País com mão de ferro, aproveitaram-se do mencionado entendimento da nossa Suprema Corte e o incorporaram no texto da Constituição, transformando o princípio constitucional da anualidade em mero princípio da anterioridade do exercício. Mais tarde, pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977, os militares retiraram desse princípio o seu conteúdo constitucional, pois passaram a submetê-lo apenas à Lei Complementar, *verbis*:

§ 2 9 - Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, reessalvadas a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.

Com essa redação, esse princípio deixou de ter *statlls* constitucional, ou seja, não mais necessitava de alteração da própria Constituição para se arrolar algum tributo à sua margem, mas de mera lei complementar.

Na Constituição da República de 1988, ora em vigor, o princípio da anterioridade do exercício voltou a ser rigorosamente constitucional, ou seja, o rol dos tributos que a própria Constituição coloca à margem desse princípio não poderá ser alargado por lei complementar, como o permitiu a Emenda Constitucional nº 8, de 1977, à Constituição de 1967.

Eis o seu atual tratamento constitucional no Brasil:

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.”

A Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, fortificou este princípio, pois acrescentou a alínea “c” ao inciso III desse art. 150, com a seguinte redação:

c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea “b”.

Portanto, a partir dessa alínea, além de a lei ter que ser publicada no exercício anterior, só poderá ser aplicada após noventa dias da sua publicação, evitando, assim, as costumeiras majorações de tributos feitas nos últimos dias de dezembro e que entravam em vigor no primeiro de janeiro do exercício subsequente.



Portanto, alargou-se a garantia do contribuinte, vale dizer, deu-se-lhe um maior tempo para digerir a desagradável surpresa.

Registre-se, todavia, que esse alargamento das garantias dos contribuintes não se aplica aos tributos que já se encontravam arrolados na redação originária do § 1º do art. 150 da Constituição da República, com exceção do Imposto sobre Produtos Industrializados<sup>13</sup>, nem às alterações do Imposto de Renda e da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, conforme a nova redação (péssima, diga-se de passagem) dada a esse parágrafo por essa Emenda Constitucional nº 42, de 2003.

Eis a confusa nova redação desse dispositivo constitucional, após a Emenda Constitucional nº 42, de 2003:

Art. 150 .....

§ 1º - A vedação do inciso 111. b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148. I. 153. I, II, IV e V; e art. 154-II, e a vedação do inciso 111, e, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, 11, 111 e V; e 154, 11, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Negritei).

## 6 - CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E DE INTERESSE DE CLASSE

Estas contribuições, previstas no art. 149 da Constituição da República, não são tidas como contribuições da

<sup>13</sup> Note-se que o inciso IV do art. 153 da Constituição da República, no qual está previsto o Imposto sobre Produtos Industrializados, não consta da segunda parte na nova redação do § 1º do art. 150 dessa Carta, após a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, transcrito na nota seguinte.

seguridade social. Logo, submetem-se ao princípio da anterioridade como acima visto, inclusive com observância do prazo de 90 (noventa) dias introduzido pela Emenda nº 42 de 2003.<sup>14</sup>

## 7 - CONTRIBUIÇÃO PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Como se sabe, depois que o C. Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a taxa de iluminação pública, que era cobrada pelos Municípios, estes conseguiram, via Congresso Nacional, alterar a Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002, que lhes outorgou competência e ao Distrito Federal para instituir e cobrar essa contribuição, que não é de seguridade social, tampouco de intervenção no domínio econômico ou de interesse de classe.

Essa nova contribuição submete-se ao princípio da anterioridade do exercício, acima analisado, por expressa determinação do art. 149-A da Constituição da República, onde ela está prevista.

## 8 - CLÁUSULA PÉTREA

O STF já decidiu que o princípio da anterioridade do exercício faz parte dos direitos individuais e por isso se encontra amparado pela cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República (ADIN nº 9393-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.03.1994. Ementário nº 1737-02), *verbis*:

<sup>14</sup> Exceto as contribuições de intervenção no domínio econômico previstas no § 4º do art. 177 da Constituição da República, acrescentado pela Emenda nº 33, de 2001, conforme demonstrado no item 3 do tópico "Exceções" abaixo.



Portanto, alargou-se a garantia do contribuinte, vale dizer, deu-se-lhe um maior tempo para digerir a desagradável surpresa.

Registre-se, todavia, que esse alargamento das garantias dos contribuintes não se aplica aos tributos que já se encontravam arrolados na redação originária do § 1º do art. 150 da Constituição da República, com exceção do Imposto sobre Produtos Industrializados<sup>13</sup>, nem às alterações do Imposto de Renda e da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, conforme a nova redação (péssima, diga-se de passagem) dada a esse parágrafo por essa Emenda Constitucional nº 42, de 2003.

Eis a confusa nova redação desse dispositivo constitucional, após a Emenda Constitucional nº 42, de 2003:

Art. 150 .....

§ 1º - A vedação do inciso 111. b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148. I, 153. I, II, IV e V; e art. 154-II, e a vedação do inciso 111, e, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, 11, 111 e V; e 154, 11, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Negritei).

## 6 - CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E DE INTERESSE DE CLASSE

Estas contribuições, previstas no art. 149 da Constituição da República, não são tidas como contribuições da

<sup>13</sup> Note-se que o inciso IV do art. 153 da Constituição da República, no qual está previsto o Imposto sobre Produtos Industrializados, não consta da segunda parte na nova redação do § 1º do art. 150 dessa Carta, após a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, transcrito na nota seguinte.

seguridade social. Logo, submetem-se ao princípio da anterioridade como acima visto, inclusive com observância do prazo de 90 (noventa) dias introduzido pela Emenda nº 42 de 2003.<sup>14</sup>

## 7 - CONTRIBUIÇÃO PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Como se sabe, depois que o C. Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a taxa de iluminação pública, que era cobrada pelos Municípios, estes conseguiram, via Congresso Nacional, alterar a Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002, que lhes outorgou competência e ao Distrito Federal para instituir e cobrar essa contribuição, que não é de seguridade social, tampouco de intervenção no domínio econômico ou de interesse de classe.

Essa nova contribuição submete-se ao princípio da anterioridade do exercício, acima analisado, por expressa determinação do art. 149-A da Constituição da República, onde ela está prevista.

## 8 - CLÁUSULA PÉTREA

O STF já decidiu que o princípio da anterioridade do exercício faz parte dos direitos individuais e por isso se encontra amparado pela cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República (ADIN nº 9393-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.03.1994. Ementário nº 1737-02), *verbis*:

<sup>14</sup> Exceto as contribuições de intervenção no domínio econômico previstas no § 4º do art. 177 da Constituição da República, acrescentado pela Emenda nº 33, de 2001, conforme demonstrado no item 3 do tópico "Exceções" abaixo.

EMENTA: – Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF.

Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal.

I. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102. I. “a”, da C.F.).

II. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, \* 2º. art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição);

2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I. e art. 150, VI, “a”. da CF);

3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150. VI) sobre:

“b) templos de qualquer culto:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”. (Negritei).

Assim sendo, qualquer alteração por emenda constitucional que vise diminuir o alcance desse princípio será considerada inconstitucional. Como veremos abaixo, no item “2” do tópico “Exceções”, temos atualmente um caso que incide nesse tipo de inconstitucionalidade.

## 9 - EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

1. O legislador constituinte originário colocou à margem deste princípio tributos que têm forte carga de extrafiscalidade ou, no mínimo, em que esta carga supera a liscalidade.

Realmente, no texto originário da vigente Constituição da República, o § 1º do seu art. 150 estabeleceu que não se submetem a este princípio o Imposto de Importação sobre produtos estrangeiros, o Imposto de Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, o Imposto sobre Produtos Industrializados, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativos a Títulos ou Valores Mobiliários, previstos, respectivamente, nos incisos I, II, IV e V da Constituição da República, bem como o Imposto Extraordinário previsto no inciso II do art. 154 da mesma Carta. Também não ficou submetido a esse princípio o Empréstimo Compulsório previsto no inciso I do art. 148 da referida Carta, entendimento esse decorrente do final do inciso II desse mesmo dispositivo que, ao tratar de



outra modalidade de Empréstimo Compulsório, estabeleceu que esta ficava submetida a tal princípio, logo, aquela não.

Os quatro primeiros impostos são fortemente extrafiscais, porque têm por finalidade ser utilizados para resolução de problemas econômicos, sociais, industriais, comerciais, financeiros e etc., ou seja, o Governo não os utiliza como forma de aumentar ou pelo menos tornar estável a arrecadação tributária, mas sim para diversos fins, como, por exemplo, incentivar a produção de determinados produtos no Brasil, por exemplo, diminuindo a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados e paralelamente aumentando a alíquota do Imposto de Importação do similar estrangeiro, ou então, outro exemplo, diminuindo ou eliminando a alíquota do Imposto sobre Operações Financeiras para o capital estrangeiro que seja introduzido no País para fins de investimento e ao mesmo tempo aumentando a alíquota desse imposto para o capital meramente especulativo, resolvendo assim, respectivamente, problemas econômico-industriais e econômico-financeiros.

Quanto ao Imposto Extraordinário (art. 154-11 da CR), é visível a necessidade de não submetê-lo a esse princípio, em face da urgência da necessidade de arrecadação das respectivas receitas, para aplicação no preparo para iminente guerra externa ou para fazer frente às despesas de guerra externa já em andamento. Idem com relação ao Empréstimo Compulsório previsto no inciso I do art. 148 da Constituição da República, necessário para a cobertura de despesas decorrentes de calamidade pública ou, novamente, de guerra externa ou sua iminência. Essas despesas, tipicamente extraordinárias, portanto imprevisíveis, inesperadas, daí não previstas no orçamento anual, não poderiam esperar o exercício subsequente, senão o Brasil poderia perder a guerra por falta de recursos ou não mais poderia resolver a calami-

dade pública então presente. Note-se que para a guerra externa ou sua iminência, a União poderá instituir o Imposto Extraordinário e simultaneamente o Empréstimo Compulsório do inciso I do art. 148 da Constituição da República, este por lei complementar, aquele por medida provisória ou por lei.

2. A Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.2001, colocou à margem desse princípio alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações-ICMS incidente sobre combustíveis e lubrificantes, que sejam restabelecidas por Convênio ICMS firmado pelos Estados e Distrito Federal, e o fez pela alínea "c" do § 4º que acrescentou ao art. 155 da Constituição da República, *verbis*:

§ 4º - Na hipótese do inciso XII, h, observa-se a seguinte:

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g. observando-se o seguinte:

e - poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b".

À luz do entendimento do C. Tribunal Federal, consignado no v. acórdão da ADIn por último referida, quer nos parecer que essa regra introduzida pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001, é inconstitucional, porque contraria a cláusula pétrea do inciso IV do 4º do art. 60 da Constituição da República, posto que a fixação das alíquotas do imposto ali tratado ficará à margem do princípio da legalidade e do princípio da anterioridade do exercício.



outra modalidade de Empréstimo Compulsório, estabeleceu que esta ficava submetida a tal princípio, logo, aquela não.

Os quatro primeiros impostos são fortemente extrafiscais, porque têm por finalidade ser utilizados para resolução de problemas econômicos, sociais, industriais, comerciais, financeiros e etc., ou seja, o Governo não os utiliza como forma de aumentar ou pelo menos tornar estável a arrecadação tributária, mas sim para diversos fins, como, por exemplo, incentivar a produção de determinados produtos no Brasil, por exemplo, diminuindo a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados e paralelamente aumentando a alíquota do Imposto de Importação do similar estrangeiro, ou então, outro exemplo, diminuindo ou eliminando a alíquota do Imposto sobre Operações Financeiras para o capital estrangeiro que seja introduzido no País para fins de investimento e ao mesmo tempo aumentando a alíquota desse imposto para o capital meramente especulativo, resolvendo assim, respectivamente, problemas econômico-industriais e econômico-financeiros.

Quanto ao Imposto Extraordinário (art. 154-11 da CR), é visível a necessidade de não submetê-lo a esse princípio, em face da urgência da necessidade de arrecadação das respectivas receitas, para aplicação no preparo para iminente guerra externa ou para fazer frente às despesas de guerra externa já em andamento. Idem com relação ao Empréstimo Compulsório previsto no inciso I do art. 148 da Constituição da República, necessário para a cobertura de despesas decorrentes de calamidade pública ou, novamente, de guerra externa ou sua iminência. Essas despesas, tipicamente extraordinárias, portanto imprevisíveis, inesperadas, daí não previstas no orçamento anual, não poderiam esperar o exercício subsequente, senão o Brasil poderia perder a guerra por falta de recursos ou não mais poderia resolver a calami-

dade pública então presente. Note-se que para a guerra externa ou sua iminência, a União poderá instituir o Imposto Extraordinário e simultaneamente o Empréstimo Compulsório do inciso I do art. 148 da Constituição da República, este por lei complementar, aquele por medida provisória ou por lei.

2. A Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.2001, colocou à margem desse princípio alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações-ICMS incidente sobre combustíveis e lubrificantes, que sejam restabelecidas por Convênio ICMS firmado pelos Estados e Distrito Federal, e o fez pela alínea "c" do § 4º que acrescentou ao art. 155 da Constituição da República, *verbis*:

§ 4º - Na hipótese do inciso XII, h, observa-se a o seguinte:

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g. observando-se o seguinte:

e - poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b".

À luz do entendimento do C. Tribunal Federal, consignado no v. acórdão da ADIn por último referida, quer nos parecer que essa regra introduzida pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001, é inconstitucional, porque contraria a cláusula pétrea do inciso IV do 4º do art. 60 da Constituição da República, posto que a fixação das alíquotas do imposto ali tratado ficará à margem do princípio da legalidade e do princípio da anterioridade do exercício.



3. A Emenda Constitucional, referida no item anterior, também acrescentou ao art. 177 da Constituição da República o § 4º, dando competência à União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico sobre as atividades de importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. No inciso I desse § 4º deu-se competência ao Poder Executivo para reduzir ou restabelecer as alíquotas dessa contribuição, sem submissão ao princípio da anterioridade do exercício, conforme consta da alínea "b" do inciso I desse § 4º.

Essa regra, quanto ao restabelecimento da alíquota pelo Poder Executivo, sem observância do princípio da anterioridade do exercício, não nos parece ferir a cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República, porque o Poder Executivo apenas observará limites mínimos e máximos já previamente fixados em lei.

No entanto, caso a lei aumente o limite máximo da alíquota, aí sim terá que observar o princípio da anterioridade do exercício.

4. Também não se submetem ao princípio constitucional da anterioridade do exercício a lei que revoga isenção de tributos que não incidem sobre renda e patrimônio, como, por exemplo, leis revogadoras de isenções do ICMS (contrário senso do inciso III do art. 104 do CTN e Súmula 615 do STF)<sup>15</sup>.

5. O C. Supremo Tribunal Federal decidiu que não se submete a este princípio lei tributária que altere o índice de correção monetária, *verbis*:

<sup>15</sup> Súmula 615 - O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.

A utilização da UFIR para a correção monetária da contribuição previdenciária, instituída pela Lei n° 8.383/91, não se sujeita ao princípio da anterioridade (CF. art. 195. § 6º), uma vez que houve apenas a substituição do indexador anteriormente utilizado por outro fator de correção monetária, não havendo, portanto, modificação substancial desta contribuição de modo a justificar a exigência do prazo de 90 dias para sua entrada em vigor. RE 201.618-RS (DJU DE 01.08.1997). RE 236.472-PE, Rel. Min. ILMAR GALVÃO. EM 29.06.1999 informativo STF n° 155, de 04.09.1999. p. 2.

Mencionado entendimento do C. STF está de acordo com o § 2º do art. 97 do CTN, que estabelece não haver necessidade de lei à atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo do tributo.

E explica-se pelo fato de que correção monetária não aumenta tributo, apenas repõe o poder aquisitivo da moeda.

6. Também a data do recolhimento do tributo, segundo o C. Supremo Tribunal Federal, não se submete a este princípio. No julgamento dos RE's 228.796-SC e 240.266-PR. Rel. Originário Min. Marco Aurélio e para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, em 22.9.199, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a simples alteração da data do recolhimento da Contribuição PIS-PASEP, como a veiculada na Lei n° 8.218/91, não se sujeita ao princípio da anterioridade de 90 dias, fixado no § 6º do art. 195 da Constituição da República (vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que entendia que mencionada regra constitucional aplicava-se não apenas na instituição das contribuições ali tratadas, mas também nas alterações do prazo para recolhimento)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Informativo STF n° 163, set. de 1999, p. 1.



A nosso sentir, caso a data do recolhimento do tributo seja reduzida ou antecipada para data mais próxima, embora não represente aumento direto do tributo, corresponde a aumento do encargo tributário do contribuinte, pelo que deveria a respectiva regra ser submetida a este princípio.

7. O Imposto sobre Venda a Varejo de Combustíveis, imposto previsto na redação originária da Constituição da República de 1988 e revogado pelo Emenda Constitucional nº 3 de 1993, também ficou à margem desse princípio, conforme §§ 1º e 6º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dessa Carta.

A respeito desse assunto, decidiu o C. Supremo Tribunal Federal: "I. A instituição do Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos por lei municipal não ofende ao preceito constitucional inscrito no inciso III do art. 156, já que o artigo 34 § 1º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 determinou que a norma contida no texto permanente entraria em vigor com a sua promulgação, tendo o § 6º excepcionado o tributo do princípio da anterioridade. 2. O disposto no art. 156, § 4º, da Carta Federal vigente não afastava a competência do município para fixar a alíquota da exação enquanto não fosse editada lei complementar (ADCT. CF/88. art. 34, § 7º).<sup>17</sup>

8. As leis instituidoras ou majoradoras das contribuições da Seguridade Social, introduzidas no direito constitucional do Brasil pela Constituição da República de 1988, previstas no art. 195 dessa Constituição, submetem-se a uma anterioridade diferenciada, qual seja, só podem ser aplicadas noventa dias depois de publicadas, não importando se no exercício anterior ou se no mesmo exercício (conforme § 6º do art. 195 da Constituição da República).

<sup>17</sup> Informativo STF nº 165, de 13.10.1999, pág. 3.

O C. Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa anterioridade nonagesimal também se aplica à Contribuição PIS (referida no art. 239 da Constituição da República) e às Contribuições que os Estados e Municípios podem cobrar dos seus servidores, então previstas no Parágrafo Único do art. 149 da mesma Carta e hoje toma conta da Emenda Constitucional 33, de 2001, deslocadas para o § 1º desse mesmo artigo.<sup>18</sup> Afigura-se-me correto esse entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, porque tais contribuições são enquadráveis no largo leque da Seguridade Social.

## 11 - CONCLUSÕES

O C. Supremo Tribunal Federal patrocinou, antes da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, à Constituição da República de 1967, o fim do princípio constitucional da anualidade, transformando-o em princípio constitucional da anterioridade do exercício, como tal incorporado na referida Constituição da República pela mencionada Emenda Constitucional, diminuindo assim os princípios da não surpresa, ou seja, as garantias individuais dos contribuintes.

<sup>18</sup> RE 232. 896-3/PA. Plenário do STF, onde foram invocadas as ADIn. 1.617-MS. rel. Min. Octávio Gallotti. DJ de 15.08.1997. e ADIn 1.610-DF. Rel. Min. Sydney Sanches; e ainda o RE 221.856-PE. Rel. Min. Carlos Velloso. 2ª Turma). *Apud Despacho do Min. Marco Aurélio. nos autos do RE 260.874-2. publicado no DJ de 22.05.2000. nº 97. E, seção I. p. 15-16. O § 6º do art. 195 da Constituição da República (90 dias, aplicável também às Contribuições do § Único do art. 149 e à Contribuição PIS (RE 232. 896-3/PA. Plenário do STF, onde foram invocadas as ADIn. 1.617-MS, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 15.08.1997, e ADIn .1.610-DF. Rel. Min. Sydney Sanches; e ainda o RE 221856-PE. Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma) Apud Despacho do Min. Marco Aurélio, nos autos do RE 260.874-2, publicado no DJ de 22.05.2000, nº 97-E, seção I, p. 15-16.*



A Emenda Constitucional nº 8, de 1977, excluiu o caráter constitucional do princípio da anterioridade, pois permitiu, na nova redação que deu ao § 29 do art. 153 da Constituição da República de 1967, então vigente, que ele fosse alterado por mera lei complementar.

O caráter constitucional do princípio da anterioridade do exercício foi restabelecido na Constituição da República de 1988, onde está expressamente previsto na alínea "b" do inciso III do seu art. 150, tendo sido reforçado pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, que acrescentou ao referido inciso do art. 150 a alínea "c", pela qual a lei, instituidora ou majoradora de tributo, além de ter que ser publicada no exercício anterior, só poderá ser efetivamente aplicada noventa dias após a data da sua publicação, observadas das exceções arroladas no § 1º desse art. 150, com a nova redação que lhe deu essa Emenda Constitucional.

A exceção ao princípio constitucional da anterioridade do exercício, introduzida pela Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.2001, que colocou à margem desse princípio alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações-ICMS incidente sobre combustíveis e lubrificantes, que venham a ser restabelecidas por Convênio ICMS firmado pelos Estados e Distrito Federal, e fez acrescentando alínea "c" ao § 4º do art. 155 da Constituição da República, há de ser considerada inconstitucional, conforme entendimento do C. Supremo Tribunal Federal consignado no v. acórdão relativo à ADIN nº 9393-7/DF, cuja ementa foi acima transcrita, segundo o qual este princípio encontra-se agasalhado como cláusula pétrea no inciso IV do § 4º do art. 60 da vigente Constituição da República, posto que faz parte das garantias individuais pre-

vistas nessa Carta, de forma que não poderá ser reduzido ou excluído por Emenda Constitucional.

A regra da alínea "b" do inciso I do § 4º do art. 177 da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001, e que exclui do princípio da anterioridade do exercício restabelecimento de alíquota das contribuições nele previstas, a ser concretizado pelo Poder Executivo, não é inconstitucional, desde que a lei que institui as alíquotas observe esse princípio.

Não se submetem ao princípio da anterioridade as situações descritas nos itens do tópico "Exceções" do corpo deste trabalho, sendo duvidosa a constitucionalidade da exceção da alínea "c" do § 4º do art. 155 da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001, pelas razões acima aduzidas.

O princípio constitucional da anualidade, no sentido de que as leis que instituam ou majorem tributos só podem ser cobrados no exercício subsequente ao em que foram publicadas se também forem previstas nas Leis Orçamentárias, foi restabelecido, ressaltando-se que essa tese vem sendo adotada pelo Congresso Nacional, posto que, anualmente, nas Leis de Diretrizes Orçamentárias, tem constado dispositivo ou dispositivos tratando das alterações na tributária e até mesmo estabelecendo como o Poder Executivo deverá eliminar dotações orçamentárias (despesas) caso não se transforme em lei o projeto ou a medida provisória majoradora ou instituidora de tributo, que estava sendo discutida no ano em que a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento Anual foram elaboradas (a título de exemplo, v. artigo 96 da Lei nº 10.934, de 2004, Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2005).

## 12 - REFERÊNCIAS

## LIVROS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. v. 6.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público. Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACHADO, Brandão. **Repetição do Indébito no Direito Tributário**. In : MACHADO, Brandão (Coord.) **Direito Tributário, Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo : Saraiva, 1984.

MARTÍNEZ. Pedro Soares. **Direito Fiscal**. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SILVA, Femanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen & J uris, 2001.

## JURISPRUDÊNCIA

RE 232. 896-3/PA. Plenário do STF, onde foram invocadas as ADIn. 1.617-MS, rel. Min. Octávio Gallotti. DJ de 15.08.1997, c ADIn 1.610-DF, Rel. Min. Sydney Sanches; e ainda o RE 221.856-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Tur-

ma). *Apud* Despacho do Min. Marco Aurélio, nos autos do RE 260.874-2, publicado no DJ de 22.05.2000, nº 97-E, seção 1, p. 15-16. O § 60 do art. 195 da Constituição da República (90 dias, aplicável também às Contribuições do § Único do art. 149 e à Contribuição PIS(RE 232. 896-3/PA, Plenário do STF, onde foram invocadas as ADIn. 1.617-MS, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 15.08.1997. e ADIn 1.610-DF, Rel. Min. Sydney Sanches; e ainda. o RE 221.856-PE. Rel. Min. Carlos Velloso, 23 Turma). *Apud* Despacho do Min. Marco Aurélio. nos autos do RE 260.874-2, publicado no DJ de 22.05.2000, nº 97-E, seção I p. 15-16.

## CONSTITUIÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Saraiva de Legislação).

## LEIS

BRASIL. Lei nº 10.934, de 11 Agosto de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. de 2004. Edição extra.



## AGRAVO RETIDO COMO RECURSO REGRA<sup>1</sup>

*Frederico Ricardo de Almeida Neves*  
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Diretor do Centro de Estudos Judiciários, Professor da Universidade Católica de Pernambuco e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

O regime do agravo introduzido pela Lei n.º 9.139, de 30 de novembro de 1995, não surtiu os efeitos desejados. Mesmo após a edição da Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, com a qual ampliaram-se os poderes do desembargador relator para permitir a negativa de trânsito ao recurso ou a conversão do agravo de instrumento em agravo retido – isso no exercício isolado da competência monocrática – “... não se logrou, de modo efetivo, desobstruir a pauta das Cortes ordinárias do crescente número de agravos de instrumento, um dos principais fatores relacionados à morosidade do Poder Judiciário...”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Palestra proferida no V ENCONTRO REGIONAL ESMAPE, realizado no dia 25 de novembro de 2005, no Salão Gilberto Freire, do Atlante Plaza Hotel, Recife/PE.

<sup>2</sup> Parecer do Relator do Projeto de Lei do Senado n.º 137, de 2004, de autoria do eminente Senador Pedro Simon.

A Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005, altera, de modo significativo, as regras disciplinadoras do recurso interponível contra decisão interlocutória, entendida essa locução como o ato através do qual o juiz resolve questão incidente no curso do processo (artigo 162 § 2º CPC)<sup>3</sup>, isso com a alardeada finalidade de evitar a perpetuação das lides civis, a sobrecarga dos Tribunais de segunda instância e o enfraquecimento e desprestígio da figura do juiz da causa.<sup>4</sup>

Modificação de destaque é a que eleva o agravo retido à condição de recurso-regra, cabível contra as decisões interlocutórias (artigo 522, primeira parte), sendo certo que o manejo do agravo sob a forma de instrumento, com a edição do novo diploma legal, ficou agora restrito a três únicas hipóteses, a saber: (a) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (artigo 522, segunda parte)<sup>5</sup>

Retenha-se que a novel reforma contém, igualmente, explícita determinação – o legislador comunicou força imperativa ao preceito – no sentido de que o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, o que não ocorrerá apenas nos casos indicados nas letras a, b e c, acima

<sup>3</sup> Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Omissis. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

<sup>4</sup> Consulte-se a justificativa do eminente Senador Pedro Simon, autor do Projeto de Lei do Senado n.º 137, de 2004.

<sup>5</sup> “Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

referidos, de entre os quais sobreleva, pela sua inolvidável importância, o da decisão cuja execução imediata possa resultar numa lesão grave e dificilmente reparável.

Daí se infere, desde logo, que o legislador de 2005 lançou mão de um conceito jurídico indeterminado – lesão grave e de difícil reparação – que exigirá do Poder Judiciário um maior esforço de concentração no exame do caso concreto, por não permitir comunicação clara quanto ao seu conteúdo, por vaguidade<sup>6</sup>.

De fato, não se sabe o que é uma lesão grave e dificilmente reparável a justificar a adoção do agravo de instrumento. Penso, nada obstante, ser possível elencar algumas situações, com o intuito meramente exemplificativo, que permitirão a subida imediata da pretensão recursal, ante a necessidade urgente de uma pronta manifestação do órgão superior de jurisdição.

Veze sem conta, surgem hipóteses que compelem o relator a processar, imediatamente, o agravo de instrumento, vedada a conversibilidade em agravo retido. Tome-se, por exemplo, o ato judicial que decide sobre a incompetência absoluta do Juízo (artigo 113, § 2º, do CPC)<sup>7</sup>, em razão da indispensável, uma vez reconhecida, ineficacização dos atos decisórios praticados no processo.

<sup>6</sup> Ocorre a indeterminação por vaguidade quando o conceito “permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa”. Sobre conceito indeterminado, consulte-se, por todos, MENEZES CORDEIRO, Antônio. Da Boa Fé no Direito Civil, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, pág. 1177.

<sup>7</sup> Art. 113 § 2º - Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.



Outras situações de relevo impõem o trânsito imediato do agravo de instrumento perante o Tribunal *ad quem*. Pense-se na decisão que antecipa os efeitos da tutela perseguida na petição inicial, quando haja *periculum in mora* inverso<sup>8</sup>, à face da pronta exeqüibilidade da medida concedida (artigo 273, § 3º, do CPC)<sup>9</sup>; no pronunciamento que retira da mãe biológica a guarda da criança; no que permite levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea (artigo 588, inciso II, CPC); no que indefere pedido de autorização para expedição de guia de internamento com vista à realização de cirurgia, etc.

No §3º do artigo 523 do Código de Processo Civil, ficou estabelecido que, das interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, caberá agravo na forma retida, oralmente interposto, constando do respectivo termo, sucintamente, não apenas as razões recursais,<sup>10</sup> mas igualmente as contra-razões do agravado, isso de harmonia com o princípio da paridade de tratamento das partes no processo.

Avulta, por sua importância, a hipótese de a decisão proferida em audiência de instrução e julgamento poder acarretar lesão grave e dificilmente reparável para qualquer das partes litigantes. Como descabe, em casos do tipo, a interposição de agravo de instrumento – a lei somente admi-

<sup>8</sup> Que justifique o deferimento do efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Caso contrário, o agravo haverá de ficar retido.

<sup>9</sup> Art. 273 § 3º – A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

<sup>10</sup> Art. 523 § 3º – Das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

te o retido, sem a possibilidade de concessão de efeito suspensivo – restará ao interessado o manejo do remédio excepcional do mandado de segurança com vista ao obtenimento da suspensividade de que trata o artigo 558 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>

O parágrafo único do artigo 527<sup>12</sup> do Código de Processo Civil inspira-se, obviamente, no propósito de impedir a utilização de recurso contra a decisão do relator que (a) converter o agravo de instrumento em agravo retido; (b) atribuir efeito suspensivo ao recurso; e (c) deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

A inserção do aludido parágrafo único – forçoso é reconhecer – suscita algumas dificuldades, na medida em que a reforma da decisão do relator, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 527, de acordo com o novo regime (a vigorar a partir de 19 de janeiro de 2006), somente poderá ser levada a efeito no caso de reconsideração, ou, relativamente às matérias do inciso III, por ocasião do julgamento final do agravo de instrumento.

Tal construção mais se justifica, quando se tem em conta a total inutilidade da norma, se a reforma da decisão conversiva somente fosse admitida, como faz sugerir a letra

<sup>11</sup> A menos que os Tribunais pátrios – e é o que vivamente se espera – interpretando com temperamentos a regra estampada no § 3º do artigo 523 do Código de Processo Civil, venham a admitir, excepcionalmente, a via do agravo de instrumento, contra decisão proferida pelo juiz em audiência de instrução e julgamento, quando houver fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável.

<sup>12</sup> Art. 527 Parágrafo único – A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.



fria do texto, no julgamento do agravo retido, que, aliás, não se sabe sequer se existirá.

Por outro lado, em determinadas hipóteses, também não se deve excluir a possibilidade de a decisão monocrática do relator poder gerar lesão grave e de difícil reparação para aquele que suportar as conseqüências dela advenientes.

Põe-se a questão de saber qual o mecanismo a ser utilizado pela parte interessada, em casos que tais. Estou convicto de que a decisão do relator, exarada por quem atua na condição de porta voz do órgão colegiado – este, sim, Juízo natural<sup>13</sup> – pode e deve ser complementada ou integralizada, mediante provocação da parte interessada (princípio dispositivo), colhendo-se os pronunciamentos dos demais componentes da Corte de Justiça, o que poderá ser alcançado com o manejo do agravo do regimento (artigo 252 do RITJEPE), instrumento que tem por missão precípua, de acordo com o entendimento professado por E.D. Moniz de Aragão, “a integração do pensamento do Tribunal sempre que um de seus membros isoladamente pratique, em nome do colégio, ato a cujo respeito tenha a parte fundadas razões para acreditar que a corte não o endossaria”<sup>14</sup>.

Trancar a via de acesso ao colegiado, através do agravo do regimento, para ouvir os demais integrantes do órgão

<sup>13</sup> Para NERY JUNIOR, Nelson. “A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial” Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, Revista dos Tribunais, 7ª edição, págs. 66 e 67.

<sup>14</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Do Agravo Regimental. Revista de Direito Processual Civil, Saraiva S.A. Livreros – Editores, São Paulo, Vol. 2, Julho a Dezembro de 1960, pág. 71.

plúrimo, sobre a decisão monocrática do relator, revelar-se-ia uma postergação inocultável do princípio do Juízo Natural, de dignidade constitucional.

Objetar-se-á que, tal proposição, não se afeiçoa ao espírito da nova lei. No entanto, inadmitir o agravo do regimento, na espécie, dará ensanchas à impetração indesejável, mas, em certas situações, inevitável, da ação autônoma de impugnação do mandado de segurança, para impedir ou fazer cessar violação a eventual direito líquido e certo.

Quer isso dizer que, entre processar o agravo do regimento (basta o relator apresentá-lo em mesa na sessão seguinte do órgão colegiado competente, sem a necessidade de inclusão em pauta de julgamento), e processar o mandado de segurança (com indispensável notificação para o oferecimento de informações, citação do litisconsorte necessário para a defesa, e vista para o pronunciamento do órgão ministerial, com obrigatória inclusão em pauta de julgamento), a primeira solução mostra-se mais rápida e, por isso mesmo, adequada e consentânea com o princípio da efetividade do processo.<sup>15</sup>

Ponto interessante que, outrossim, está a merecer uma consideração especial, consiste em saber se o relator que determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido ficará vinculado ao futuro recurso de apelação, em cuja sede, como preliminar, desde que haja reiteração explícita, será enfrentada a matéria posta no agravo retido.

<sup>15</sup> Para o caso de eventual lesão grave e de difícil reparação, resultante da decisão do relator, concebe-se uma de duas soluções: (a) a do agravo do regimento; ou (b) a do mandado de segurança, revelando-se a primeira mais frutífera.



A resposta deve ser afirmativa. Isso porque, com a simples distribuição do agravo de instrumento, perpetua-se a competência do órgão jurisdicional superior para conhecer (se for o caso), processar e julgar o recurso. A circunstância de o relator – para o qual foi distribuído – haver convertido o agravo de instrumento em agravo retido, não o desvincula do recurso, porquanto, ao optar pela conversão, apenas protraiu ou diferiu o reexame da decisão interlocutória submetida ao voluntário crivo da revisão.

Nunca é demais relembrar, para concluir, que, de acordo com o comando contido no artigo 70 do Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, a distribuição vinculará ao feito o relator sorteado, tornando prevento, de consequente, para o julgamento da apelação, como é de evidência palmar, o órgão colegiado fracionário a que pertence. *Aliter* se o agravante não reiterar, às expressas, nas razões ou na resposta da apelação, na forma preconizada no § 1º do artigo 523<sup>16</sup> do Código de Processo Civil, o julgamento do agravo transmudado em retido pelo Tribunal, caso em que a distribuição do apelo será feita aleatoriamente<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Art. 523 § 1º – Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal”.

<sup>17</sup> Se, porventura, o apelo for distribuído ao relator vinculado, sem que tenha havido pedido expresso do agravante para a apreciação do agravo retido pelo Tribunal, o julgador, deixando consignada a ausência de reiteração, determinará a redistribuição aleatória do feito recursal.

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

*Gustavo Ferreira Santos*

Professor de Direito Constitucional nos Bacharelados em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e de “Teoria dos Direitos Fundamentais” no Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Procurador Judicial do Município do Recife

Apesar do papel de destaque que a constituição conhece nos nossos tempos, ainda é possível localizar na doutrina críticas ao seu papel e, especialmente, à legitimidade da rigidez e das chamadas cláusulas pétreas. Nesse contexto, as maiores críticas fundam-se em argumentos valorizadores da democracia que, à medida que determinadas matérias são consideradas de alteração proibida ou dificultada, vê minguar o conjunto de matérias colocadas a debate.

Neste trabalho, refletimos sobre alguns aspectos do problema da conceituação e do papel da constituição no contexto do chamado Estado constitucional. Em especial, enfatizamos a tensão verificada na relação entre as necessida-

A resposta deve ser afirmativa. Isso porque, com a simples distribuição do agravo de instrumento, perpetua-se a competência do órgão jurisdicional superior para conhecer (se for o caso), processar e julgar o recurso. A circunstância de o relator - para o qual foi distribuído - haver convertido o agravo de instrumento em agravo retido, não o desvincula do recurso, porquanto, ao optar pela conversão, apenas protraiu ou diferiu o reexame da decisão interlocutória submetida ao voluntário crivo da revisão.

Nunca é demais lembrar, para concluir, que, de acordo com o comando contido no artigo 70 do Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, a distribuição vinculará ao feito o relator sorteado, tornando preventivo, de conseguinte, para o julgamento da apelação, como é de evidência palmar, o órgão colegiado fracionário a que pertence. *Aliter* se o agravante não reiterar, às expressas, nas razões ou na resposta da apelação, na forma preconizada no § 1º do artigo 523<sup>16</sup> do Código de Processo Civil, o julgamento do agravo transmudado em retido pelo Tribunal, caso em que a distribuição do apelo será feita aleatoriamente<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Art. 523 § 1º - Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal".

<sup>17</sup> Se, porventura, o apelo for distribuído ao relator vinculado, sem que tenha havido pedido expresso do agravante para a apreciação do agravo retido pelo Tribunal, o julgador, deixando consignada a ausência de reiteração, determinará a redistribuição aleatória do feito recursal.

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

**Gustavo Ferreira Santos**

Professor de Direito Constitucional nos Bacharelados em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e de "Teoria dos Direitos Fundamentais" no Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Procurador Judicial do Município do Recife

Apesar do papel de destaque que a constituição conhece nos nossos tempos, ainda é possível localizar na doutrina críticas ao seu papel e, especialmente, à legitimidade da rigidez e das chamadas cláusulas pétreas. Nesse contexto, as maiores críticas fundam-se em argumentos valorizadores da democracia que, à medida que determinadas matérias são consideradas de alteração proibida ou dificultada, vê minguar o conjunto de matérias colocadas a debate.

Neste trabalho, refletimos sobre alguns aspectos do problema da conceituação e do papel da constituição no contexto do chamado Estado constitucional. Em especial, enfatizamos a tensão verificada na relação entre as necessida-



des permanência e mudança, justificáveis na própria constituição.

## I

O termo constituição pode ser usado nos mais diversos contextos. Falamos em constituição física de uma pessoa para expressar sua estrutura. Mencionamos constituição de uma empresa quando queremos tratar de seu ato fundador. Mesmo especificando que o uso que se faz é eminentemente jurídico, restam, ainda, diversos significados atribuíveis ao termo. Portanto, necessário se faz analisar as acepções que a doutrina admite. Em especial, estudos deste tipo, que cuidam de elementos da herança do constitucionalismo, pedem que sejam esclarecidos os limites do uso do conceito.

Em Canotilho encontramos uma passagem que expressa de forma condensada três perspectivas a partir das quais o conceito de constituição pode ser apreendido:

*Todos os países (quaisquer grupos sociais organizados) têm uma constituição; mas nem todos os países têm um documento escrito chamado constituição; e nem todos os que têm um documento constitucional possuem uma constituição filtrada pela idéia de constitucionalismo.*

Nessa fórmula estão contidos três pontos de vista sobre a constituição. Um primeiro conceito diz respeito à forma de ser de uma sociedade política, sendo, portanto, exclusivamente material. Um segundo conceito trata da constituição-documento, ou seja, toma a constituição como forma. Enquanto um terceiro sentido de constituição agrega elementos formais e elementos materiais.

No primeiro sentido, todos os países têm constituição, independentemente do lugar e do tempo. Quando, em sua "Política", Aristóteles falava em constituições das cidades-estado gregas, era com um significado próximo dessa acepção que ele tomava o termo: a forma de funcionamento de uma associação política, estejam as instituições reduzidas ou não a documentos.

Assim, independentemente de ser ela reduzida à palavra escrita, ela pode ser apreendida na observação das relações concretas desenvolvidas pelas pessoas e grupos que exercem ou disputam o poder político. A crítica à constituição-norma, geralmente fundada em conceitos sociológicos, parte desse ponto de vista de constituição.

Lassale, por exemplo, quando diz que a constituição é a soma dos fatores reais de poder, tem em mente a correlação de forças entre as classes sociais, sendo a constituição mero reflexo de tais relações. Charles Beard, quando, nos Estados Unidos, fez uma análise das determinantes econômicas da constituição do país pensava na constituição como o acordo dos diversos interesses que dominavam a economia.

O segundo sentido de constituição diz respeito à constituição escrita. Segundo o já citado ensaio de Lassale, não é a constituição que é um fenômeno típico da modernidade, mas sim a constituição escrita. Nessa conhecida afirmação, a constituição está claramente sendo tomada no segundo dos sentidos aqui comentados, ou seja, como o documento no qual são identificadas as instituições de um Estado. Porém, essa constituição escrita passa a ser instrumento essencial para os Estados que decorrem das revoluções burguesas.



É possível que um país tenha a constituição escrita mesmo que essa constituição não exerça concretamente as funções de contenção do poder, funções típicas de sistemas influenciados pelo constitucionalismo. Países como a China<sup>1</sup> ou países do Oriente Médio, apesar de inseridos em outra tradição jurídica, têm documentos constitucionais<sup>2</sup>.

O último dos sentidos remete a idéia de constituição a uma dimensão material. Ela não é a pura forma de existir de um Estado, nem é qualquer documento que assuma o nome de constituição. Para ser assim considerada, deve trazer uma evidente carga hereditária do constitucionalismo, contendo o poder e garantindo autonomia aos membros da sociedade.

Como sabemos, o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa diz não ter uma constituição o país que não divide poderes e nem declara direitos. Essa é a imagem da constituição segundo o constitucionalismo liberal: um instrumento de contenção do poder. O dispositivo, também, delimita um campo material que estaria na essência da constituição, seja para liberais que veem a constituição como instrumento de limite do Estado, seja para outros pensadores que incluem outras tantas matérias na sua visão de constituição.

<sup>1</sup> Cf. <http://www.imprensa.macao.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>.

<sup>2</sup> "As monarquias tradicionais da Ásia e do Pacífico (Arábia Saudita, Nepal, Brunei, Tonga, até há alguns anos Etiópia e Irão) caracterizam-se por: a) ausência de uma constituição formal; b) subsistência do princípio da legitimidade monárquica, indissociável de uma base religiosa; c) regime de união do Estado com a comunidade religiosa; d) domínio pleno pelo monarca de todo o processo político, com um ou outro mecanismo de autolimitação; d) autoritarismo conservador" MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo I, p. 222.

É este conceito que habita o imaginário dos juristas e que aparece na política. A determinação racional dos princípios que regem o destino político da comunidade, consagrando direitos humanos, atribuindo funções a determinados órgãos e criando controles para o poder é que pode ser destacado como característica da constituição que se vem construindo no Ocidente desde os fins do século XVIII<sup>3</sup>.

O tamanho do texto refletirá evidentemente a específica situação da sociedade que adota um novo parâmetro constitucional. O povo dos Estados Unidos da América, no nascimento da constituição, não necessitava e não desejava ter um amplo texto. Os principais problemas que queriam desde já equacionar giravam em torno do pacto federativo, núcleo do texto originário. Optaram por construir um texto com abertura suficiente para o futuro. No Brasil, em 1987 e 1988, pairava um clima de desconfiança em relação à lei e ao Executivo, muitos agentes consideravam fundamental garantir suas posições jurídicas já no texto da constituição. Os resultados das duas experiências, como se sabe, são totalmente diferentes, com um texto mais enxuto nos Estados Unidos, repleto de princípios, e um texto mais detalhista, no Brasil, com um excessivo número de regras.

Porém, independentemente da opção por mais ou por menos constituição, mesmo destacando que o conteúdo herdado do constitucionalismo é essencial, é necessário reconhecer que, na prática das instituições, o conceito formal<sup>4</sup> de constituição adquire papel central. Não importa,

<sup>3</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do estado*, p. 321.

<sup>4</sup> "Constituição formal como 'certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas'" KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 130.



para efeito de observância das ordens contidas na Constituição, se a matéria objeto da norma está ou não está naquilo que os autores entendem ser materialmente constitucional. O que importa é que no exercício do poder constituinte tenha sido incluída aquela norma naquilo que será para a sociedade sua constituição.

As prefaladas características da constituição que decorrem do constitucionalismo não escondem a diversidade que o ideal constitucionalista contém. Mais do que em "constitucionalismo", é possível falar em "constitucionalismos"<sup>5</sup>, tanto sob o ponto de vista histórico-geográfico, dada a variedade de concepções de constituição encontráveis na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos e na França, cada qual refletindo uma peculiar experiência histórica, como sob um ponto de vista histórico-ideológico, haja vista serem passíveis de inclusão no conceito de constitucionalismo as concepções dos defensores, por exemplo, do Estado Social ou de um novo Estado Ecológico.

A experiência britânica, por exemplo, é bem peculiar, de tal forma que, apesar da coincidência de certos princípios e valores em relação à Europa continental, manteve a Grã-Bretanha sem uma constituição formal. Não que a constituição seja não-escrita. Essa classificação é deveras reducionista, à medida que desconsidera o conjunto de documentos, consolidados em momentos históricos distintos, e que fazem parte daquilo que o britânico chama de consti-

<sup>5</sup> "Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-social", CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 45.

tuição. Seria mais adequado falar que a Inglaterra tem uma constituição evolutiva<sup>6</sup>.

Ninguém desconhece as lutas políticas pelo controle do poder que marcam a história inglesa. Inclusive, muitas conquistas desse longo processo evolutivo foram influenciar os constitucionalismos norte-americano e francês. Documentos como a Magna Carta de João Sem Terra, a Petição de Direitos e a Carta de Direitos podem ser tomadas como precedentes para as declarações de direitos das constituições modernas<sup>7</sup>. O papel do Parlamento como instrumento de garantia de liberdades também pode ser apontado como uma peculiaridade desse sistema<sup>8</sup>.

Os norte-americanos receberam uma nítida influência do novo pensamento político europeu à época da colônia. Construíram, com sua independência, um Estado no qual efetivamente há diferença entre norma constitucional e norma infraconstitucional. Já que nas colônias o Parlamento não era tão bem visto como na matriz, os norte-americanos fixaram controles recíprocos para os órgãos que expressam a soberania<sup>9</sup>.

Na França, aparece no centro da experiência de constitucionalismo o princípio da separação de poderes<sup>10</sup>, que conhece uma leitura bem própria que resultará, em nossos dias, na dualidade de jurisdição e na ausência de jurisdição constitucional. Os franceses, receosos de que a obra da

<sup>6</sup> ASENSIO, Rafael Jimenez. *El constitucionalismo*, p. 27.

<sup>7</sup> Cf. BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos. Paradoxo da civilização*, p. 295 e seguintes.

<sup>8</sup> SABATER, Jose Asensi. *Constitucionalismo y derecho constitucional*, p. 17.

<sup>9</sup> Cf., ASENSIO, Rafael Jimenez. *El constitucionalismo*, p. 48.

<sup>10</sup> Cf. idem



revolução fosse renegada, cuidaram para tornar efetiva a decisão do Estado-Administração.

## II

O *status* da constituição na vida política foi expressivamente alterado com a evolução das primeiras formas liberais de Estado aos nossos dias. De início, o papel da lei era de evidente destaque. Esse papel decorria das características que marcavam o chamado Estado de Direito.

A expressão “Estado de Direito” remete a um amplo conjunto de significados e de experiências.<sup>11</sup> Nele está resumi- da uma necessidade de compatibilização entre liberdade e ordem, pois, segundo Reinhold Zippelius, ele “procura um compromisso entre a necessidade de um poder do Estado homogêneo e suficientemente forte para garantir a paz jurídica e a necessidade de prevenir um abuso do poder estatal e de estabelecer limites a uma expansão totalitária do poder do Estado, assegurando na maior medida possível os direitos individuais”.<sup>12</sup>

O Estado de Direito não é apenas o Estado segundo a lei. Do surgimento dessa noção aos dias atuais ele deve ser entendido como o Estado que se guia por princípios da razão. Canotilho afirma que ele deve ser tomado como um esquema organizatório limitado pelo Direito<sup>13</sup>. Com essa noção, não há Estado fora do Direito.

Nesse caminho, Canotilho assenta que só será um Estado considerado Estado de Direito quando: (1) está *sujeito*

<sup>11</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 45.

<sup>12</sup> *Teoria geral do estado*, p. 384.

<sup>13</sup> *Estado de direito*, p.15.

ao direito (“o Estado, os governantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder”); (2) *atua* através do direito (“só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras jurídicas, está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública”); (3) positivas normas jurídicas informadas pela *idéia de direito* (“O Estado de direito é *informado e conformado por princípios* radicados na consciência jurídica geral e dotados de *valor* ou *bondade intrínsecos*”)<sup>14</sup>.

O “Estado de não direito”, antítese do Estado de Direito, poderia ser assim caracterizado: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a ‘razão de Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito”.<sup>15</sup>

A proeminência da lei no pensamento liberal decorre do fato de que os Parlamentos surgiram, à época do absolutismo, como instrumentos de afirmação da liberdade perante o poder. No conceito de Estado de Direito novecentista não está presente o medo do Parlamento, mas sim o do arbítrio da Administração. O próprio conceito de Estado de Direito traz em si a *idéia* de que só a lei é o instrumento adequado para a restrição de direitos individuais.

Veja-se, a esse respeito, a imagem que Otto Mayer tinha de *Rechtsstaat*, que se marcava pela (I) supremacia da lei sobre a Administração; (II) na subordinação à lei, e somente

<sup>14</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 12.



à lei, dos direitos do cidadão, não podendo poderes autônomos incidir sobre tais direitos; (III) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e somente a lei, nas controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre eles e a Administração<sup>16</sup>.

A posição de destaque no cotidiano da Jurisdição Constitucional hoje observada quanto aos direitos fundamentais é de fácil explicação. Trata-se de um evidente reflexo do câmbio do próprio conceito de constituição, que caminhou de uma posição privilegiadora de normas organizacionais para uma ênfase nas normas protetivas de indivíduos e grupos em face do poder.

Reflete, ainda, a crise do estado legislativo e do próprio conceito de lei. A coerência do ordenamento - criado sob os auspícios de interesses de um grupo, que caracterizou o Estado burguês, não comparece no atual Estado constitucional. A caótica inclusão de temas em leis, nos diversos acordos momentâneos de interesses que se verificam na atividade parlamentar da atual sociedade pluralista, vai encontrar nos princípios constitucionais um mínimo conteúdo referencial. Na constituição encontram-se termos de um acordo mais amplo, capaz de nortear os embates cotidianos de interesses. A lei cede espaço à constituição como elemento mediador<sup>17</sup>. O Estado Constitucional representaria, assim, um *plus* em relação ao Estado de Direito.

Nesse contexto, interpretação constitucional substitui, em muitos aspectos, o debate político. A decisão que sairia do embate entre propostas melhores ou piores cede lugar

<sup>16</sup> *Apud* Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 23.

<sup>17</sup> Cf. a respeito ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 40;

muitas vezes à adoção de medidas segundo a constitucionalidade. As próprias forças políticas incorporam o argumento da constitucionalidade aos seus discursos. É mais forte, pela autoridade que contém, do que argumentos sobre virtudes práticas das medidas propostas.

Porém, a revalorização do papel da lei é também uma revalorização da democracia.

Muitas críticas dirigidas ao legislador, questionando a sua legitimidade, geralmente deflagradas em razão de problemas cotidianos, tais como corrupção no Estado ou acordos espúrios, atingiriam, se a ela dirigida, a própria assembléia que construiu a constituição. Muitas dessas críticas, na verdade, tratam de um constituinte mítico, imaculado, iluminado e distante dos conchavos que marcam o dia-a-dia da política, ou seja, uma entidade inexistente.

É evidente que os instrumentos complexos das democracias atuais são imperfeitos. Pior, ainda, é a prática que se verifica na execução de tais instrumentos. Porém, esses problemas não podem justificar o desprezo pela decisão democrática. É evidente que, apesar dos problemas, a figura da representação aporta uma legitimidade ao representante que não encontramos no indivíduo isolado sentado numa cadeira na Universidade. Em nada o professor de direito constitucional será mais legítimo que o parlamentar. Adiante, discutiremos com mais vagar esse problema da legitimação democrática dos detentores do poder.

### III

A constituição, em sua supremacia, coloca o problema da relação entre atualização e permanência das decisões



políticas. Ao instituir-se como comunidade, um povo escolhe a forma e o conteúdo de suas instituições. Exerce o poder de dizer como o Estado e a sociedade se organiza. Ao mesmo tempo, em razão do estabelecimento da rigidez constitucional, retira da atividade política cotidiana o poder de alterar tais decisões<sup>18</sup>.

Identifica-se, nessa seara, o que Holmes chamou de “paradoxo democrático”, ou seja, como pode uma geração que suplanta a obra constitucional da geração anterior impor às gerações futuras a sua obra constitucional?<sup>19</sup>

Como se sabe, não há constituições imutáveis. Uma constituição que se pretendesse imutável seria indubitavelmente uma constituição breve. As alterações nas relações concretas na sociedade por ela regulada levariam à sua implosão, diante da impossibilidade de adaptação do texto à vida. Com Jorge Miranda podemos dizer que a “modificação das constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar”<sup>20</sup>.

As constituições, nesse processo de atualização, sofrem alterações tanto por processos formais, como a revisão ou a emenda, como por processos informais, como na chamada mutação constitucional. Num ou noutro momento, manifesta-se. Num ou noutro, o que se busca é manter a norma constitucional como parâmetro para a solução dos problemas da vida.

<sup>18</sup> VELDÉS, Ernesto Garzón chama de “coto vedado” a área não passível de discussão pela atividade parlamentar, *Representación y democracia*, p. 157.

<sup>19</sup> HOLMES, Stephen, *Pré-commitment and the paradox of democracy*, p. 175.

<sup>20</sup> *Manual de direito constitucional*, tomo II, p. 129.

Ordinariamente, as constituições regulam os processos a serem observados para a sua própria alteração. Constituições rígidas trazem formas especiais de processo legislativo para que algo em seu texto seja mudado<sup>21</sup>. São momentos, atores ou quóruns específicos, crescendo, portanto, ao princípio da maioria, exigências que não são exigidas para as decisões políticas diárias.

Quanto mais constituição tiver um país, ou melhor, quanto maior for o número de matérias incluídas na constituição formal, maior será o conjunto de temas submetidos a um processo político mais complexo ou, o que é pior, à imutabilidade<sup>22</sup>.

Essa supremacia/rigidez tem suscitado objeções, fundadas na afirmação da democracia. Questionam tais posicionamentos a necessidade de retirar da sociedade o poder de decidir seus rumos frente aos problemas que a vida apresenta. O entrincheiramento de determinadas decisões tem evidente tensão com o elemento democrático do Estado.

A constituição, ao dificultar ou vetar a alteração de alguns de seus dispositivos, estaria conduzindo um paternalis-

<sup>21</sup> FRANCISCO LAPORTA considera como as formas mais comuns de proteção constitucional contra alterações são o quórum qualificado (que é diferente do exigido para as leis), as “cláusulas de esfriamento” (como a necessidade de mais de um turno de votação) e o plebiscito, *El ámbito de la constitución*, p. 466.

<sup>22</sup> “Toda a discussão americana tradicional entre constitucionalistas e democráticos roda à volta deste ponto, como bem o sabemos. O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático. Constitucionalizar é colocar fora do comércio político, que o mesmo é dizer: fora do alcance da vontade da maioria daquilo que é constitucionalizado” MOREIRA, Vital. *Constituição e democracia na experiência portuguesa*, p. 273.



mo, decorrente de uma desconfiança em relação às gerações futuras. Seria um auto-reconhecimento de lucidez, concomitante a uma proteção de suas iluminadas decisões.

No caso brasileiro, há um discurso comum de condenação às diversas alterações impingidas ao texto constitucional. É evidente que alterar com frequência abala a força normativa que se espera de uma constituição. No entanto, essa constatação não pode ser o único móvel para a permanência do texto. A constituição tem que se mostrar apta a regular os problemas que a sociedade enfrenta. Se seus dispositivos não mais correspondem às expectativas dos principais atores políticos, a mudança apresenta-se como uma saída recomendável.

Da mesma forma, não podemos deixar de reconhecer que, quanto maior for o plexo de matérias e quanto mais profunda em detalhes tiver sido a regulação, maior será também a possibilidade de que uma necessidade de mudança de política leve a uma necessidade de intervenção no texto da constituição. Não se pode esperar de um governo democraticamente eleito, muitas vezes com uma plataforma reformista, que se acomode na função de mero executor das decisões tomadas em 1987 e 1988.

Ninguém pode desconhecer as profundas mudanças que atingiram o mundo no período entre a elaboração de nossa atual Constituição e hoje. Evidentemente que um governo tendente a integrar a economia brasileira na ordem internacional deveria mexer nas normas constitucionais que tocam a ordem econômica. Óbvio, também, que os parâmetros da previdência social, diante dos graves problemas de seu financiamento, mereceram mudanças. Como o processo constituinte levou a uma constituição marcadamente

conjuntural, uma nova situação na conjuntura política ou econômica exige que se mexa no texto<sup>23</sup>.

Aquele desejo de colocar tudo no texto da constituição, ao qual já fizemos referência, revelava uma desconfiança em relação às instituições e um certo medo da política. Foram nutridas esperanças de qualidades quase mágicas da Constituinte. Basta lembrar o samba de enredo que dizia "espero da Constituinte na minha mesa muito pão, uma poupança cheia de cruzados e um carnaval com muita paz no coração"<sup>24</sup>. Por outro lado, no processo constituinte não ficou caracterizada uma maioria homogênea, o que permitiu a inclusão de interesses eventualmente majoritários<sup>25</sup>.

No entanto, não são as decisões constituintes revelações de deuses. Não são ontologicamente superiores a ou-

<sup>23</sup> "A imodéstia constituinte dificilmente fica impune e o poder constituinte evolutivo acaba por ser a sanção da imodéstia e da arrogância do poder constituinte, quando ele não é capaz de ousar acima da conjuntura da sua própria época" MOREIRA, Vital. *Constituição e democracia na experiência portuguesa*, p. 274.

<sup>24</sup> Samba da "Caprichosos de Pilares", do Rio de Janeiro, para o carnaval de 1987.

<sup>25</sup> "O constituinte de 1987/1988, nesse sentido, teria cometido excessos, constitucionalizando temas que poderiam ter ficado para o legislador ordinário. O fato de a Constituinte não ter realizado seu trabalho a partir de um projeto predeterminado, mas a partir de vinte e quatro subcomissões, criou sérios problemas de sistematização. Essas subcomissões, além de trabalhar isoladamente umas das outras - o que gerou dificuldades em sintonizar todas as perspectivas num documento inicial - também atuaram, em muitos casos, de forma sobreposta. Somado a esse problema técnico, a Constituição foi o resultado de uma determinada conjuntura política em que nenhum dos grupos conseguiu estabelecer hegemonicamente seu projeto político. Assim, diversos dispositivos constitucionais resultam da força de maiorias meramente eventuais, aglutinadas especialmente para a inserção de um tópico no texto constitucional", VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*, p. 133.



tras decisões humanas. Muitas das decisões de uma Assembléia Constituinte são tomadas em contextos de negociações e trocas de favores entre grupos que colocam no texto constitucional seus interesses incompatíveis com qualquer idéia de interesse geral.

A decisão de tornar algo imodificável no texto da constitucional deve ser extremamente amadurecida, pois se trata de congelar, enquanto durar a constituição, a discussão política sobre aquele tema. O não modificável deveria ser somente aquilo fundamental para a própria existência da comunidade<sup>26</sup>. Em especial, direitos fundamentais, cuja observância estaria acoplada ao próprio conceito de democracia.

A democracia, aqui, é vista não simplesmente como governo da maioria. Alguns elementos formam as condições para que seja aceitável a decisão da maioria. Majoritariamente, tais elementos decorrem da necessidade de garantir a autonomia dos agentes que formam a comunidade.

As citadas objeções não comprometem, ao nosso ver, a legitimidade da existência dos procedimentos mais difíceis para alterar a constituição. Abalam, porém, a fundamentação de qualquer cláusula proibitiva de alteração. A incompatibilidade, portanto, não está entre rigidez e democracia, mas entre vedação de discussão e democracia<sup>27</sup>.

A proteção por procedimentos mais complexos reconhece a necessidade de que decisões fundamentais, ou

26 LAPORTA, Francisco, *El ámbito de la constitución*, p. 474.

27 *Idem*, p. 482.

seja, que incidem sobre matérias de especial relevância para a comunidade, não podem ficar sujeitas a um processo aberto infinito de discussão. A mudança freqüente de parâmetro para as atividades dos indivíduos, ditadas por maiorias eventuais, levaria à deslegitimação do próprio Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil entroniza um largo rol de dispositivos no espaço protegido, com a regra contida no §4º do art. 60. Diz que não será passível de deliberação emenda tendente a abolir a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a forma federativa de Estado e os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, não se trata de uma cláusula de imodificabilidade. A alteração é possível, desde que não identificada uma tendência à abolição daquelas decisões. Isso significa que alterações pontuais, que não desestruturarem os esquemas traçados pelo Constituinte ou, até mesmo, que os reforce serão aceitas, mesmo que alterem artigos devotados às matérias ali definidas.

De 1988 aos nossos dias algumas alterações nesses campos foram levadas a cabo sem que tenha sido reconhecida uma ofensa à proibição de alteração. Veja-se, por exemplo, a mudança, na Emenda Constitucional n. 32, da titularidade do poder de organizar e estruturar Ministérios e órgãos da Administração. Tal poder, até então, estava nas mãos do Congresso Nacional, tendo passado à decisão do Poder Executivo. Ora, apesar de incidir sobre a separação de poderes, já que altera limites na relação entre Legislativo e Executivo, não se pode falar que houve tendência à abolição da cláusula protegida.



## REFERÊNCIAS

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael Serrano. Madri: Trotta, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

LAPORTA, Francisco. El ámbito de la constitución. *Doxa*, Alicante, n. 24, p. 459-484, 2001.

GARZÓN VELDÉS, Ernesto. Representación y democracia. *Doxa*, Alicante, n. 6, p. 143-161, 1989.

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

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge, 1988.

JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El constitucionalismo*. Madri: Marcial Pons, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política?* Trad. Manoel Soares. São Paulo: Global, 1987.

MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antônio. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SABATER, José Asensi. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional: materiales para una introducción*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 1999.

## O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E AS “LEIS DESCARTÁVEIS” NO BRASIL

*Hélio Silvio Ourem Campos*

Juiz Federal; Juiz da Turma Nacional de Uniformização em Brasília; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco (Adjunto); Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - equivalência; Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife

### NOÇÕES PRELIMINARES

*No hay apologista del pasado o profeta de infortunios que no haya tenido oportunidad de discutir sobre la crisis espiritual de nuestro tiempo, indicando sus causas, describiendo sus efectos, apuntando las medidas para remediarla. Pero hay una interrogante que más que ninguna outra incita a la discusión y fomenta el desacuerdo: cuando comenzó la crisis de nuestro tiempo? (BOBBIO, Norberto. **El Existencialismo**. Tradução de Octavio G. Barreda. Versão de Lore Terracini. 90. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica. 1994. p. 16)*



## O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E AS “LEIS DESCARTÁVEIS” NO BRASIL

*Hélio Silvio Ourem Campos*

Juiz Federal; Juiz da Turma Nacional de Uniformização em Brasília; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco (Adjunto); Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - equivalência; Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife

### NOÇÕES PRELIMINARES

*No hay apologista del pasado o profeta de infortunios que no haya tenido oportunidad de discutir sobre la crisis espiritual de nuestro tiempo, indicando sus causas, describiendo sus efectos, apuntando las medidas para remediarla. Pero hay una interrogante que más que ninguna outra incita a la discusión y fomenta el desacuerdo: cuando comenzó la crisis de nuestro tiempo? (BOBBIO, Norberto. **Ei Existencialismo**. Tradução de Octavio G. Barreda. Versão de Lore Terracini. 90. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica. 1994. p. 16)*

Hoje em dia, um dos temas mais instigantes é o do desenvolvimento sustentado frente ao fenômeno da globalização.

Por um lado, as empresas, inclusive as transnacionais, pretendem um direito do trabalho *flexível*, um sistema tributário que custe pouco, uma política de empréstimos com juros baixos, um reduzido gasto com as despesas dos processos, etc. Uma espécie de santíssima trindade social: *paz, tributação leve e confiável administração da justiça* a implementar a santíssima trindade econômica: *comércio, investimento e liberdade de movimento de capitais*.

Neste sentido, há uma forte pressão para as mudanças constitucionais e subconstitucionais<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Costuma-se afirmar que o processo de globalização econômica vem sendo orientado pelo denominado "Consenso de Washington", que, em suma, defenderia a necessidade de limitação do Estado nas áreas econômicas e sociais. Vê-se a atuação estatal como um entrave ao mercado, concluindo pela necessidade de desregulamentação dos mercados, flexibilização do direito do trabalho, desconstitucionalização, deflação legislativa, etc. A mesma ênfase, contudo, precisaria ser imposta em favor da internacionalização dos direitos humanos, não permitindo que a "economia-mundo" solape os direitos fundamentais nos países economicamente menos desenvolvidos. De fato, o decálogo de JOHN WILLIAMSON, chamado de "Consenso de Washington", não recomenda a liberação do movimento de capitais, talvez um dos pontos mais difíceis de serem enfrentados na era da globalização. São estas as suas recomendações: 1. a exigência da disciplina fiscal (relação dívida/PIB); 2. a conceitualização como investimentos, e não como despesas, da educação e da saúde; 3. uma reforma tributária que amplie a base de contribuintes; 4. a liberação ao mercado da fixação da taxa de juros; 5. uma taxa de câmbio flexível; 6. uma redução tarifária e não tarifária de modo a não prejudicar a indústria, o comércio e a agricultura; 7. um tratamento amigável para o investimento estrangeiro; 8. a utilização de recursos das privatizações para pagar as dívidas; 9. a criação de agências em áreas estratégicas, como as da energia elétrica e petróleo; 10. um reforço ao direito de propriedade.

Contudo, para que um País apresente perspectivas de desenvolvimento, faz-se necessário um grau considerável de estabilidade em seu direito. O imediatismo não conduz positivamente o direito de um País.

De certo modo, é por isto que a desmotivação de investimentos na economia real, levando os empreendedores a buscarem os lucros fáceis e de momento, através do sistema financeiro, traz um capital volátil, cuja tendência é a de aprofundar a crise na economia real.

A proposta que defendo é a de um planejamento de médio e longo prazos, quer no campo constitucional, quer no da legislação que lhe é subalterna.

Pode-se dizer que isto seja difícil, mas, em minha ótica, a principal dificuldade está na forte crise de valores que a civilização contemporânea atravessa.

A economia brasileira cresceu, mas parece que a ênfase maior foi no quantitativo, e não no qualitativo. Ou seja, o País cresceu, mas não se desenvolveu na mesma medida.

Insistindo no campo do sistema financeiro, a atual Constituição do Brasil, no Título da Ordem Econômica e Financeira, e mais particularmente no Capítulo do Sistema Financeiro Nacional, propõe que ele seja regulado pela via da lei complementar, que, após cerca de quatorze anos de Constituição, ainda não veio<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Constituição do Brasil. "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...)."



É mais um exemplo daquilo que disse anteriormente. Se, de um lado, há uma inflação normativa; por outro, há uma apatia ou desinteresse por legislar.

Neste tema, é impossível esquecer a interpretação, oficialmente predominante, de um outro dispositivo deste mesmo capítulo, que foi no sentido de que ele não era auto-aplicável; e, até hoje, ainda não teve aplicação.

Sem discorrer analiticamente sobre o previsto, apenas o transcreverei para que se retire uma interpretação e se a compare com a negativa de eficácia.

Refiro-me ao § 3º, do art. 192, da atual Constituição: *“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”*

Este limite dos doze por cento não vem sendo cumprido.

Na verdade, é diante de uma perversa concentração de rendas e de riquezas que precisa ser analisado o direito brasileiro. Há um crescente distanciamento entre os ricos e os pobres, tal como fiz questão de demonstrar desde o início, ao tratar do Brasil e da sua realidade.

Se isto ocorre em todo o mundo, no Brasil, infelizmente, os números são também fortemente contundentes.

Se mudar o direito fosse a solução, não nos defrontaríamos com vergastantes índices de violência de todos os tipos.

Veja-se a comparação entre as vítimas de violência no Brasil e os mortos nas guerras do Vietnã e da Bósnia:

*O fato é que não se pode mais conviver com um modelo de civilização que, no Brasil, 'desperdiça' US\$ 5 bilhões só em energia; já destruiu 15% da Floresta Amazônica e 91% da Mata Atlântica, e em que se morre mais gente nas grandes cidades que nas últimas guerras regionais. O número de policiais assassinados no Rio de Janeiro é 27 vezes maior do que em Nova Iorque. Em São Paulo, duas pessoas são mortas a cada 24 horas. Ainda em São Paulo, em 1998, subiu em 278% a denúncia de assassinatos por parte da polícia (em relação a 1997). O número de pessoas assassinadas vítimas de violência no Brasil, só em 1997, foi superior aos mortos das guerras do Vietnã e da Bósnia. Com relação às condições sanitárias (que tem estreita relação com saúde pública), apenas 5% do volume de esgoto coletado é tratado. O restante é lançado bruto no meio ambiente (geralmente no mar e nos cursos d'água).<sup>3</sup>*

A questão é que se, com um direito e uma situação geral tão instável, o Brasil está apto a enfrentar este mundo em acelerado processo de globalização, de natureza socialmente excludente.

É preciso pensar até que ponto as mudanças constantes na nossa legislação não decorrem dos interesses das grandes empresas internacionais, das potências estrangeiras e dos blocos econômicos mais consistentes, vindo mais em prejuízo da nossa população do que em seu benefício.

<sup>3</sup> Extraído de CAVALCANTE, Enoque Gomes. *Sustentabilidade do Desenvolvimento. Fundamentos Teóricos e Metodológicos do Novo Paradigma*. Recife: Editora Universitária. Universidade Federal de Pernambuco, 1998. p. 12.

Este debate tem caráter nitidamente interdisciplinar, mas creio que, quando se fala em uma nova gestão da economia mundial, é preciso ter em conta o direito e a ética.

Nesta necessidade de intersecção, vem o homem demonstrando a sua engenhosidade de descobrir novos meios de afronta a valores; e, às vezes, fazendo surgir situações fronteiriças.

Dois rápidos exemplos do que digo.

O primeiro está estampado no mundo da "Internet", quando veio a Polícia Federal brasileira a prender os donos de uma empresa e apreender equipamentos de informática, que teriam sido usados para invadir os sistemas de computação da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

A acusação foi a de que os invasores assim procederam com o exato motivo de, provando a vulnerabilidade dos sistemas, virem a vender proteção às duas instituições. Uma espécie de "segurança virtual", envolvendo interceptação telefônica e suspeita de estelionato.<sup>4</sup>

O segundo exemplo refere-se à venda de informações a escritórios de advocacia sobre um certo reajuste que foi concedido aos militares, em 1993; e, só após uma tórrida batalha judicial, começou a ser admitido para os servidores civis que litigaram em Juízo.

<sup>4</sup> Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Diário de Pernambuco*, Recife, 10.07.99. Caderno "Últimas Notícias", p. A-9.

O problema é que o Governo não permitia o acesso aos servidores não litigantes sobre a forma como o cálculo destes valores estava sendo feito. A quantia só seria mostrada para aqueles que fizessem opção por receber os atrasados administrativamente, sem recorrer à Justiça.

Assim, para apurar os valores, recorreram alguns advogados e clientes à venda de informações sobre o chamado "reajuste de 28,86%".<sup>5</sup>

Enfim, talvez este novo mundo da globalização e da informática tenha reduzido o espaço de liberdade do Poder Executivo, e quase eliminado a separação entre este Poder e o Legislativo, restando ao Judiciário a difícil tarefa de fazer cumprir uma Constituição sem antes ter de ouvir o Ministério da Fazenda, grupos de empresas ou blocos transnacionais, para saber como deve, ou pode, decidir.

Trata-se de discutir ou harmonizar o dilema entre a consciência de pátria e um provável processo de dominação, que caminha por meio da liberdade de movimento de capitais. É o chamado "comportamento de manada".

A globalização possui várias faces que merecem análise criteriosa, imparcial e madura: o comércio, os investimentos, mas, principalmente, a perigosa liberdade de movimento de capitais.

<sup>5</sup> Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Diário de Pernambuco*, Recife, 10.07.99. Caderno "Últimas Notícias", p. A-9.



Este debate tem caráter nitidamente interdisciplinar, mas creio que, quando se fala em uma nova gestão da economia mundial, é preciso ter em conta o direito e a ética.

Nesta necessidade de intersecção, vem o homem demonstrando a sua engenhosidade de descobrir novos meios de afronta a valores; e, às vezes, fazendo surgir situações fronteiriças.

Dois rápidos exemplos do que digo.

O primeiro está estampado no mundo da "Internet", quando veio a Polícia Federal brasileira a prender os donos de uma empresa e apreender equipamentos de informática, que teriam sido usados para invadir os sistemas de computação da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

A acusação foi a de que os invasores assim procederam com o exato motivo de, provando a vulnerabilidade dos sistemas, virem a vender proteção às duas instituições. Uma espécie de "segurança virtual", envolvendo interceptação telefônica e suspeita de estelionato.<sup>4</sup>

O segundo exemplo refere-se à venda de informações a escritórios de advocacia sobre um certo reajuste que foi concedido aos militares, em 1993; e, só após uma tórrida batalha judicial, começou a ser admitido para os servidores civis que litigaram em Juízo.

<sup>4</sup> Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Diário de Pernambuco*, Recife, 10.07.99. Caderno "Últimas Notícias", p. A-9.

O problema é que o Governo não permitia o acesso aos servidores não litigantes sobre a forma como o cálculo destes valores estava sendo feito. A quantia só seria mostrada para aqueles que fizessem opção por receber os atrasados administrativamente, sem recorrer à Justiça.

Assim, para apurar os valores, recorreram alguns advogados e clientes à venda de informações sobre o chamado "reajuste de 28,86%".<sup>5</sup>

Enfim, talvez este novo mundo da globalização e da informática tenha reduzido o espaço de liberdade do Poder Executivo, e quase eliminado a separação entre este Poder e o Legislativo, restando ao Judiciário a difícil tarefa de fazer cumprir uma Constituição sem antes ter de ouvir o Ministério da Fazenda, grupos de empresas ou blocos transnacionais, para saber como deve, ou pode, decidir.

Trata-se de discutir ou harmonizar o dilema entre a consciência de pátria e um provável processo de dominação, que caminha por meio da liberdade de movimento de capitais. É o chamado "comportamento de manada".

A globalização possui várias faces que merecem análise criteriosa, imparcial e madura: o comércio, os investimentos, mas, principalmente, a perigosa liberdade de movimento de capitais.

<sup>5</sup> Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Diário de Pernambuco*, Recife, 10.07.99. Caderno "Últimas Notícias", p. A-9.

Com o mercado interno que possui, o Brasil chegou a crescer 6,7% (seis vírgula sete por cento) ao ano, durante quarenta e quatro anos. Naturalmente, isto não foi por acaso.

Ocorre que, no século XX, até os anos 80 (oitenta), embora um País desigual, o Brasil crescia. Agora, continua desigual; mas não cresce como antes.

Certamente, não basta lamentar e obedecer, é preciso procurar uma nova mensagem. Criar uma civilização não baseada na cópia, superando os obstáculos práticos.

Para o desenvolvimento, não se pode instalar uma guerra entre o utópico e o trivial. Uma utopia pode ser construída de pequenas coisas. É um sofisma imaginar que um conjunto de pequenas coisas não pode compor uma grande conquista.

O brasileiro, como qualquer povo, precisa acreditar em si mesmo, eliminar o sentimento de inferioridade. Precisa imaginar-se grande, e trabalhar para isto.

A democracia participativa<sup>6</sup>, em razão da qual raciocino, não é desenhada pelo sono e pela falta de energia. Ela é enérgica e analítica. Para isto, é necessária uma vanguarda de educação, auto-estima, trabalho e responsabilidade.

<sup>6</sup> Há quem defenda que o processo de desnacionalização da economia traria como conseqüência inevitável uma redução do alcance da democracia, que, em muito pouco, poderia afetar as decisões econômicas. A lógica do capital especulativo confluiria para o ponto de vista ditatorial. O retorno à ditadura e o esvaziamento da democracia seriam destinos inexoráveis. Uma espécie de anemia reativa frente à lógica de mercado, à lógica do mais forte.

Para atingir o equilíbrio na incerteza do processo democrático, não há o condicionalismo de um único fator, quer seja o econômico, o cultural, ou a fusão entre a aristocracia e a burguesia. Afinal, a realidade não tem apenas uma face objetiva. Ela é objetiva e subjetiva.

É fundamental uma *identidade emocional* do brasileiro com o Brasil. Se, e quando ela houver, não seria uma momentânea crise de oferta política, ou o exagero e a simplificação jornalística (mídia) que esquematizariam a ruptura da serenidade e o pessimismo.

Este é um longo processo pedagógico, o de parar de falar em nome do povo e passar a governar com ele. É um projeto difícil, e que não se resume aos políticos, pois é uma questão de cultura e de disciplina geral.

As constituições e os discursos jurídicos precisam aliar a semântica à realidade material. Se, na Europa, o caminho para isto pode vir a ser um Conselho europeu, como uma forma de estágio para a aceitação de um País na União européia, outros meios podem ser sugeridos sem a pretensão de constituírem verdades exclusivas e definitivas.

A cultura de integração não pode resumir-se a um pequeno espaço de mundo, não deve implicar substituição ou convivência de uma opressão de classes por, ou com uma opressão de Países ou blocos econômicos.

A liberdade de trânsito das pessoas não pode ser algo subsidiário neste mundo que se pretende demonstrar mais evoluído. Afinal, no ocaso do século XIX e na aurora do século XX, em que pesem as limitações tecnológicas, a rejei-



ção pelo estrangeiro talvez fosse menor; ao menos nas Américas<sup>7</sup>.

No período que vai de 1870 a 1914, interrompido pela brutalidade de uma Grande Guerra, ocorriam grandes fluxos de migração, inclusive de pessoas, o que poderia concorrer para a criação de um sentimento ou cultura de integração dos povos. Atualmente, porém, ao passo em que o capital pode correr o mundo, o trabalho parece detido, caprichosamente, fora dos Países ou blocos da vanguarda econômica.

É preciso encontrar uma maneira de fazer com que haja liberdade para o trabalho mover-se pelo mundo com a mesma dignidade entre estrangeiros e autóctones.

Países como o Brasil, a China, a Rússia, a Índia, a Indonésia e outros não podem ser condenados à marginalidade. De fato, se se pretende uma cultura integracionista, ela precisa ser mundial, não sendo possível reduzir as culturas nacionais a uma condição de subcultura. Talvez, por enquanto, isto seja uma utopia: um projeto desenvolvimentista da espécie humana.

Globalizar não pode significar uma forma de fazer surgir uma nova "guerra fria"; agora, entre blocos econômicos, ou entre Países singulares ricos ou pobres e blocos consolidados.

<sup>7</sup> Vale a pena observar que os Países da América Central tornaram-se independentes em 1821, ficando, primeiramente, anexados ao México. Posteriormente, formaram as "Províncias Unidas da América Central". Esta união manteve-se por pouco tempo, surgindo os Estados Federais de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Costa Rica.

Da paz romana à paz inglesa. Da paz inglesa à paz americana. Da paz americana da ideologia de mercado à paz de um ou dois blocos de Países<sup>8</sup>.

Decididamente, isto não é paz; é opressão.

Capacitação e educação para todos. Globalizar as riquezas culturais, os museus, a assistência às crianças de todos os Países.

A globalização da dignidade humana.

No entanto, isto parece estar distante, e cada vez mais.

Segundo dados da ONU<sup>9</sup>, e vale a pena repetir, a população mundial atinge, aproximadamente, 6 (seis) bilhões de pessoas. Destas, 20 % (vinte por cento) habitam a América do Norte e a Europa ocidental, mas detêm 86 % (oitenta e seis por cento) do PIB mundial; 82 % (oitenta e dois por cento) das exportações; 68 % (sessenta e oito por cento) dos investimentos produtivos diretos e 74 % (setenta e quatro por cento) das linhas de telefone. Contudo, para os 20 % (vinte por cento) mais pobres, sobram apenas 1 % (um por cento) de todos os itens apontados, salvo os 1,5 % (um e meio por cento) de linhas telefônicas.

Contra estes números alarmantes, poder-se-ia argumentar que sempre foi assim.

Parece incrível, mas, no último século e meio, tem havido piora. Observe-se. Em 1870, os 20 % (vinte por cen-

<sup>8</sup> A "paz positiva" não se restringe à ausência de guerra (*non war*), pois é preciso pensar em solidariedade entre os povos, substituindo a fome, a miséria e as discriminações pela cooperação e pela justiça social.

<sup>9</sup> Vide [www.onu.org](http://www.onu.org).

to) mais ricos no mundo detinham renda sete vezes maior do que a dos 20 % (vinte por cento) mais pobres. Em 1997, a diferença subiu de 30 (trinta) para um (1).

Sendo, portanto, a globalização pautada em um forte grau de liberdade de capitais, e particularmente do financeiro, creio que seja natural a proposta de conectá-lo com um certo compromisso social.

Mas este compromisso social não deve ser retórico ou de uma aparente índole caritativa. É preciso objetivá-lo. É preciso lançar debates com o objetivo de constituir um consenso, ou algo próximo disto, na comunidade internacional, no sentido de fixar uma tributação humanitária sobre o capital especulativo<sup>10</sup>.

A distribuição desta receita poderia ficar ao encargo de algum órgão já existente na ONU, ou mesmo ser constituída uma nova estrutura executiva que trataria da administração e da fiscalização dos recursos.

Quanto a sugerir qual a alíquota a ser aplicável, creio que não deveria, ou precisaria, ser elevada. Afinal, é tão alto o volume de dinheiro migrante, nas ins-

<sup>10</sup> Em dezembro de 1997, o jornal francês "Le Monde Diplomatique" publicou um artigo de IGNACIO RAMONET: "Desarmar os mercados", conclamando a sociedade em favor da criação da Taxa Tobin. Houve um inicial e aparente apoio entre os franceses. A taxação das transações financeiras internacionais é um tema sobre o qual deve haver debates e reflexões. Ora, já que o capital não se compadece com fronteiras, seria necessária uma legislação internacional sobre o assunto, a ser fiscalizada e cumprida, independente de se estar na África, no Oriente próximo, na Ásia, nas Américas ou na Europa. Seriam debates, em última instância, sobre uma cidadania global. Uma militância internacional pelos direitos humanos.

tituições financeiras, que mesmo uma alíquota relativamente pequena provocaria uma arrecadação absoluta capaz de dar início a um efetivo combate à miséria e à fome.

Note-se que não se está, aqui, tentando substituir por políticas compensatórias a grave situação estrutural por que passa o mundo. Ou substituir uma economia real por outra virtual. É que, por vezes, não basta ensinar a pescar, se não há tempo hábil para isto.

No Brasil, os encontros realizados nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Brasília vêm envolvendo muitas pessoas, que até procuram incorporar as propostas ao âmbito parlamentar, sindical, científico. Afinal, as discussões devem ser interdisciplinares para produzirem melhores resultados.

Mas, para que uma conjunção de fatores concretos possa recuperar o otimismo, é necessária a mídia. É necessário que os meios de comunicação, uma área fundamental na sociedade de hoje, adote esta bandeira.

Contudo, isto também não é fácil. Afinal, no Brasil, e provavelmente em todo o mundo, são uns poucos os que controlam as televisões e as rádios. E não provocaria surpresa que estes novos detentores de Poder estivessem em desacordo com a iniciativa de uma tributação internacional humanitária.

É como venho dizendo. Provavelmente, a maior crise não seja a econômica, e nem mesmo a financeira; mas a crise ética, uma crise de valores.



A mobilização pela melhoria de vida da população mundial poderia trazer a conseqüência de um futuro onde as massas populares passassem a ter um espírito mais analítico, projetando a história por mudanças estruturais, onde um novo modelo econômico poderia provocar uma real cultura de integração.

E nada é mais radical do que educação, saúde, comida e trabalho.

## GLOBALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

*La primera consulta debe ser a la fuente primaria, es decir, el texto constitucional. Se debe determinar si los actos que supuestamente conforman la costumbre están prohibidos en forma expresa por un precepto constitucional. Lo que se debe probar es si existe o no una base racional que apoye más de una interpretación.*" (GLENNON, Michael. J. **Diplomacia Constitucional**. Tradução de Francisco J. de Andrea. 1. ed. em espanhol. México. Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 105)

Globalização, pelo menos para o brasileiro médio, traz, imediatamente, a idéia de globalização econômica. Para isto, é preciso que se tenha consciência da necessidade das mudanças, inclusive legislativas. Ocorre que estas mudanças precisam ter limites, de modo a se preservar a identidade nacional.

Não sendo a globalização um fenômeno linear, e sendo o nome que, ultimamente, vem propulsionando uma economia de extensão mundial, é preciso tomar em conta que a sua escala é bastante acelerada, produzindo, por um lado, interdependência e integração; mas, por outro, fragmentação e antagonismo.

Com ela, as fronteiras nacionais vêm tendo transformadas as suas importâncias.

Reformas tributárias, judiciárias, previdenciárias etc. podem, na verdade, estar vindo a ser feitas em favor da conquista de novos espaços para as grandes empresas.

Estímulos fiscais, empréstimos a juros baixos e por longo prazo, por vezes, são a elas concedidos, sob a justificativa de ser este o melhor caminho para o desenvolvimento.

Por outro lado, evitando a implacabilidade ou a arrogância primárias, não se pode deixar de reconhecer como oportuno e necessário que o Brasil não se torne um barco à deriva em um mundo organizado em blocos. Não se pode deixar de refletir sobre os mais de dez anos de Mercosul, sobre a aproximação com o Caribe e com a África, além, naturalmente, sobre a possibilidade de aproximação equitativa com a União Européia, com a Alca<sup>11</sup> e com a Ásia.

É um tema que precisa ser tratado sem fanatismos, de um modo sincero e prático.

<sup>11</sup> No mercado norte-americano, cerca de 130 produtos brasileiros sofrem tributação acima de 35% (trinta e cinco por cento). Segundo o Embaixador brasileiro em Washington, RUBENS BARBOSA, esse patamar seria o limite máximo de taxaço consolidado pela Organização Mundial de Comércio (OMC). Merecem destaque alguns casos. Por exemplo, o *suco de laranja*. Aqui, a alíquota máxima imposta sobre o produto brasileiro chega a 44,7% (quarenta e quatro vírgula sete por cento). As exportações nacionais de *cana de açúcar* e de *tabaco*, embora estejam liberadas para o mercado norte-americano, enquadram-se no sistema de cotas. Excedendo a cota, sofrem taxaço de 236% (duzentos e trinta e seis por cento) e 350% (trezentos e cinquenta por cento), respectivamente. Acrescente-se, ainda, que, a despeito de os Estados Unidos serem um País com um déficit de aproximadamente US\$ 400 bi (quatrocentos bilhões de dólares) anuais, registram um superávit comercial com apenas 12 (doze) parceiros, entre eles o



E é dentro deste espírito pragmático que alarma, entre outras questões, o balanço tributário entre o Brasil e os Países do Norte, havendo um forte desequilíbrio contrário ao Brasil<sup>12</sup>.

Nas palavras do Deputado HÉLIO COSTA, Presidente da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, em intervenção no Seminário "O Brasil e a Alca", Primeiro Painel, "Serviços, Investimentos e Compras Governamentais: serviços financeiros, telecomunicações, padrões trabalhistas e ambientais": "Dos quarenta produtos que mais exportamos, principalmente para os Países do Norte, a média de impostos é de 35% a 40%; dos quarenta produtos que

Brasil. Mesmo neste quadro, 60% (sessenta por cento) das exportações brasileiras sofrem algum tipo de barreira quando entram naquele mercado. Extraído de "www.panoramabrasil.com".

<sup>12</sup> Ainda quanto à Alca - Área de Livre Comércio das Américas, parece que a idéia central do Brasil é a de evitar perder investimentos e mercados, o que ocorreria caso os Estados Unidos da América do Norte fechem um acordo com os outros Países americanos sem a sua presença. Com a manutenção das barreiras atualmente existentes contra as nossas exportações, e concorrendo em um mercado com um volume ascendente de produtos latino-americanos importados em condições preferenciais, haveria um sério prejuízo para os interesses brasileiros. Enfim, o isolamento não é a melhor solução. Por outro lado, não se pode esquecer da peculiaridade de uma negociação entre a maior potência mundial e 33 países emergentes, isto mesmo sem subestimar a importância relativa do Brasil, que possui um poder de compra equivalente a 1/3 (um terço) do PIB da América Latina e do Caribe. Contudo, o PIB norte-americano é cerca de 15 (quinze) vezes maior que o brasileiro, o que, por si só, demonstra a dimensão do desafio. Há, também, um certo receio de que as multinacionais norte-americanas deixem de produzir em território brasileiro para passar a exportar os seus produtos fabricados no próprio país-sede. Assim, talvez o ideal fosse o de que o desenvolvimento do parque industrial brasileiro viesse a ser intensificado antes do ingresso na Alca, mediante uma política de juros internos mais amenos e se desonerando dos tributos a produção. A questão é a de se isso é possível na prática.

importamos dos Países do Norte, a média de impostos brasileiros é de 14%. Há algo de errado nisso."

E colmata o seu raciocínio, com destaque para a competição predatória e canibalizante, realçando:

a) o caso Brasil/Canadá e a Embraer:

*Não sei se chegaremos em 2005 com condições reais de competir, porque, quando temos uma empresa montada com dinheiro público e ela chega à proeminência internacional, consegue estabelecer-se no mercado internacional como empresa de primeira linha, a exemplo da Embraer, e vai ao mercado internacional expor o seu produto, que é de primeira qualidade, simplesmente o Canadá diz: 'Messieurs, vous êtes très compétitif!' Ai nós somos muito competitivos. E ainda dizem que estamos utilizando recursos do Governo para ajudar a empresa. Mas nos esquecemos de que todos os Países do Primeiro Mundo fazem isso: o Canadá, os Estados Unidos, a Inglaterra, a França, todos fazem a mesma coisa. Quando fazemos, somos muito competitivos;*

b) a perda brasileira no mercado internacional da soja:

*O Brasil perde 1,2 bilhão de dólares por ano com a venda de soja no mercado internacional, porque a soja dos outros países está com o preço tão baixo, de tal maneira que também temos de jogar nossos preços lá embaixo;*

c) o sobretarifamento:

*Se produzimos aço bem, se produzimos suco de laranja bem, se conseguimos realmente excelência em alguns produtos, lamentavelmente, somos prejudicados pela sobretaxa de forma automática;*



- d) a lamentável divulgação mundial de que o Brasil havia sido afetado pela doença da *vaca louca*, embora mantenha todo um rebanho vegetariano:

*Isso se deu por que o País, até três anos, exportava 400 milhões de dólares de carne bovina, e agora está exportando 1 bilhão e 400 milhões de dólares de carne bovina. Portanto, passamos a ser muito competitivos – ‘too competitive’, como dizem os americanos, ingleses e franceses. Uma vez que somos competitivos, somos forçados a recuar.”;*

- e) o mercado internacional das telecomunicações:

*imaginem que um único investidor no setor de telecomunicações do mundo, por exemplo, o Sr. RUPERT MURDOCK, decide investir no Brasil. Se abrimos o mercado – está no Congresso Nacional proposta para que seja aberto o mercado internacional –, a compra das três redes de televisão do Brasil não causará o mínimo impacto na fortuna pessoal desse único investidor internacional;*

- f) as enormes diferenças no mercado hemisférico americano:

*os Estados Unidos, o Canadá e o México, por exemplo, representam mais de 80% do Produto Interno Bruto -PIB, e o Brasil representa apenas 7% do PIB, como vamos nos preparar para competir até 2005? (...) Ainda não discutimos amplamente o que vamos fazer com nossos trabalhadores – e digo trabalhador mesmo; quando falo das profissões liberais, estou falando do médico, do advogado, do arquiteto, do engenheiro; todas elas são citadas aqui. Como o advogado vai fazer para prestar seu serviço nos outros países? O arquiteto vai mandar seu projeto pela Internet ou vai pessoalmente? Como o pedreiro, o eletricitista, o trabalhador têxtil vão poder criar as fronteiras? Sequer entramos na análise do flu-*

*xo de pessoas. Vamos acabar com os vistos de todos os países do Hemisfério? Será que os Estados Unidos concordam com isso?;*

- g) preocupações dos países em desenvolvimento com o uso protecionista, pelos países desenvolvidos, de normas ambientais e de direito do trabalho<sup>13</sup>. No caso do Brasil, as normas existem, e são relativamente avançadas, o que, paradoxalmente, termina-lhe criando problemas; ao menos no sentido de fazer cumprir a legislação doméstica. No caso dos Estados Unidos da América do Norte, eles mantêm um evidente esforço para vincular diretamente o comércio a normas trabalhistas e ambientais. Enfim, é nítida a pressão dos países desenvolvidos para inserir, nas negociações internacionais, esse tema, sob a aparência de uma ética de legitimidade social e política. Um incógnita parece ser a entrada da China na OMC<sup>14</sup>, isto porque esse país vem sendo alvo de várias acusações de violação a normas trabalhistas e ambientais. É preciso estar atento ao que vai ocorrer.

<sup>13</sup> O Brasil possui dificuldades não tanto com a criação destas normas, e, muito mais, com a implementação das mesmas.

<sup>14</sup> A diplomacia brasileira vem procurando na OMC uma solução para o protecionismo norte-americano e de países europeus no campo dos produtos agrícolas. Há uma expectativa de que o País aumentaria em US\$ 6 bilhões as exportações de seus produtos apenas no primeiro ano subsequente à redução das barreiras (Dados extraídos do Jornal do Senado – órgão de divulgação das atividades do Senado Federal. Ano VII, nº 1.394, Brasília, 05.11.2001, p. 07). Parece que esta é uma questão fundamental não apenas para o Brasil, mas também para outros países emergentes e pobres: a abertura do mercado internacional para a produção agrícola.



Por outro lado, os pontos positivos são também realçados, dizendo-se que são maiores as chances de mitigar estas diferenças participando do processo negocial da Alca. Aponta-se o caso da Alemanha, acreditando-se que foi generosa, dada a força da sua economia na formação da União Européia, haja vista as transformações que beneficiaram Portugal, Espanha e Grécia.

Assim, para o Brasil, caso os Estados Unidos da América do Norte removessem as suas restrições, isto já significaria um avanço, mesmo que isto se proceda de um modo gradual e, por conseqüência, de uma luta permanente.

O desenvolvimento de um programa de mercados de capitais, ao lado das exportações, poderia significar uma espécie de luz no final do túnel.

A Alca poderia servir para atrair capitais, e, talvez, para condicionar a entrada de novas empresas, permitindo ao Brasil exportar mais. Afora o fato de que a implementação da Alca sem o Brasil poderia levá-lo a uma perda de posição competitiva para outros países da região que houverem firmado uma relação comercial mais favorável com os Estados Unidos da América do Norte.

Mais: atualmente, em 2001, são cerca de trinta vãos diários entre o Brasil e os países que compõem o Mercosul<sup>15</sup> (Argentina, Uruguai, Paraguai). É bem verdade que há os opositores que argumentam que, antes dele, o Brasil era superavitário no comércio com estes países, sendo, agora,

<sup>15</sup> Em contrapartida ao NAFTA, procurou-se criar o SAFTA, uma idéia do ITAMARATY e de seguimentos da sociedade brasileira; mas a conjuntura internacional não se demonstrou favorável.

deficitário. Ocorre que esta é a região do mundo onde menos compra-se armas, havendo a vantagem de haver sido interrompida a corrida atômica. De fato, antes do Mercosul<sup>16</sup>, o 3º Exército brasileiro era posicionado nestas fronteiras.

Outra reclamação importante é a de que em face da população, da riqueza e do espaço brasileiros o voto unitário, no Cone Sul, não seria justo com o Brasil.

Enfim, o importante é que o tema vem recebendo reflexões cada vez mais sérias, inclusive no âmbito do Congresso Nacional, que, em face da sua composição eleitoral<sup>17</sup>, costumava abdicar da profundidade nestes assuntos.

Hoje, já se discute, de maneira clara: a importância do perdão das dívidas de Angola, de Moçambique e de Guiné-Bissau, sem desconhecer que a pobreza e a miséria também existem no Norte e no Nordeste do Brasil; sobre as restrições para a entrada de brasileiros nos Estados Unidos da América do Norte e as vantagens e ameaças da

<sup>16</sup> No Brasil, há uma Comissão Parlamentar conjunta (Senado Federal e Câmara dos Deputados) do Mercosul. Em outubro de 2001, foi aprovado um acordo que prevê a cooperação entre as Forças Aéreas do Brasil e do Paraguai para promover a integração das forças repressivas contra as atividades ilícitas praticadas com o uso de aviões. Os dois países, para levar a efeito este acordo, poderão promover o intercâmbio de informações, treinamento técnico ou operacional, fornecimento de equipamentos ou recursos humanos e assistência técnica mútua.

<sup>17</sup> Explico melhor o que digo. Grande parte dos congressistas foram eleitos como candidatos de organizações profissionais (professores, policiais civis, policiais militares, funcionários públicos), candidatos de mídia (crônica esportiva, assistencialismo), evangélicos, políticos com influência para obter verbas orçamentárias. Assim, precisavam atender às suas bases eleitorais, que detinham interesses bem específicos e precisos. Logo, temas como o da globalização, comércio e direito internacional não eram da pauta imediata de discussão.



Alca<sup>18</sup>; sobre os efeitos de uma má situação da Argentina, sem parque industrial, e com a sua companhia de petróleo comprada pela Espanha; sobre a aproximação com a Líbia, um portal para cerca de 600 milhões de pessoas da África negra, fazendo surgir fronteiras comerciais novas: Argélia, Marrocos, África do Sul, etc.

Portanto, não pretende, nem pode, o Brasil isolar-se no mundo; o que não se quer é um comércio desequilibrado contra o Brasil, embora admita-se a aproximação dos povos não apenas como um vetor econômico, mas também político e humanitário.

Se o Peru e a Colômbia podem, e querem, comprar automóveis do Brasil, discute-se, aqui, a quase exclusividade das vendas pelos Estados Unidos da América do Norte.

<sup>18</sup> No final de agosto de 2.001, ocorreu uma reunião conjunta de duas Comissões do Congresso Nacional brasileiro, a de Assuntos Econômicos (CAE) e a de Relações Exteriores (CRE), com oito deputados norte-americanos, que constituíam uma delegação chefiada pelo deputado DAVID DREIR. A reivindicação apresentada pelo Brasil foi no sentido de que os Estados Unidos da América do Norte precisariam promover uma maior abertura do seu mercado interno para produtos brasileiros, abrandando a lei *antidumping*, reduzindo subsídios agrícolas e implementando uma nova política destinada a pôr fim ao protecionismo, que tem prejudicado não apenas o Brasil, mas também aos demais países latino-americanos. Exemplificando, cita-se o caso das sobretaxas impostas a produtos brasileiros, tais como os calçados, o aço e o suco de laranja. A resposta dos deputados norte-americanos, basicamente, foi no sentido de que 20% (vinte por cento) das exportações brasileiras já são feitas para os Estados Unidos, sendo muito difícil alterar a lei *antidumping*. Além disto, reclamaram contra a morosidade da alfândega brasileira para liberar os seus produtos, e cobraram um mecanismo eficaz de combate à pirataria de programas de computador e CDs. À parte tudo isto, o senador EDUARDO SUPPLY (Partido dos Trabalhadores - São Paulo) lançou a reflexão de que os países latino-americanos teriam mais condições de competir, no mercado norte-americano, com o fortalecimento comercial prévio dos integrantes do MERCOSUL. Extraído do site oficial do Senado Federal brasileiro: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br) (24.08.2.001).

Há uma idéia firme de que é preciso exportar para aumentar o número de empregos e trazer divisas. Há, mesmo, uma idéia de que seja perfeitamente viável instituir uma espécie de Ministério do Cone Norte, especializando o contacto com o Caribe. O ferro, a laranja, os calçados brasileiros, além de vários outros produtos, estão aptos a concorrer no mercado internacional. Contudo, evidentemente, as barreiras não tarifárias e as sobretaxas não são bem vindas.

No entanto, em um País como o Brasil, cuja Constituição começa tratando dos "Princípios Fundamentais"<sup>19</sup>, certas diretrizes não devem ser esquecidas, tais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a garantia do desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

A necessidade de mercados cada vez maiores para os seus produtos vem impelindo o capitalismo para todo o mundo, criando vínculos em toda a parte, embora precários e transitórios.

Com o declínio do Estado-Nação e a marcha globalizante, o direito não deve desconhecer estes fenômenos, nem tampouco o mesmo pode ser feito pelos seus intérpretes. Parece que se está partindo para um "Mercado Máximo" com um "Estado Mínimo". É o neoliberalismo. Este objetivo vem sendo bem aceito pelas grandes empresas em um período da história onde os Estados Unidos da América do Norte despontam com razoável hegemonia.

<sup>19</sup> Título I. Dos Princípios Fundamentais. (arts. 1º a 4º).



Reconheço que, no passado, tem-se alguns exemplos de empresas com vocações mundiais, tal o caso das Companhias das Índias, e, de alguma maneira, a presença de "blocos", tal o caso da expansão territorial européia, por volta do século XVI. Por assim dizer, o processo de uniformização e globalização econômica possui a sua origem na Europa pós-medieval.

Ocorre que, agora, o ritmo é extremamente acelerado e há o fenômeno intenso do instável capital especulativo, bem como uma enorme velocidade nas comunicações e nos transportes, tornando fisicamente normal a mobilidade das pessoas pelo mundo. Em outras palavras, o mundo tornou-se mais rápido; mas as pessoas não devem se transformar em coisas descartáveis.

Assim também o seja com o direito, com a constituição e com as leis, que não podem ser descartáveis, a depender do humor e dos interesses desta nova ordem mundial, devendo-se combater a caracterização como inferiores das culturas que não pertençam às economias das nações industrializadas.

O enfraquecimento dos Estados-Nação atinge, ainda mais particularmente, os menos desenvolvidos, que precisam se advertir de que não podem ficar submissos às grandes empresas, que, naturalmente, querem ampliar regiões de influência, definindo políticas que facilitem o exercício de uma estratégia de dominação.

Não sendo possível se ensimesmar, faz-se necessário estabelecer programas de médio e longo prazos, de modo a manter um norte de harmonia perante a atuação da "aldeia global", embora, do ponto de vista espacial, a falta de

homogeneidade deste modelo de desenvolvimento termine por deixar à parte imensas regiões do mundo, e grande parcela da população mundial, na África, em grande parte da América Latina e em parte da Ásia.

Não se deve permitir à dinâmica do capital que manipule as constituições e a legislação subalterna, criando estruturas de poder sem uma localização nítida, destruindo laços históricos com os quais não mantém qualquer compromisso. Se assim não se fizer, este tipo de globalização lançará o gérmen do fragmentário, facilitando o predomínio de uma dominação cujos desígnios faz desaparecer as identidades, acentuando desníveis econômicos, sociais e culturais. A consequência é ampliar uma população de excluídos, que, se já é grande, pode tornar-se ainda maior.

Pode-se pensar que, sendo a globalização uma realidade e, tendo ela o potencial de manter excluída grande parte da população mundial, não haveria alternativas a apontar.

Discordo. Com um arsenal jurídico bem posto e estável, e com o mercado potencial que tem o Brasil, não se defende, aqui, que se busque deter o processo avassalador da globalização.

Não é isto. Pode-se tentar reorientá-lo, tornando-o mais civilizado e humano.

O movimento de regionalização (União Européia, Mercosul, etc.) pode melhor resolver a equação de forças, encontrando interesses comuns entre os blocos mundiais. Um exemplo do que digo é o meio ambiente.



Embora o Brasil encontre dificuldades práticas de conservá-lo, e querendo manter a sua soberania territorial e a independência nacional (art. 1º, inc. I e art. 4º, inc. I, ambos da atual Constituição da República) sobre ele poderá contar com modelos de desenvolvimento que atraiam empreendimentos estrangeiros preocupados com a sua conservação.

A nossa legislação constitucional preocupa-se com este assunto, havendo todo um capítulo da Constituição da República disciplinando a matéria<sup>20</sup>.

Se a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense, etc, constituem patrimônio nacional (art. 225, § 5º, da atual Constituição da República), nem por isto o mundo globalizado deve deixar de colaborar com a nossa economia, de maneira a fortalecê-la, e, conseqüentemente, criando trabalho para que o nativo evite a depredação e o exaurimento destas riquezas como única fonte de subsistência.

É preciso que convivam a economia tradicional com a criação de novas condições de sobrevivência para os excedentes populacionais. Não se deve destruir sem criar.

O Brasil convive com uma democracia política, que tem a importante missão de implementar um contexto que propicie uma real democracia social e econômica.

<sup>20</sup> Vide o Capítulo VI - Do Meio Ambiente. Título VIII - Da Ordem Social. Art. 225.

A qualidade de vida cotidiana das pessoas, com o respeito à identidade e à cultura das mesmas, é o caminho pelo qual é essencial que se dirija a globalização.

O direito funciona como um importante instrumento neste sentido.

Dito de outra maneira. O poder político não deve deixar que a globalização e os interesses das grandes empresas fixem, ao seu bel-prazer, as normas jurídicas e as suas alterações.

Para combater que assim o seja, é essencial que o Estado estabeleça um planejamento para o seu desenvolvimento a médio e longo prazos, fazendo emergir uma consciência pelos caminhos do desenvolvimento nacional.

Anteriormente, referi-me à importância do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais brasileiros.<sup>21</sup> Agora, insisto nas suas relevâncias em um mundo globalizado, inclusive de maneira a reduzir as graves desigualdades regionais e sociais.

<sup>21</sup> Vide "Dos Orçamentos". Constituição da República brasileira, arts. 165 e ss. Verificando-se a Lei nº 10.171, de 05 de janeiro de 2001, que trata de estimar a receita e de fixar a despesa da União para o exercício de 2.001, tem-se que a Receita Orçamentária brasileira é estimada em R\$ 950.202.360.392,00 (novecentos e cinquenta bilhões, duzentos e dois milhões, trezentos e sessenta mil, trezentos e noventa e dois reais), desdobrando-se em: a) R\$ 272.989.945.741,00, do Orçamento Fiscal, incluída a Receita das contribuições sociais desvinculada pela DRU (Em. Constitucional nº 27/21.03.00, no valor de R \$ 17.058.150.755,00; b) R\$ 136.951.530.857,00, do Orçamento da Seguridade Social; c) 540.260.883.794,00, correspondente à emissão de títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional destinados ao refinanciamento da dívida pública federal, interna e externa, inclusive mobiliária.

Portanto, um dos caminhos para reorientar internamente o movimento avassalador da globalização é o de fazer com que, diretamente, todos os seguimentos organizados da sociedade participem da confecção das metas e dos investimentos do Estado, inclusive no campo das renúncias de receitas, dos incentivos e benefícios fiscais e congêneres.

Cabe dizer que, no Estado de Pernambuco, mais particularmente na Capital - Município do Recife, isto começou a ser feito com relativo sucesso, a ponto de o anterior prefeito ser, hoje, governador.

Ocorre que a virtude não se esgota com o plano local, sendo necessário que alguns passos sejam dados no âmbito regional; e, mais precisamente, no Mercosul.

A questão é a de saber se caberia cogitar de um sistema tributário do Mercosul. Se é possível e conveniente falar em um processo de harmonização das legislações tributárias do Brasil, da Argentina, do Uruguai<sup>22</sup> e do Paraguai, considerando que, por enquanto, são estes os Países que o compõem<sup>23</sup>.

Nesta seara, não deve ser esquecido que:

- a) no Brasil, há os tributos federais, estaduais/distritais e municipais;

<sup>22</sup> Provavelmente, o maior intercâmbio entre estes Países poderia, ao menos, dificultar escândalos como o da "Operação Uruguai", um suposto empréstimo feito por um ex-presidente brasileiro para pagar vultosas despesas pessoais.

<sup>23</sup> O Chile e o Paraguai são possíveis integrantes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

- b) na Argentina, há os tributos do Estado federal e os provinciais;
- c) no Uruguai, há os tributos em espécie e os departamentais;
- d) no Paraguai, há os chamados tributos em espécie.

Além disto, é preciso ter em conta que, embora apenas o Uruguai e o Paraguai sejam Estados unitários, a Argentina, mesmo sendo uma Federação, mantém o seu IVA - imposto sobre valor agregado no campo nacional; o que, de algum modo, facilitaria a homogeneidade<sup>24</sup>.

É verdade, contudo, que cada um destes três países diferenciam-se no modo como disciplinam este imposto.

Falo no IVA - imposto sobre valor agregado, porque, procurando ser o Mercosul um mercado comum, com a abertura do comércio aos países que o componham, a harmonização prioritária parece-me ser a dos tributos incidentes sobre o consumo, deixando-se a tributação patrimonial para os próprios sistemas nacionais. A respeito do imposto sobre a renda, talvez bastasse evitar a dupla tributação, através de tratados internacionais sobre o assunto.

<sup>24</sup> Vale observar o Decreto-Lei nº 394-B/84-Portugal, de 26 de dezembro e alterações posteriores, que aprova o CIVA - Código do Imposto sobre o valor acrescentado, onde, já no Preâmbulo, destaca-se a chamada 6ª Directiva (77/388/CEE, de 17 de maio de 1977), que procedeu a uniformização da base tributável do imposto a aplicar em todos os Estados membros da CEE. Esclarecendo-se o tributo, afirma-se que o IVA visa tributar todo o consumo em bens materiais e serviços, abrangendo, na sua incidência, todas as fases do circuito econômico, desde a produção ao retalho, sendo, porém, a base tributável limitada ao valor acrescentado em cada fase. O Código do IVA também afirma a necessidade de se criar e regulamentar uma estrutura centralizada de cobrança do imposto - o serviço central de cobrança, cujo desenho da estrutura administrativa deveria ser objeto de legislação especial.



Ocorre que o Mercosul não dispõe de um órgão legislativo próprio, não detendo, como a União Européia, uma fonte comum para legislar.

Na realidade, no estágio atual, há o art. 7º, do Tratado de Assunção<sup>25</sup>, que dispõe sobre o *princípio da não discriminação*, dizendo: “*Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internacionais, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.*”

A efetividade deste dispositivo parece fundamental para a composição da iniciativa de um Mercado Comum.

Também é de receber realce a Comissão de Assuntos Tributários, que vem procurando analisar a legislação de cada um dos Estados integrantes, de modo a facilitar o fluxo comercial na região.

<sup>25</sup> A respeito do Cone Sul, e mais especificamente quanto à constituição e desenvolvimento do Mercosul, tome-se em conta: Tratado de Montevideu (12.08.1980) - criou a ALALC, Associação Latino-americana do Livre Comércio; Tratado de Assunção (26.03.1991) - criou o Mercosul, um mercado comum estabelecido a 31.12.1994; Acordo Mercosul, - CEE (29.05.1992) - instituindo a previsão de uma “cooperação mais estreita possível”, art. 1º; e o Protocolo de Ouro Preto (17.12.1994) - onde a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai fixam a estrutura do Mercosul, com um Conselho do Mercado Comum (CMC), um Grupo do Mercado Comum (GMC), uma Comissão de Comércio do Mercosul, (CCM), uma Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), um Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e uma Secretaria Administrativa do Mercosul, (SAM), além de prever a criação dos órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração. De fato, o Protocolo de Ouro Preto diz, entre os seus considerandos, que se está *consciente da importância dos avanços alcançados e da implantação da união aduaneira como uma etapa para a construção do mercado comum*. Mais adiante, diz reafirmar os *princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentar para a necessidade de uma consideração especial para países e regiões menos desenvolvidos do Mercosul*.

Essa comissão, em reuniões realizadas entre 24 a 27 de agosto, e entre 20 a 23 de outubro de 1993, concluiu que, sendo considerados os impostos sobre o consumo vigentes na Argentina, no Paraguai e no Uruguai há uma evidente similitude de características estruturais. Contudo, no Brasil, não se verifica a mesma coincidência.

Creio que isto ocorra, por um lado, pelo fato de o Brasil ser um Estado Federal, com a necessidade de Estados, Distrito Federal e Municípios manterem uma receita própria, de maneira a assegurar-lhes um mínimo de autonomia financeira.

Com isto, o ICMS, um imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, termina sendo o principal imposto dos Estados federados brasileiros, e com uma repercussão importante nos cofres municipais, dado o seu percentual de repasse para estes últimos entes.

Ora, sendo um imposto tão importante no sistema tributário brasileiro, é natural que toda alteração que sobre ele se pretenda fazer receba a desconfiança e o temor de Estados e Municípios, que costumam alegar inconstitucionalidades nas mudanças, argumentando que as alterações fulminam a cláusula pétreia da forma federativa de Estado.

A realidade histórica demonstrou que, no Brasil, não podem Estados e Municípios subsistirem de repasses de receitas federais. É o que a prática política brasileira convencionou chamar de “pires na mão”. Isto deu margens a desvios



de recursos com evidentes repercussões não apenas no campo tributário, mas também no campo ético.

De tal modo que, não sendo viável politicamente federalizar o ICMS, ou criar uma espécie de IVA federal, haveria a alternativa de mantê-lo na competência dos Estados-membros da federação brasileira, mas sob a obediência de uma legislação nacional unificadora. Seria a exigência de uma lei complementar sobre o ICMS.

Tão somente de direito ela já existe, no mínimo desde 1975, ocorre que não vem sendo observada.

Isto provoca o que alguns juristas e a mídia chamam, no Brasil, de "guerra fiscal".<sup>26</sup> É um conflito interno entre os Estados federados, que procuram, com a concessão de incentivos, benefícios e isenções tributárias, atrair empresas nacionais e estrangeiras. É uma concorrência que pode ser predatória. Talvez este seja o maior obstáculo para uma uniformização legislativa tributária no Mercosul.

Assim, o problema não é o de saber se o **IVA argentino** incide sobre a venda de bens móveis corpóreos, implicando em transferência de domínio a título oneroso, sendo a migração feita por comerciante habitual. Ou se o **IVA paraguaio** incide sobre a alienação de bens quer a título oneroso quer a título gratuito, desde que haja transferência de propriedade ou provoque a disposição da coisa como se proprietário fosse. Ou se o **IVA uruguaio** incide sobre a alienação ou a circulação de bens móveis, imóveis e direitos, somente a título oneroso, obedecendo, como na Argentina, a situação do bem.

<sup>26</sup> O tema guerra fiscal foi minudentemente tratado. Vide índice de palavras.

Não se trata, portanto, de procurar diferenças técnicas acidentais. A questão é de mérito.

Se é possível ao Brasil adequar a sua legislação de ICMS ao Mercosul, permitindo uma uniformidade interna no próprio Brasil, no momento em que este passo for possível, reduz-se ou elimina-se a "guerra fiscal" interna, e passa a ser possível falar-se em harmonização da legislação tributária no Mercosul.

Não se trata de uma peleja fácil, pois diz respeito à própria organização do Estado brasileiro. A oposição não seria tal como a que ocorre com a privatização de uma empresa pública, onde os maiores antagonistas são os próprios funcionários e uma fração pequena do povo. E friso que não estou, aqui, posicionando-me a favor das privatizações, tal como ocorreram no Brasil. Mas me refiro a uma questão pragmática.

A oposição por uma legislação uniforme para o ICMS sequer poderia contar com o apoio do atual texto constitucional brasileiro, que deixa claro este objetivo (art. 155, § 2º, inc. XII, da atual Constituição).

É clara a Constituição do Brasil quando predica uma lei complementar para definir a unidade jurídica do ICMS no território nacional. O que, de fato, vem impossibilitando esta iniciativa é um antigo problema brasileiro, que parece estar agravando-se. São as diferenças regionais internas. Pior do que isto. É que as diferenças não são apenas entre as regiões, pois, se assim fosse, poder-se-ia contrabalançá-las através de repasses de recursos, tais como o fundo de fomento das regiões menos desenvolvidas (Norte, Nordeste e Centro-Oeste); o que já está pre-



sente na Constituição brasileira, e poderia ter os seus percentuais reanalisados.

É que a oposição a isto, no Congresso Nacional, e mais fortemente nas diversas governadorias dos Estados mais desenvolvidos, argumenta que, mesmo nesses Estados, existem bolsões de miséria. E seria discriminatório tratar a pobreza, nos Estados-membros mais desenvolvidos, de uma forma mais rigorosa do que aquela presente nos menos desenvolvidos.

A polêmica é daquelas mais intensas. Ou seja, todos afirmam que pretendem combater a miséria. O problema é saber quem paga a conta.

Recentemente, a Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000<sup>27</sup>, mais uma vez procurou trilhar por este caminho íngreme, sem antes lembrar mais um importante problema. Um problema operacional. Um problema de administração e de fiscalização.

É que o sistema de aproveitamento de crédito vem dando margem a um número grande de fraudes tributárias. Não se trata somente de falsificações grosseiras de notas fiscais ou de omissão na entrega das cotas-partes dos Municípios. Mas de um possível conluio entre a administração de alguns Estados e certos contribuintes que procuram ser mais espertos do que outros.

<sup>27</sup> A Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências.

Lamentável, contudo, é observar que quando esta falsa esperteza produz resultados pecuniários positivos, isto provoca uma evidente concorrência desleal, que pode levar à falência o contribuinte sério e adimplente.

Insisto, portanto, em dizer que o ponto fundamental em favor de uma futura harmonização parcial ou plena não está em saber se o IVA, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai seja um imposto de consumo, que permite a constituição de créditos quer pela compra e venda de bens, quer pela prestação de serviços em geral; e que o ICMS do Brasil seja uma espécie de IVA de produto, tendo ao seu lado o imposto sobre serviços (ISS)<sup>28</sup>, e não podendo ser compensável com o mesmo.

A questão é se é possível, na prática tributária brasileira, impedir a guerra fiscal, e se o Brasil entende como necessária uma maior uniformização, em face das diferenças de tamanho das economias dos Estados - Partes do Mercosul, uniformizando os critérios de imposição e o volume de tributo imposto.

Para a Comissão de Aspectos Tributários é esta a interpretação que deveria ser retirada do art. 1º, do Tratado de Assunção, que estabelece, entre os princípios fundamentais e finalidades do Mercosul, a coordenação de políticas fiscais entre os Estados Partes e a livre circulação de bens entre eles:

*Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará 'Mercado Comum do Sul' (Mercosul).*



Este Mercado Comum implica:

*A livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários ou de qualquer outra medida de efeito equivalente;*

*O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;*

*A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, **fiscal**, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e*

*O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.*

Realmente, nos termos do Tratado de Assunção, parece conforme o interprete, pela harmonização dos impostos sobre o consumo, pois detêm uma íntima conexão com a livre circulação de bens e com a coordenação de uma política fiscal entre os Estados Partes.

<sup>28</sup> A Constituição do Brasil, de outubro de 1988: "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II (ICMS), definidos em lei complementar."

O problema é que, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal quem decide se um tratado internacional tem efetividade no Brasil; ou seja, se foi incorporado ao direito interno. Atualmente, vem-se entendendo que, para que ocorra a incorporação, faz-se necessário, além da assinatura por um plenipotenciário, um decreto legislativo do Congresso Nacional e mais um decreto do Presidente da República.

Contra esta postura, vêm crescendo as resistências, que se estão chocando, com desvantagem, em favor daqueles que postulam pela manutenção do rito que expus. Outro sério problema de distanciamento entre o ICMS brasileiro e o IVA é que o primeiro tributo combina critérios de imposição na origem e no destino, evitando que se aplique o critério exclusivo de destino.

Contudo, neste novo mundo da Internet, é bastante possível que, logo adiante, estes critérios venham a ser relativizados.

Dou um exemplo para justificar o que digo. Imagine-se uma compra pelo computador<sup>29</sup>. O comprador, digitando o seu computador no Estado de Pernambuco, faz a compra de um produto que se encontra na empresa vendedora em São Paulo. De fato, a compra foi feita em São Paulo. Ou em Pernambuco?

<sup>29</sup> Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça distingue a forma de fornecimento de programa de computador: quando prestado de forma personalizada ao cliente, caracteriza-se uma prestação de serviço e incide o Imposto sobre Serviços - ISS; se o programa é vendido em larga escala para um sem-número de pessoas, incide o ICMS, porque é vendido como mercadoria, inclusive armazenado como tal. Precedentes - do Supremo Tribunal Federal: Recursos Extraordinários 191.732-São Paulo, Diário de Justiça 18.06.1999 e 176.626-São Paulo, Diário de Justiça 11.12.1998; do Superior Tribunal de Justiça: Recursos Especiais 39.457-São Paulo, Diário de Justiça 05.09.1994, 123.022-Rio Grande do Sul, Diário de Justiça 27.10.1997, 216.967-São Paulo, julgado em 28.08.2001.



Enfim, o direito tributário não pode adotar uma posição apática frente à nova tecnologia, ao novo mundo.

Talvez, seja tal como aquela história do príncipe e do sapo. Um modelo teórico pode, no mundo ideal, parecer um príncipe; mas, quando se depara com a realidade, mostra a sua real natureza.

Para evitar as surpresas em um campo tão delicado como o tributário, pode parecer preferível que a harmonização legislativa seja apenas restrita. Evitando reformas constitucionais, que poderiam confrontar cláusulas pétreas, como a Federação, creio que a gradual eliminação de tratamentos discriminatórios e a efetiva e estável implantação de uma Tarifa Externa Comum (TEC), tudo isto aliado à uniformização do ICMS brasileiro, sejam as aparas necessárias para seguir um curso que se, ao final, não pareça com o tal príncipe das fábulas, ao menos não provoque inconvenientes técnicos, políticos e econômicos que desfavoreçam o comércio no Mercosul.

Em continuação a este ponto de vista, tenho que qualquer política de desenvolvimento precisa manter compatibilidade de planos e de ações entre a administração pública e a iniciativa privada. Precisam o público e o privado estarem articulados.

De certa forma, é o que a Constituição brasileira de 1988 pretende, quando, no art. 174, registra o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo, este último, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

E, ainda no mesmo artigo, diz que a lei deveria estabelecer as diretrizes e as bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, devendo-se compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Assim, se é preciso planejar conforme as carências de cada região, é imprescindível concentrar esforços para identificar as verdadeiras vocações econômicas regionais, conforme o material, inclusive o humano, de que se disponha.

Logo, os ministérios, na administração federal, e as secretarias, nas administrações estaduais e municipais precisariam funcionar intercomunicantes; o que nem sempre, ou muitas vezes, não ocorre.

Parece-me, mesmo, que a União, os Estados e os Municípios brasileiros, em grande parte dos seus funcionamentos, subsistem como compartimentos estanques; o que, em muito, demonstra-se prejudicial ao difícil equacionamento da Federação brasileira.

Mas não é só. O êxodo interno no Brasil, o baixo nível de vida destas populações, a escassa capacitação profissional terminam provocando um aprofundamento do desequilíbrio regional e intra-regional. É fundamental formular e executar políticas que permitam ao homem não sair da sua terra, senão por opção própria, ao invés de compelido por fatores perante os quais a sua vontade sucumbe.

Reestruturar o mundo rural, estimular o turismo, desenvolver uma cultura universitária adequada ao país em que se insere, fomentar atividades culturais e esportivas em cada



região, estar atento às necessidades de infra-estrutura são fatores que precisam ser levados a sério.

Entre eles, destaco o problema da terra; ou melhor, da concentração de terras no Brasil. Com cerca de 850 milhões de hectares, e com as áreas que ainda continuam ociosas<sup>30</sup>, tenho que é impossível falar no desenvolvimento brasileiro sem discutir este assunto.

Trata-se de uma seqüela nacional. No Brasil, 2,8% dos imóveis constituem grandes propriedades. Ocorre que isto representa 56,7% da área total ocupada pelos cerca de 3 milhões de imóveis rurais recadastrados, em 1992. Estes números transformam o Brasil em um dos primeiros países do mundo na categoria de maior concentração da propriedade da terra.

Logo, discutir política agrária é algo que precisa ser aprofundado; e muito. Veículos como o *Banco da Terra*, de modo a financiar a baixo custo o pequeno produtor; o leilão de terras e a tributação progressiva do Imposto Territorial Rural (ITR) são elementos importantes nesta discussão; mas não podem ser excludentes de uma política de desapropriação.

Veja-se o Imposto Territorial Rural (ITR). Em 1997, arrecadou-se R\$ 145 milhões de reais; ao contrário do pre-  
via o Governo federal, que estimava arrecadar R\$ 1,5 bilhões de reais.

<sup>30</sup> O Brasil possui cerca de 390 (trezentos e noventa) milhões de hectares, consideradas áreas próprias para a atividade agropecuária, e 31% (trinta e um por cento) delas permanecem ociosas. Dos 3 (três) milhões de imóveis rurais recadastrados, em 1992, 62,2% (sessenta e dois vírgula dois por cento) ocupavam 7,9% (sete vírgula nove por cento) da área total de 331,4 (trezentos e trinta e hum vírgula quatro) milhões de hectares.

Sobre o leilão de terras, cuja operação se iniciou pelos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul já ocorreram denúncias de superfaturamento de preços. Mais: o Governo não vem conseguindo comprar terras por este mecanismo.

Quanto ao *Banco da Terra*, algo similar ao Programa "Cédula da Terra", inspirado pelo Banco Mundial, estão aí os Projetos-piloto nos Estados do Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia e norte de Minas Gerais.

Nesse projeto, anuncia-se que o Banco Mundial destinaria, inicialmente, R\$ 250 milhões de reais por ano. Por um lado, projetos como esse talvez possam reduzir as invasões de terras e as mortes daí conseqüentes. Mas vêm sendo muitas as críticas, entre elas:

1. a reforma agrária seria algo opcional para o dono da terra, que a venderia apenas se o quisesse;
2. premiaria os donos da terra que, ao invés de receberem Títulos de Dívida Agrária (TDAs), a serem liquidados em até 20 (vinte) anos, como predica a Constituição brasileira, receberiam o dinheiro à vista pelas terras vendidas. Passariam as grandes propriedades, embora improdutivas, a constituir verdadeiros ativos financeiros;
3. haveria o aumento do preço das terras por uma questão mercadológica e pela formação de cartéis pelos latifundiários, especulando o aumento de preço;
4. o financiamento da compra da terra e da própria produção posterior poderiam compor custos proibitivos para os chamados "sem-terra" e minifundiários;



5. o programa poderia estimular a formação de currais eleitorais, pois as oligarquias rurais, alimentando a submissão política, poderiam utilizar o programa, acaso não haja uma efetiva fiscalização dos compradores e dos meios de acesso à compra e ao financiamento da produção daí conseqüente. Portanto, poderia funcionar como uma confirmação do controle político pelas antigas lideranças;
6. o fracionamento da média propriedade, estimulando a inconveniente formação de novos minifúndios;
7. as terras vendidas costumam possuir baixa qualidade;
8. desarticulária os movimentos sociais que lutam pela terra e pela reforma agrária, através de campanhas na mídia, jogando a opinião pública contra a reforma agrária.

Enfim, no tema do desenvolvimento brasileiro e da globalização, independentemente da postura política que se queira perseguir, é destacada a questão da dívida externa e da dívida pública total.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> O assunto da dívida externa começou a preocupar o mundo, mais precisamente o Terceiro Mundo, na década de 70. Os países exportadores de petróleo, por meio da sua organização (OPEP), não apenas estabeleceram limites de produção e a explosão de preços, como também investiram nos países do Primeiro Mundo, que trataram de conceder empréstimos a vários governos dos países menos desenvolvidos, principalmente na América Latina, onde, provavelmente, sofreram com desvios e corrupções. Mas, nos anos 70, os Estados Unidos mergulharam no enfrentamento do problema inflacionário, vindo, em 1979, o então Presidente JIMMY CARTER a indicar PAUL VOLCKER para a presidência do Banco Central americano. Como Presidente do *Federal Reserve*, tratou de elevar abruptamente as taxas de juros americanas (de 6 para 20%), fazendo desaparecer a inflação nesse País, mas também fazendo com que o custo da dívida externa explodisse; o que repercutiu diretamente, por exemplo, no México, na Argentina e no Brasil. No caso do Brasil, só obtinha dólares através de exportações e por meio de linhas comerciais.

De acordo com a Sinopse Macroeconômica do IPEA - Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, vinculada ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, se, em 1950, a dívida externa total do Brasil representava 0,6 bilhões de dólares; em 2000, já representava 236,2 bilhões de dólares. Se a dívida pública total representava, em 1999, 49,40% (quarenta e nove vírgula quarenta por cento) do PIB; em 2001, já representa 51,92% (cinquenta e um vírgula noventa e dois por cento).

Estes números, certamente, remetem à história de formação da dívida externa no Brasil, que, se ainda não é dela refém, precisa acautelarse.

Pelos dados que apresentarei em seguida, provavelmente, conclua-se que as políticas dos governos militares e do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO terminaram por incrementar o endividamento frente às entidades financeiras internacionais. Evidentemente que isto ocorreu por uma coligação de fatores internos e externos.<sup>32</sup>

Eis a cronologia da dívida externa brasileira<sup>33</sup>:

1822 - Com a independência, o Brasil assumiu uma dívida do governo português de cerca de 1 milhão de libras esterlinas, a ser paga em parcelas anuais de 300 mil libras. Em garantia, o Brasil hipotecou as rendas alfandegárias do Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco e Maranhão.

1824 - Data do primeiro empréstimo externo, no montante de 3,7 milhões de libras esterlinas.

<sup>32</sup> Dos cerca de 243 bilhões de dólares da dívida externa brasileira, o setor público deve cerca de 95 bilhões e o setor privado cerca de 148 bilhões. Os credores representados por organismos internacionais e agências governamentais são titulares de apenas 33 bilhões de dólares.

<sup>33</sup> A fonte são os Boletins do Banco Central do Brasil.



1889 - Com a Proclamação da República, o valor chegou a 30,4 milhões de libras esterlinas.

1890 - A dívida externa federal encontrava-se em 30,9 milhões de libras esterlinas, indo, em 1900, para 44,2 milhões; e, em 1913, para 144,3 milhões.

1931 - A dívida com o exterior era de cerca de 237 milhões de libras esterlinas. Com a Revolução de 1930, GETÚLIO VARGAS declarou moratória, e mandou fazer uma auditoria na dívida. As conclusões foram as de que 60% (sessenta por cento) da dívida não existia, pois os valores reais das remessas eram ignorados, por ausência de contabilidade regular do débito, e as condições de obtenção dos empréstimos eram demasiadamente onerosas.

1937 - Houve a renegociação da dívida externa.

1964 - O Brasil devia cerca de US\$ 2,5 bilhões de dólares.

1970 - Durante o chamado "milagre econômico", começou o endividamento externo a recrudescer em grande escala, indo, em 1967, de US\$ 3 bilhões, para, em 1973, US\$ 12,6 bilhões.

1978 - Chegou à casa dos US\$ 43,5 bilhões.

1983 - O Brasil decretou moratória e se assinou a primeira Carta de Intenções com o Fundo Monetário Internacional - FMI, que exigiu que o Brasil se enquadrasse em programa de ajuste.

1984 - A dívida era de US\$ 91 bilhões.

1985 - De 1985 a 1987, houve a moratória por falta de recursos e de confiança da comunidade internacional na condução da economia brasileira.

1991 - Outra breve moratória, mas, em outubro desse ano, com uma política de juros altos, retornaram ao Brasil capitais internacionais e nacionais aplicados no exterior. Mas, com o aumento dos juros, a dívida externa cresceu aceleradamente.

1994 - Antes de assumir a presidência FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, a dívida externa brasileira era de US\$ 119 bilhões. Entre 1995 e 1999, no primeiro mandato desse presidente, o Brasil pagou US\$ 186 bilhões de juros e amortizações; mas a dívida subiu para US\$ 221 bilhões.

2000 - A dívida externa era do montante de US\$ 240 bilhões.

Portanto, registrados os números da dívida, há de se reconhecer que se os recursos internos não eram suficientes, ou não estavam disponíveis para alavancar o desenvolvimento brasileiro, e daí o endividamento externo, atualmente, a dívida compõe um importante fator de preocupação.

Provavelmente, a intensidade negativa da dependência do capital financeiro internacional remonta, no Brasil, às suas características, entre elas:

1. não houve consulta ou outro tipo de autorização popular para a sua constituição;
2. o Governo contratou uma dívida sob juros flutuantes, de acordo com a vontade dos banqueiros credores;



3. o governo vem assumindo as dívidas contraídas pelas empresas, por vezes, porque, sendo idéia do Governo que as empresas contraíssem empréstimos externos, para, depois, exportarem produtos manufaturados, com resultados comerciais suficientes para pagar as dívidas contraídas, tratou de avalisá-las. Logo, na hora do pagamento, a dívida já era estatal;
4. nos últimos 15 (quinze) anos, os valores dos recursos enviados ao exterior são superiores aos que se recebe;
5. na última renegociação, não houve auditoria pública;
6. os últimos empréstimos tomados pelo Governo têm o destino de pagar os juros dos empréstimos anteriores.

A dependência que decorre deste processo de endividamento termina por dificultar, ou mesmo impossibilitar, os investimentos nos setores de energia elétrica, transporte, saúde, capacitação profissional, entre outros.

Não me parece, portanto, que o tema da dívida externa, em países como o Brasil, esteja entre aqueles desqualificados, pela reduzida relação da dívida externa com o PIB, ou porque mais de 60% (sessenta por cento) desta dívida seja constituída por empréstimos tomados por empresas privadas no mercado financeiro internacional.

Na verdade, e reconhecendo que esta questão não diz respeito a um país isoladamente, computados os cerca de 126 bilhões de dólares pagos pelo Brasil, desde o final de 1994 até o final de 1998, a título de juros e de amortização do principal, muita coisa poderia ter sido feita.

Por exemplo, o pagamento de melhores salários-mínimos, com a melhoria da vida das pessoas, estimulando a atividade econômica e a arrecadação tributária, permitindo um intercâmbio maior entre os Brasis. Um Brasil federal em ligação direta com os *Brasis estaduais e municipais*.

Ou a maior geração de empregos nas montadoras de automóveis, na indústria têxtil, na construção civil, na agricultura, etc. Ou a construção de milhões de moradias populares, reduzindo, ou mesmo acabando, com o déficit habitacional. Ou a multiplicação dos gastos com educação, se é que se pode falar em educação senão como um investimento. Ou aumentar o investimento *per capita* com saúde. Ou aumentar sensivelmente os assentamentos e a produção agrária, estimulando a economia, barateando o preço dos alimentos, reduzindo a violência nos grandes centros urbanos.

Até mesmo o conhecido "*ajuste fiscal*" não passaria imune. Afinal, o Governo federal vem cortando os gastos sociais, pretendendo obter recursos para o pagamento das dívidas interna e externa.<sup>34</sup>

Evidentemente que nada disto significa negar a necessidade de uma integração das economias, respeitando o interesse das empresas brasileiras; e, sobretudo, das pessoas de todo o mundo.

Logo, não é possível falar em desenvolvimento fugindo a temas tão fundamentais como aqueles que acabo de

<sup>34</sup> Entre 1995 e 1998, entraram, no Brasil, cerca de 66 bilhões e 537 milhões de dólares de investimentos líquidos estrangeiros. No mesmo período, 126 bilhões de dólares foram ao exterior. Vide os dados relativos à dívida externa brasileira disponíveis no Banco Central do Brasil - [www.bc.gov.br](http://www.bc.gov.br).

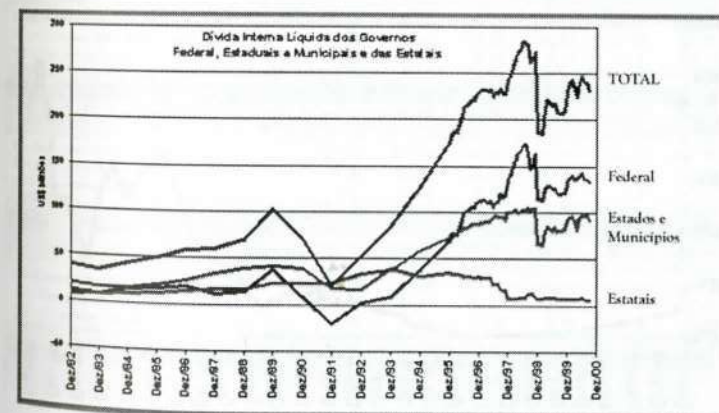
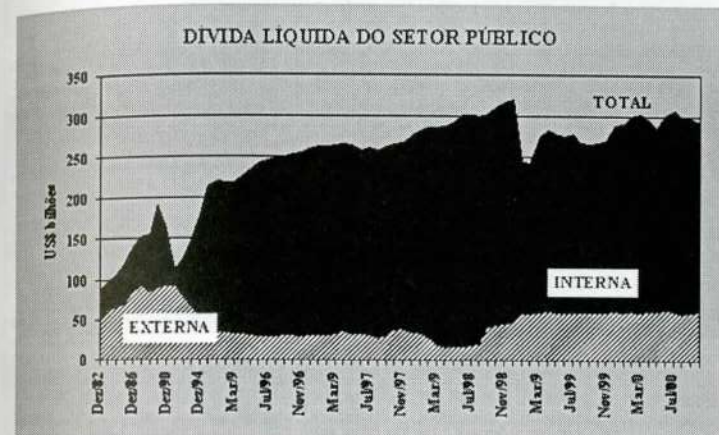
mencionar; e que, se detêm um conteúdo político ou econômico, não devem desconhecer o jaez da ética.

Em seguida, vão alguns quadros econômicos do Brasil, referentes a<sup>35</sup>:

1. Dívida líquida do setor público.
2. Dívida interna líquida dos Governos federal, estaduais, municipais e das estatais.
3. Reservas internacionais do Brasil.
4. Relação dos títulos da Dívida Pública Interna e o Produto Interno Bruto.
5. Arrecadação dos Impostos e Contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, a preços de dezembro de 2000.
6. Arrecadações do Imposto de Renda, Imposto sobre Produtos Industrializados (exceto vinculado) e Contribuições - Janeiro/1997 a Dezembro/2000.

<sup>35</sup> É importante destacar que nenhum país do mundo deve tornar-se excessivamente dependente de fluxos de recursos externos, mesmo que na forma de investimento externo direto, para financiar as suas contas externas. Independentemente de haver crises, não há a garantia de que estes investimentos continuarão existindo no volume necessário. No caso do Brasil, ainda há o problema da concentração destes investimentos em setores de bens não comercializáveis e as remessas de lucros e dividendos; o que confirma a idéia de que, a longo prazo, a expansão contínua de nossas exportações é algo fundamental.

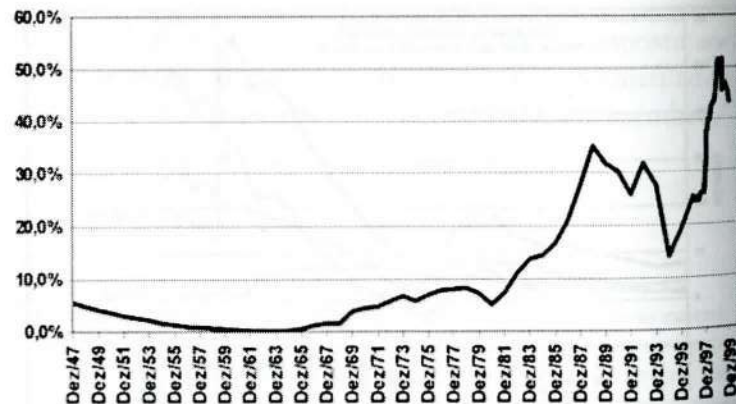
7. Desempenho discriminado da Arrecadação Acumulada no ano de 2000 em relação ao ano de 1999.







**Titulos da Dívida Pública Interna/ Produto Interno Bruto**



DÍVIDA INTERNA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO						
	US\$ Bilhões					
	Dez/83	Dez/84	Dez/85	Dez/86	Dez/87	Dez/88
I - Governo Federal e Banco Central	8,57	15,29	16,96	19,07	10,92	13,89
II - Governos Estaduais e Municipais	9,02	9,85	11,30	13,54	16,02	17,01
III - Empresas Estatais	17,20	17,23	20,82	25,78	33,11	39,04
<b>TOTAL</b>	<b>34,79</b>	<b>42,36</b>	<b>49,08</b>	<b>58,40</b>	<b>60,05</b>	<b>69,94</b>
	Dez/89	Dez/90	Dez/91	Dez/92	Dez/93	Dez/94
I - Governo Federal e Banco Central	37,93	9,05	-20,04	1,68	8,45	37,66
II - Governos Estaduais e Municipais	23,29	23,38	23,19	33,09	37,57	58,40
III - Empresas Estatais	41,02	39,37	17,59	17,10	38,09	31,02
<b>TOTAL</b>	<b>102,23</b>	<b>70,80</b>	<b>20,74</b>	<b>51,86</b>	<b>84,11</b>	<b>127,07</b>
	Dez/95	Dez/96	Jun/97	Dez/97	Jun/98	Jul/98
I - Governo Federal e Banco Central	68,69	111,43	106,25	134,68	171,91	172,69
II - Governos Estaduais e Municipais	72,29	86,97	95,38	100,03	102,64	101,61
III - Empresas Estatais	34,33	30,36	23,66	7,17	9,39	8,76
<b>TOTAL</b>	<b>175,31</b>	<b>228,77</b>	<b>225,28</b>	<b>241,88</b>	<b>283,94</b>	<b>283,06</b>
	Ago/98	Set/98	Out/98	Nov/98	Dez/98	Jan/99
I - Governo Federal e Banco Central	164,88	147,24	149,50	162,12	159,33	113,74
II - Governos Estaduais e Municipais	103,25	102,88	104,19	102,07	103,28	65,52
III - Empresas Estatais	11,92	12,07	13,23	8,27	9,90	7,10
<b>TOTAL</b>	<b>280,04</b>	<b>262,19</b>	<b>266,92</b>	<b>272,47</b>	<b>272,12</b>	<b>186,36</b>
	Rev/99	Mar/99	Abr/99	Mai/99	Jun/99	Jul/99
I - Governo Federal e Banco Central	112,84	125,46	128,67	128,71	126,37	126,60
II - Governos Estaduais e Municipais	64,36	79,64	84,02	82,63	81,20	83,01
III - Empresas Estatais	7,30	8,67	8,33	7,97	8,36	8,39
<b>TOTAL</b>	<b>184,51</b>	<b>213,77</b>	<b>221,02</b>	<b>219,31</b>	<b>215,93</b>	<b>218,00</b>
	Ago/99	Set/99	Out/99	Nov/99	Dez/99	Jan/00
I - Governo Federal e Banco Central	121,03	119,86	120,39	120,44	130,33	133,30
II - Governos Estaduais e Municipais	79,30	80,07	79,74	81,87	90,25	90,35
III - Empresas Estatais	7,53	7,32	7,20	7,48	7,48	7,25
<b>TOTAL</b>	<b>207,87</b>	<b>207,25</b>	<b>207,33</b>	<b>209,79</b>	<b>228,06</b>	<b>230,89</b>
	Fev/00	Mar/00	Abr/00	Mai/00	Jun/00	Jul/00
I - Governo Federal e Banco Central	137,78	139,24	135,72	135,99	138,70	141,75
II - Governos Estaduais e Municipais	94,55	95,39	90,52	81,68	93,63	95,82
III - Empresas Estatais	7,45	7,68	7,38	7,29	7,56	8,39
<b>TOTAL</b>	<b>239,78</b>	<b>242,31</b>	<b>233,61</b>	<b>224,96</b>	<b>239,89</b>	<b>245,96</b>
	Ago/00	Set/00	Out/00			
I - Governo Federal e Banco Central	136,58	135,58	133,20			
II - Governos Estaduais e Municipais	95,80	96,71	92,98			
III - Empresas Estatais	7,90	6,69	5,98			
<b>TOTAL</b>	<b>240,28</b>	<b>238,98</b>	<b>232,16</b>			



Gráfico II - Arrecadação dos Impostos e Contribuições Administrados pela SRF - (A Preços de Dezembro de 2000 - IGP - DI)

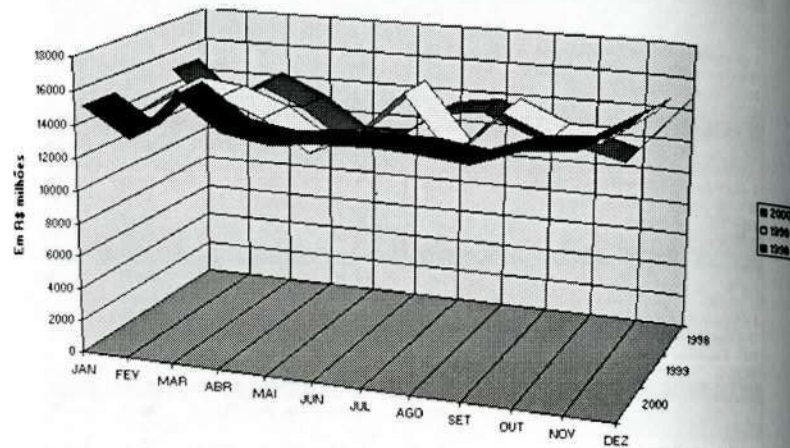
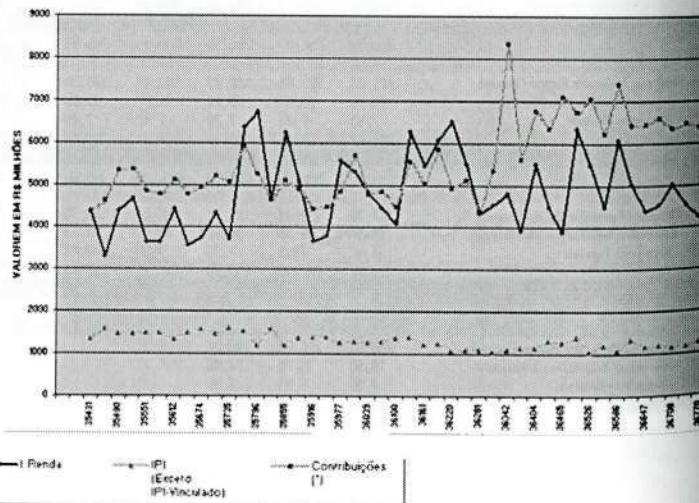


Gráfico III - Arrecadação do I.Renda, IPI (exceto vinculado) e Contribuições - Janeiro/1997 a Dezembro/2000



Desempenho da Arrecadação Acumulada no ano de 2000 em relação ao ano de 1999 (Tabelas II e II-A):

DISCRIMINAÇÃO	REFLEXOS ARRECADAÇÃO (JAN A DEZ)	
	1999	2000
Desistência de ações judiciais e o conseqüente pagamento de débitos em atraso em conformidade com disposto na Lei n.º 9.779/99, com as alterações introduzidas pela MP 1.807/99 afetando, principalmente, a arrecadação do PIS/PASEP, CSLL, COFINS e IRPJ.	4.682	
Extensão da tributação sobre aplicações financeiras de renda fixa às operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de "SWAP" (Lei n.º 9.779/99).	2.275	474
Aumento expressivo da receita das principais instituições financeiras em razão da desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999, e o conseqüente recolhimento do IRPJ e CSLL em fevereiro de 1999.	400	
Incidência do IOF sobre aplicações financeiras em fundos de investimentos à alíquota de 0,38% e aumento de alíquota nas operações de crédito em 0,38 pontos percentuais, em vigor de 24/01/99 a 16/06/99.	1.020	
Redução da alíquota do IOF de 6% para 1,5%, nas operações de crédito das pessoas físicas (Port. n.º 385, de 14/10/99).	-	(620)
Elevação da alíquota da COFINS de 2% para 3% e obrigatoriedade do pagamento dessa contribuição pelas instituições financeiras (Lei n.º 9.718/98), com efeitos a partir do mês de março/99.	9.730	14.015
Arrecadação da CPMF remanescente no mês de janeiro e fevereiro de 1999 a alíquota de 0,20%, reintrodução da contribuição com alíquota de 0,38%, a partir do dia 17/06/99 e redução para 0,30% a partir de julho/00 e arrecadação decorrente de liminares cassadas (MP n.º 2.037/00 e IN n.º 089/00).	7.956	14.544
Arrecadação oriunda de depósitos judiciais e administrativos.	2.050	4.846
<b>TOTAL</b>	<b>28.113</b>	<b>33.259</b>

Sublinho, enfim, mais alguns importantes levantamentos relativos à extensão dos problemas econômicos acumulados, no Brasil, desde 1995, embora registrando que os indicadores que comparam o serviço da dívida externa, ou despesas de juros, ou dívida externa comparada com o Produto Interno Bruto - PIB retem um tanto prejudicados pela grande variação da taxa de câmbio real no período.

São os dados do Banco Central brasileiro:

O serviço da dívida externa (juros mais amortizações) representava 46,1%, em 1995. No ano de 2000, chegou a 101,7%. Os juros, isoladamente, aumentaram de



22,4% para 31,8% no mesmo período. Em 1995, seriam necessários 02 (dois) anos de exportações para pagar a dívida externa líquida. Em 2000, seriam necessários 03 (três) anos e meio. Em 1995, as reservas do Brasil correspondiam a 31,7% da dívida externa bruta. Em 2000, a apenas 14%.”

Em outras palavras, vem aumentando consideravelmente a vulnerabilidade externa do Brasil, deteriorando-se os seus indicadores econômicos.

## A GLOBALIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

*Hugo Vinícius Castro Jiménez*

Juiz de Direito. Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Lecionou Direito Constitucional na Faculdade Escritor Osman Lins - Lecionou Ciência Política na Faculdade dos Guararapes

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E DO DIREITO. 2 – A INTER-RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS. 3 – A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL. 3.1 – O princípio da Proporcionalidade. 3.2 – O princípio da Razoabilidade. 4 – A GLOBALIZAÇÃO E AS IRRADIAÇÕES DO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

O objeto em abordagem elege dois elementos precisamente: a globalização e os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sabe-se que a primeira decorre de um estudo e conceitualização mais afeto à órbita das ciências sociais e econômicas como um todo. Impossível seria negar, por mais auto-referentes que sejam os Ordenamentos Jurídicos, que não haja uma idéia de complementação e influências desses outros elementos (sociais, políticos e econômicos) sob os auspícios de um fenômeno quase que inevitável como a globalização.

Críticas à parte, méritos e deméritos, vantagens e desvantagens, o certo é que os efeitos dessas inter-relações, se antes eram pouco tímidos ou implícitos na comunicação dos sistemas ou famílias do direito<sup>1</sup>, hoje, transparece inegável que a ordem econômica e seus efeitos façam parte ou inspirem a agenda das legislações dos “agnominados” países abertos ou amigos<sup>2</sup>.

Ressoam, nesse contexto, alguns aspectos construtivos à “sociedade global”, sobretudo no que tange à Princiologia Constitucional e às idéias de proporcionalidade e de razoabilidade, interpretadas, aqui, pelo Supremo Tribunal Federal, como o mesmo preceito<sup>3</sup>.

Assim, resguardado o caráter principiológico e protetivo aqui observado, depreende-se que, embutido no processo paulatino de globalização, nem tudo soa deletério ao Estado de Direito Social (Welfare State)<sup>4</sup>, muito menos à democracia, dependendo daquilo que almejam os atores responsáveis por essa integração.

<sup>1</sup> DANTAS, Ivo. A Recepção Legislativa e os sistemas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa Separata*. Brasília, a.40, p.7, n.158. 2003. Adverte que: No mundo contemporâneo, a difusão ou a busca por solução jurídica aproxima cada vez mais os Estados e Institutos Jurídicos, sem considerar, por assim dizer, uma idéia de globalização.

<sup>2</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico; Globalização & Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 136-137. Adverte que: Numa visão onde considera o processo de Globalização: “hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito democrático, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’ no plano externo”.

<sup>3</sup> ROLIM, Luciano G. Uma visão crítica do princípio da Proporcionalidade. *Consulex*, Brasília, a.V, n. 128, p. 136-137, 2002. Reitera no seu artigo concordar com tal posicionamento e explicita tal “equivoco” do STF.

<sup>4</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico; Globalização & Constitucionalismo*. Ob Cit 104-105. O autor faz referência a Arnaldo Sussekind e adverte perda significativa do Estado Social (Evoluído do Estado Liberal) com a idéia cada vez mais predominante de Estado Mínimo com a redução dos direitos dos cidadãos.

## 1 - O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO

A globalização enquanto fenômeno parece, ao primeiro modo, gerado sob o cunho socioeconômico e inevitavelmente político, em face de um primeiro interesse dos Estados numa união de mercados.

Relata Manoel Correia de Andrade<sup>5</sup>, numa visão mais romântica, que a globalização, tema central nas discussões entre os cientistas sociais e políticos, remonta um ideal em fase da história em que se acreditou caminhar para a união e integração entre os vários povos e nações. Nessa concepção<sup>6</sup>, a nova ordem mundial caminharia para a formação de uma “aldeia global”, onde sob a autoridade única - o mercado - todos os povos confraternizariam e viveriam momentos felizes e em situações políticas ideais. Seria alcançada, assim, a modernidade em que a sociedade teria abandonado as suas tradições e crenças e se integrado psicológica e culturalmente.

No panorama idealista acima configurado, seria, no desencadear do processo, alcançado o fim da história, com a paz mundial, como defendida nos tempos recentes por Francis Fukuyama<sup>7</sup> como explicitou Correia de Andrade.

Evidente que a aludida visão, por mais otimista que seja o observador, passa o teor de ingenuidade. Ainda mais, se não obstante as críticas reveladas às verdades que circundam a globalização. »

<sup>5</sup> ANDRADE, Manoel Correia de. *Globalização & Geografia*. Recife: Editora Universitária - UFPE, 1996. p. 13.

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> Idem. O geógrafo, autor da obra citada, faz referência a idéia do fim da história de Francis Fukuyama. *O fim da história e o último homem*. [S.l.]: Rocco, 1992.



Deste modo Ivo Dantas, em sua obra<sup>8</sup>, faz remissão a Piotr Sztompka e sua *A SOCIOLOGIA DA MUDANÇA SOCIAL* que, tratando das Descrições Clássicas de Globalização, adere a três formulações teóricas da globalização que sejam: a Teoria do Imperialismo, a Teoria da Independência e a Teoria do Sistema Mundial. De modo que diferenciados os enfoques de cada construção dessas de *per se* colaboram todas a uma mesma mensagem ideológica, pretendendo explicar os mecanismos de exploração e injustiça.

Assim, buscando explicações, a teoria do imperialismo pode possuir diversas referências, mas não é necessário ir longe para se verificar a sanha e estratégia<sup>9</sup> do capitalismo na obtenção de força de trabalho, aquisição de matérias-primas e abertura de novos mercados. Algo talvez hodierno, mas que precisamente remonta aos ciclos hegemônicos de potências marítimas<sup>10</sup>.

Aliás, no que tange à construção de doutrina das relações internacionais, o prof. Ulrich Menzel<sup>11</sup> possui classificação semelhante à proposta com destaque para os acrominados paradigmas: realista, idealista e sobretudo o da teoria da hegemonia.

Não há como negar que as outras teorias focadas a partir da obra de Sztompka<sup>12</sup> reiteram ora uma subordinação

<sup>8</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico; Globalização & Constitucionalismo*, Ob Cit. p 115-117. Nota: O autor da obra citada faz referência à obra em destaque no texto.

<sup>9</sup> Idem, p.115

<sup>10</sup> MENZEL, Ulrich. *Modelos para uma ordem jurídica mundial*. Palestra em evento Constituição e Conversibilidade: A discussão atual na Europa e no Brasil. Promovido pela ESMape e Fundação Konrad Adenaver. Tradução: Tito Livio Cruz Romão. Recife, 17 -18 de março de 2004. [sine nomine] p. 7-13. O professor Menzel da Universidade de Braunschweig - Alemanha (Relações Internacionais, Instituto de Ciências Sociais) na p.10, apresenta quadro dos ciclos hegemônicos das potências marítimas, critério naval que considera essencial no delinear de potências hegemônicas.

<sup>11</sup> Idem, p.1-2

<sup>12</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Econômico Constitucional*.

de certos países a outros, ora explícita num "Sistema Mundial", na verdade, uma "economia mundial" a serviço do capitalismo prevalente.

Em suma, Ivo Dantas<sup>13</sup>, ao analisar as teorias alienadas, situa o estudo e a complexidade dos temas referente à globalização atingentes a perspectivas da Ciência Econômica, como aqui já se disse. Mais que isso suscita o problema veiculado à forma do Estado Neoliberal. Essa adstrição é que a obra do mesmo na esfera do constitucionalismo<sup>14</sup> tenta suprir.

*Pari passu*, num outro modo de enfoque, Michel Zaidan<sup>15</sup> questiona o impacto da globalização sobre o mundo do trabalho e o poder regulatório dos Estados nacionais.

Assim, os pontos de partida das análises de Dantas e Zaidan podem, por amostragem entre tantas outras, demonstrar variantes. Mas, o certo mesmo é que apontam para verdades que razoavelmente parecem verossímeis.

Posto assim, tanto um como outro observam a fragilização do Estado-Nação<sup>16</sup> diante de um "mercado único" e especulativo, ou mesmo como conseqüência da concorrência entre os países, o surgimento da desvalorização do trabalho humano<sup>17</sup> e, por conseqüência, da volta do Estado Liberal mínimo, a pouco valorização dos direitos sociais<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Idem, p.117

<sup>14</sup> Idem

<sup>15</sup> ZAIDAN FILHO, Michel. *O fim do nordeste & outros mitos*. São Paulo : Cortez, Abril, 2001. p 71

<sup>16</sup> Nota: MICHEL ZAIDAN. Ob. Cit. p 71-76 alerta a fragilização do Estado - Nação, tomando-o incapaz à volatilidade dos capitais especulativos. Em sentido bem semelhante, Ivo Dantas (em *Direito Constitucional Econômico*, p. 118-129) externa preocupação com item sob título indagando: "Globalização": fim do Estado - Nação).

<sup>17</sup> ZAIDAN FILHO, Michel. Ob. Cit. p. 72-73. DANTAS, Ivo. Ob. Cit. p 104-105

<sup>18</sup> DANTAS, Ivo. Ob. Cit. p 109-105



Vislumbra-se translúcido, por mais cético que seja com efeitos deletérios ou não, que o processo de interdependência (ou maior dependência) é de forma mais presente nos países que adotam o câmbio livre<sup>19</sup> e, nesse mesmo ponto, alerta Marcel Merle, se ocorre no campo da economia, inevitável que não ocorra na política.

Noutro falar Habermas alerta que mesmo o conceito atomista de agir estratégico entre atores num contexto de interação vai buscar, numa visão Hobbesiana<sup>20</sup>, a formação de normas com a pretensão de validade obrigatória e inter-subjetiva.

Então, chega-se ao liame por hora almejado. Como fica ou comporta-se o Direito nesse contexto? É preterido? Como se formaria a tal ordem jurídica mundial?

Habermas<sup>21</sup>, oportunamente, reitera que como alternativa resta abandonar a idéia de desenvolver um esboço da ordem social em geral na perspectiva de uma Teoria da Ação. De modo que alerta de, no lugar das estruturas lingüísticas inter-subjetivas, entrelaçadas com a prática cotidiana, sensível seguir Parsons e Luhman que colocam SISTEMAS capazes de manter os limites, os quais são delineados num plano mais geral do que é ocupado pelos atores e pelas interações medianas através da linguagem.

A professora Mireille Delmas-Marty<sup>22</sup>, ao tratar da Europa como laboratório da Globalização do Direito, tenta não abordar tais questões, até porque implicitamente admite que um Direito mundial não existe, e em suas próprias palavras<sup>23</sup> tenta suavizar o assunto.

<sup>19</sup>MACIEL, Marle. *Sociologia das relações internacionais*. Tradução: Ivone Jean. Brasília : UNB, 1981. p 349

<sup>20</sup>HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico, estudos fisiológicos*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1990. p 83

<sup>21</sup>Idem. P. 84

<sup>22</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Europa, laboratório da Globalização do Direito*. *Consulex*, Brasília, a. VI, n. 132, p. 12-13, 2002.

<sup>23</sup>Idem. p 12-14

Enfrentando o desafio proposto Globalização X Direito, Delmas-Marty pontua que o fenômeno<sup>24</sup> chamado globalização traz uma transformação dos sistemas de Direito, sob uma dupla influência do mercado e dos direitos do homem.

Por parte dos direitos do homem<sup>25</sup>, observa a emergência de um universalismo ético, apregoado desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, enquadrada por diversos instrumentos internacionais nos quadros mundial ou mesmo regional. Como aliás observa Germano Bidart Campos<sup>26</sup> quando diz recusar sua aplicabilidade não às jurisdições internas como internacional (ao analisar os Direitos Humanos no Mercosul).

Assim, não obstante as concepções mais otimistas como a de Flávia Piovesan<sup>27</sup>, que admite a inevitável universalização dos Direitos Humanos a partir do pós-guerra, reitera Delmas-Marty acerca das contradições<sup>28</sup> a oporem-se à "Globalização do Direito", ficando o mesmo um dúplice efeito, pois se considera o lugar dos estados em cada processo, ressoa a impotência destes, visto que esses ainda são apenas uma referência em matéria de direitos do homem. Por outro lado, a significação de uma extensão planetária parece contraditória, em meio ao crescimento de iniquidades sociais.

<sup>24</sup>Idem. p 12-14

<sup>25</sup>Idem. p 12-14

<sup>26</sup>CAMPOS, Germán; J. Birdat. *La Relacion entre el derecho comunitário, los derechos humanos, el derecho interno y el Mercosul*. Em *la filosofia del derecho em Mercosul, Homenas a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Bos Aires : Fdiciones ciudad Argentina, 1997

<sup>27</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e Brasil*. *Arquivos de Direitos Humanos*. Diretores: Celso Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p 74

<sup>28</sup>DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Ob. Cit.* p. 12-14.



Dentro desse contexto, eis os atores e desafios de um direito “globalizado” que pretende respeitar e engendrar o fortalecimento dos interesses dos Estados, sem revelar o mais importante, se não os direitos inerentes ao humano.

## 2 - A INTER-RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS

Dentro do que até aqui se tratou, e diante do desafio proposto pelas posições supraexternadas, indeclinável torna-se dizer que as inter-relações, sejam políticas ou econômicas, remontam tempos idos<sup>29</sup>. No caso da “práxis” jurídica, a busca de soluções, como se abordou introdutoriamente, faz transplantar-se institutos de um ordenamento para outro, ou até mesmo afora as discussões conceituais<sup>30</sup>, a adaptação de institutos jurídicos em ambientes, sistemas ou famílias jurídicas muitas vezes de natureza absolutamente distinta.

Assim, não é demais retornar à observação de Flávia Piovesan<sup>31</sup>, quando esclarece que só é possível conceber direitos humanos globais mediante a revitalização e flexibilização da soberania do Estado em prol da universalização dos direitos humanos.

Em seu comentário, o fluxo ascendente dos direitos humanos possui um ponto de partida com o pós-guerra<sup>32</sup>, com escopo bem definido a alcançar o resgate da dignidade humana. Sem dúvida, não só em parâmetros cronológicos, como mesmo axiológico, guarda-se intimidade como se observará com a idéia de proporcional ou razoável, que exsurge

<sup>29</sup> Dantas, Ivo. Ob. Cit. p 74

<sup>30</sup> Dantas, Ivo. *Direito Constitucional comparado*; Introdução: Teoria e Metodologia. Renovar. Rio de Janeiro, 2000. p 175-213. Nota: Menciona o autor, não obstante posicionamentos explicitando as famílias do “common law” e “civil law”, e critica tal divisão em vista da existência de outras famílias e visto a não pacificidade da doutrina em classificar famílias jurídicas. p 212/213

<sup>31</sup> Piovesan, Flávia. Ob. Cit. p 74

<sup>32</sup> Idem, p 74

no Direito Constitucional, contemporâneo em tutela, daquilo que norteia os princípios como um todo que seja o da primazia da pessoa humana<sup>33</sup>.

Sob o prisma do constitucionalismo global, J. J. Gomes Canotilho questiona<sup>34</sup> o que ele propõe, quais sejam seus princípios e regras.

A partir dessas indagações, são traçadas características deste novo paradigma emergente<sup>35</sup>, quais sejam, o alicerçamento do sistema jurídico político internacional no clássico paradigma das relações horizontais entre os Estados, mas entre esses os seus cidadãos (como aqui já se reiterou), a emergência de um “Jus cogens” internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais, e no mesmo sentido que antecedeu comentou-se a tendência à elevação da dignidade humana, pressuposta inelimitável de todos os constitucionalismos.

Enfim ressalta Canotilho<sup>36</sup> que muito embora o novo paradigma de um Direito comunitário busque sempre um instituto plural de cidadania, em vista aos “standards” materiais mínimos<sup>37</sup> que se devem consagrar, o constitucionalismo global ou comunitário não está ainda em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional.

Depreende-se logo que o mais importante à inspiração das constituições e formação dos Estados é os preceitos nascidos da própria inter-relação, ganhando ênfase e propulsão ainda maior com a busca paradigmática, por que não dizer, às vezes, até utópica, de uma Constituição de natureza global.

<sup>33</sup> Idem. p 90

<sup>34</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria das Constituições*. 3. ed. Coimbra : Almedina, s.d. p 1276

<sup>35</sup> Idem, p. 1276

<sup>36</sup> Idem, p. 1277

<sup>37</sup> Idem, p. 1276



### 3 - A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Ao falar-se hoje em princípios constitucionais, em síntese, queda se mirar vista numa das searas do Direito Público, que mais implementa trabalhos e novos conceitos.

Nessa órbita, como muito bem evidencia Ruy Samuel Espíndola<sup>38</sup>, em seu cuidadoso estudo, é preciso demarcar a partir da década de cinqüenta até hoje uma nova base teórica para os princípios jurídicos (sobretudo constitucionais), que seja um papel de hierarquia maior para o mesmo e não tão somente integrativo, ou de posição subsidiária como ocorria dantes<sup>39</sup>.

Daí porque no Direito Constitucional, ao se tratar de um preceito fundante, distingue-se diametralmente dos até então conhecidos princípios gerais do Direito. O que evidencia de toda forma como hoje o Direito e suas construções vêm tratando não só as lacunas, ou omissões normativas, mas, sobretudo, desenvolvendo mais que um método de concretização constitucional, uma interpretação consonante com a mesma.

A obra de Ivo Dantas<sup>40</sup>, nesse particular mundo (referendada como tópico por Ruy Samuel Espíndola), ressalta<sup>41</sup> a existência de variados tipos de princípios dentro da própria constituição e arremata conclusivamente, na oportunidade, só uma interpretação<sup>42</sup> que veja a cons-

<sup>38</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samoel. Conceito de princípios constitucionais. 2 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p 33/34. Nota: O livro nasce do estudo que resultou em dissertação de mestrado. UFSC. p 30

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 1995. p 119. Referenciada por Ruy Samoel Espíndola como marco principiológico e interpretativo p 149/156. Livro tese de titulação em teoria do Estado UFPE.

<sup>41</sup> Idem, p. 105

<sup>42</sup> Idem, p. 105

tituição como um sistema de princípios e normas poderá compreender, desvendar, quem sabe, o verdadeiro sentido do texto.

Também é preciso não esquecer que, corroborando a esse novo mundo dos princípios, situam-se as pesquisas na órbita da teoria do Direito, ou das teorias da argumentação visto que as mesmas vêm fornecendo um novo "status" aos princípios, em face de normas e regras. Ou mesmo como evidenciou Oworkin<sup>43</sup>, ao admitir no mundo das normas uma nova hierarquia inerente aos princípios. O que será de lapidar importância no estudo dos princípios e idéias do proporcional e razoável.

Eros Roberto Grau<sup>44</sup> também toma o mesmo rumo ao tratar dos princípios positivados. Além de reencontrar sua natureza hierarquizada, enaltece que a interpretação das regras contempladas<sup>45</sup> na Constituição e determinadas pelos princípios, assertiva que se consubstancia cerne do aqui tratado, muito mais na completude da ponte que liga a ordem econômica - globalização - e os princípios constitucionais (proporcionalidade e razoabilidade).

#### 3.1 - O Princípio da Proporcionalidade

A idéia de proporcional, em suma, encontra origem em períodos longínquos cronologicamente, mas próximos a um sentido de justiça<sup>46</sup>. É Aristóteles, em sua Ética ao

<sup>43</sup> DWOKIN, Ronald. *Los Derechos em serio*. Traducion: Marta Guastavino. Ariel Barcelona. 2002. p 80

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica) 5. ed. Malheiros : São Paulo, s.d. p 80/810

<sup>45</sup> Idem

<sup>46</sup> ARISTÓTELES. *Obra Jurídica*. São Paulo : Ícone, 1997. p.13/14 - Nota: trecho retirado do livro V de ética a Nicômano no bojo da obra referida.



Nicômacos, reiterara que a proporção resulta de um princípio de distribuição.

Mesmo assim, os pesquisadores do Direito Constitucional preferem encontrar outras raízes desde Blackstone e Beccaria como Vitalino Canas<sup>47</sup>, em sua obra “arqueológica”, ou mesmo em depreender o princípio da proporcionalidade exurgido no “Common Law” inglês e europeizado, ou passado por tal processo como aduz J.J.Gomes Canotilho<sup>48</sup>.

O que se antolha plausível é a proporcionalidade enquanto princípio constitucional que coincide com o último quartel do século XX, ou seja, ganha vazão coincidentemente no pós-guerra, quando a nova Lei Fundamental alemã, em seu art. 19, consagrou<sup>49</sup> o “Princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais” traduzido nas palavras de Paulo Armínio T. Buechele<sup>50</sup>. Na exigência de qualquer restrição que se faça a estes, deve-se dar por meio de lei necessária, geral e que não infrinja o seu teor essencial.

Em verdade, é a consagração no mundo dos princípios constitucionais, dos direitos humanos fundamentais, tendentes à universalização, como ressaltou Flávia Piovesan<sup>51</sup>, sobretudo na coincidência de “períodos - gestão”, de forma

<sup>47</sup> CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição Arqueologia e Aplicações em perspectivas constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra : Coimbra, 1996. v. II.Org. Jorge Miranda, p.326-327.

<sup>48</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002. p 267/268

<sup>49</sup> SCHOLLER, Heirich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista da Ajuris*, set., a. XXVI, Nova série v. I, n. 75, 1999. p.281/282.

<sup>50</sup> No mesmo sentido, Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. - 2. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2002. p 223/224 e CANAS, Vitalino. Ob. Cit. p 331

<sup>51</sup> PIOVESSAN, Flávia. Ob Cit. p74.

que ao falar em Princípio Constitucional Protetivo, veicula-se a idéia de proporcionalidade. Mesmo porque, foi a partir desse tempo, que paulatinamente o Tribunal Constitucional Alemão foi cunhando o mesmo, através de inúmeras decisões, reconhecendo que o legislador não deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais, como salientou Suzana Toledo Barros<sup>52</sup>.

Todavia o acusado estudo do Prof. Heirich Scholler<sup>53</sup> observa a origem do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo Alemão, desde o século XIX. Mais precisamente a idéia fundante para Scholler evidencia o fundamento a partir do princípio da “reserva da lei”<sup>54</sup> (Volbehalt des Gesrtzes) para o “reserva da lei proporcional” (Volbehalt des Vehaltnismässigen Gesetzes), engendrou o sentido de reproduzir a idéia de LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, possa o ato administrativo que imponha restrição ou ônus ao administrativo, depender de um fundamento legal.

A adesão primeira na órbita do Direito Administrativo foi tão contundente que além de seu reconhecimento pelo Tribunal Federal Administrativo<sup>55</sup> da Alemanha (Bundsverwa Hungsgericht), em períodos a suceder tais decisões, houve o reconhecimento explícito. E o que é mais importante por lei infra-institucional - Lei Federal sobre o processo<sup>56</sup> administrativo (Bundesverwaltungverfa Hrengesetz) que em 1976 previu, no art. 9, inc. II da mesma aplicabilidade do princípio em tela, ocorrência, sem medo de errar uma das poucas-

<sup>52</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Juridica, 1996. p 42/43. Nota: Livro objetivo de dissertação UNB.

<sup>53</sup> SCHOLLER, Heinrich, Ob. Cit. p. 281/282

<sup>54</sup> Idem p. 271/273

<sup>55</sup> Idem p. 280/281

<sup>56</sup> Idem p. 281/282



simas, ainda mais de norma de índole não constitucional "stricto sensu".

Outro aspecto relevante, na caracterização distintiva do princípio da proporcionalidade da proibição do excesso, como prefere o Direito Constitucional luso<sup>57</sup>, é que há parâmetros a identificá-los e pacificada na doutrina como subprincípios desenvolvidos e firmados pela jurisprudência<sup>58</sup>, princípio da reserva da lei proporcional, devendo a mesma ser adequada (*Geeignet*), necessária (*Notwending*) e razoável (*Angemessen*). Observado o último deles, algo bem próximo da proporcionalidade em sentido estrito<sup>59</sup>, como já se evidenciou até mesmo no Direito brasileiro, sua consagração advém da construção jurisprudencial, com marco<sup>60</sup> em 1968 no RE. 18.331, relator Min. Orozimbo Nonato, onde se reconheceu desproporcional a proibição do exercício de profissão e ofícios àqueles que infringissem a Lei de Segurança Nacional, (exorbitância dos efeitos da condenação) naquele contexto.

Hoje, embora não haja uma explícita disposição constitucional, Buechele<sup>60</sup> identifica sua proximidade do inc. LIV do art. 5º em nossa Carta Política, quando prevê que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

### 3.2 - O Princípio da Razoabilidade

Como já se repetiu neste trabalho, não poucos, até mesmo o STF, costumam confundir o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade.

<sup>57</sup> CANAS, Vitalino. P. 325/326 e 356

<sup>58</sup> SCHOLLER, Heinrich p. 273

<sup>59</sup> Nota: No mesmo sentido, Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. - 2. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 223/224 e CANAS, Vitalino. Ob cit. P. 331

<sup>60</sup> Nota: Referência Jurisprudencial retirado de Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. [s.l.] : Celso Bastos Editor, 1999. p 71/78

Percucientes estudos mostram que a diferenciação entre a idéia de proporcional e de razoável ultrapassa a mera origem dos preceitos.

Luís Roberto Barroso<sup>61</sup> chama atenção que o princípio da razoabilidade possui origem e desenvolvimento ligado à garantia do devido processo legal, instituto, no seu dizer, ancestral do Direito anglo-saxão. Sua matriz encontra-se na cláusula "Law of the land"<sup>62</sup>, consagrada na Magna Carta de 1215, todavia, maior ressonância<sup>63</sup> e o caráter que ele hoje possui foi moldado pela cláusula do "due process of law".

Suzana de Toledo Barros<sup>64</sup> ratifica que, nos Estados Unidos, no período pré-revolucionário, desenvolveu-se uma desconfiança em relação ao parlamento, em face dos direitos dos colonos postergados várias vezes devido à prepotência das Assembléias e governadores nomeados pela Coroa Britânica.

Em outras palavras, revela o estudo acima<sup>65</sup> que o meio técnico hábil criado no controle de constitucionalidade de leis garantia pelas emendas à garantia do judicial "review" a amparar os direitos fundamentais na América do Norte.

Ultrapassando os delineamentos históricos, o que é firme se afirmar é que a razoabilidade nos EUA<sup>66</sup> subdivide-se em duas concepções bem distintas: a primeira atinente ao *Procedural Due Process*, revestida de caráter eminentemente processual; a segunda concernente ao *Substantive Due Process* que representou a ascensão do Judiciário no sistema de poderes norte-americano, ao permitir aos Tribunais um amplo espaço de exame de mérito dos atos de poder público com a redefinição de discricionariedade.

<sup>61</sup> BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p 213

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup>

<sup>65</sup> Idem, p. 55

<sup>66</sup> Idem, p. 200



Ricardo Aziz Cretton, em seu trabalho dissertativo, vai mais além da idéia pré-concebida por Aarnio<sup>67</sup> da racionalidade como caminho para o razoável. Ao passo que citando<sup>68</sup> Helenilson Cunha Pontes, fixa os seguintes diferenciadores: (1) a decisão que aplica a proporcionalidade exigiria motivação racional de maior dimensão (adequação, conformidade e necessidade); (2) a razoabilidade prescindiria da correlação meio-fim, enquanto a aplicação da proporcionalidade consubstanciaria notadamente tal juízo pelo racional, deferindo ambas, pelo conteúdo; (3) diferenciam-se pela natureza, pois enquanto a razoabilidade seria um princípio hermenêutico, a proporcionalidade seria jurídico material e (4) por fim funções eficácias distintas, vez que na razoabilidade ressoa a de bloqueio, ao passo que na proporcionalidade sobreleva-se a de resguardo.

Noutro passo, aí com suas palavras, alerta Cretton<sup>69</sup> que seria a razoabilidade um princípio de características hermenêuticas, convergindo ultimamente para a ponderação de outros princípios. No que também arremata<sup>70</sup>, o mais importante, que seja a confluência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para um (super) princípio de ponderação de valores e bens jurídicos, fundantes no próprio Estado Democrático e de Direito.

<sup>67</sup> AARNIO Aulis. *Derecho Racionalidad y Comunicación Social; Ensayos sobre filosofía del Derecho* Fontamara. México, 1995. p 76. Nota: Pois o racional é o melhor caminho para desfazermos desacordos.

<sup>68</sup> CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade, e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2001. p 48. Nota: A obra foi extraída da dissertação de mestrado na Universidade Cândido Mendes - RJ. *Apud* Helenilson Cunha Pontes.

<sup>69</sup> *Idem* p. 75

<sup>70</sup> *Idem* p. 75

#### 4 - A GLOBALIZAÇÃO E AS IRRADIAÇÕES DO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL

A globalização aqui analisada, no item 1 desta, mais desencadeamentos prejudiciais transparecem que propriamente avanços e soluções à sociedade globalizada.

Capitaneada pelo ideal neoliberal, o processo global de união de mercados, na opinião dos autores focados, gera mais uma "erosão" à formação do Estado Social de Direito (Welfare State), mais que qualquer outra coisa. O bom exemplo disso foi comprovado com a confluência de opiniões e, nesse mesmo caminhar, é observado não com relação aos direitos sociais, mas como sua paulatina privatização<sup>71</sup> e o desmantelamento do Estado Social, ocasionando graves problemas, sobretudo para os menos favorecidos<sup>72</sup> (subestimados).

A opinião do referido autor<sup>73</sup> acima é mais uma a somar-se às outras, valendo seu desapego a receios, ao observar que a divergência de perspectiva (dos comuns para com os grandes núcleos econômicos) é incompatível com uma sociedade civil.

Todavia, nem tudo está a naufragar na pauta da ordem jurídica. Guardadas as ressalvas feitas, observa-se que, inevitável com o processo integrativo de mercados, exsurge a idéia cada vez mais constante de proteção não só à cidadania, mas sobremaneira aos direitos humanos fundamentais.

Flávia Piovesan, em outro momento<sup>74</sup>, destaca que o sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica e tecnológica de PRINCÍPIOS JURÍDICOS com

<sup>71</sup> DANTES, Ivo. *Direito Econômico*. Ob. Cit. p 169/168

<sup>72</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p 114

<sup>73</sup> *Idem* p. 115

<sup>74</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997. p 60



a verdadeira função de salvaguardar os valores fundamentais.

Nesse fecho retorna-se o ponto comum da insurgência dos princípios constitucionais (assim algados hoje) da proporcionalidade e razoabilidade como em resposta cada vez de maior fragilização das conquistas do homem tendentes a uma universalização.

## 5 - CONCLUSÕES

Que o processo de globalização possui um cunho econômico-político, portanto a “sociedade global” como posta busca atender anseios nesse sentido.

Que seguindo a orientação de uma busca que atende a um Estado Mínimo (Neoliberal), há “uma erosão”, um desmantelamento no Estado Democrático Social e de Direito, com o enfraquecimento de setores de atuação crucial do mesmo, bem como a duvidosa flexibilização de direitos sociais (trabalhistas e previdenciário).

Como a globalização é pactuada, parte significativa pelos Estados, cria-se a necessidade da universalização de determinados direitos.

Que hoje, no mundo dos direitos, procura-se a relevância dos princípios hierarquicamente superiores às normas, o que se vislumbra “Globalização”, haja vista a previsão do art. 5º, Tratado de Amsterdã, do esboço<sup>75</sup> da Constituição europeia, prevendo a princípio da proporcionalidade.

Que no constitucionalismo hodierno, o conflito principiológico encontra guarida e proteção nas fontes de sopesamento e ponderação, respectivamente proporcionalidade e razoabilidade em respeito à primazia pela pessoa humana<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob Cit, 2002. p. 269

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos globais, justiça Internacional*. Brasil. p. 90

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Derecho. Racionalidad y Comunicación Social*; Ensayos sobre filosofía del Derecho. México : Fontomara, 1995. 79p.

ANDRADE, Manuel Correia de. *Globalização & Geografia*. Recife : Editora Universitária - UFPE, 1996. p.13.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade; Significado e aplicação prática*. Campinas : Copola Editora, 2002. 117 p.

ARISTÓTELES. *Obra Jurídica*. São Paulo : Ícone, 1997. 109p.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. 144p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade de Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. 223p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2002. 324p.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. 194p.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *La Relacion entre el Derecho comunitario, los Derechos humanos, el Derecho interno y*



el Mercosur "en" la filosofía del Derecho en el Mercosur; Homenaje a Werner Goloschmidt y Carlos Cossio. Coord. Caldani, Ciuro. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p.369-373.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição. Arqueologia e aplicações. Em perspectivas constitucionais; nos 20 anos da Constituição de 1976. Org. Miranda, Jorge. Coimbra : Editora Coimbra, 1997. v. II, p.323-357.

CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002. 150p.

CRETTON, Ricardo Aziz. Os princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário. Rio de Janeiro : Lúmen Jures, 2001. 177p.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional econômico; Globalização & constitucionalismo. Curitiba : Juruá, 1999. 181p.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Comparado. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. 258p.

\_\_\_\_\_. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 1995. 119p.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos em serio. Tradución: Marta Guastavino. 1. edición 2. impresión. Barcelona : Ariel, 2002. 508p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, s.d. 288p.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2000. 366p.

HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico; Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro : Ed. Tempo brasileiro, 1990. 271p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. 2. ed. [S.l.] : Celso Bastos Editor, 1999. 518p.

MERLE, Marcel. Sociologia das relações internacionais. Tradução: Ivone Jean. Brasília : Editora UNB, 1981. 384p.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional. 3. São Paulo : Ed. Max Limonad, 1997. 487p.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos Globais, Justiça internacional e o Brasil. Em arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.73/90

ZAIDAN FILHO, Michel. O fim do nordeste & outros mitos. São Paulo : Cortez, 2001. 110p.

## Artigos

DANTAS, Ivo. A recepção Legislativa e os Sistemas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Separata, a. 40. n.158, p.7-21. 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. Europa, laboratório da globalização do Direito. *Consulex*, Brasília, a. VI, n.132, p.12-20.

MENZEL, Ulrich. **Modelos para uma ordem jurídica mundial**. Seminário: Constituição e governabilidade: a discussão atual na Europa e no Brasil. Promoção ESMape e Fundação Konrad Adenauer. p.1-15. Recife 17 e 18 de Março de 2004

ROLIM, Luciano G. Uma visão crítica do princípio da Proporcionalidade. *Consulex*, Brasília, a. VI, n.128, p. 40-41, 15 mai. 2002.

SCHÖLLER, Heinrich. **O princípio da proporcionalidade no Direito constitucional e administrativo da Alemanha**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Ajuris*, a. XXVI, Nova série, v. I., n.75, p.268-268, set. 1999.

## A NORMA ANTIELISÃO É INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Ives Gandra da Silva Martins*

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU

O artigo 150, inciso I, da Constituição Federal versado está com a seguinte dicção:

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Exterioriza, portanto, garantia fundamental, que é cláusula pétrea, à luz do § 4º, inciso IV, do artigo 60, cujo discurso transcrevo:

“§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Comentei o § 4º inciso IV como se segue: “Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional - e apenas nele - afastando-se, de um lado, da implicitude dos



O princípio da legalidade, no próprio texto da lei suprema, já fora consagrado no mais relevante artigo da Constituição, que é aquele que garante os direitos individuais, função primacial do Estado de Direito assegurar.

*direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.*

Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.

Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais, expressamente expostos no artigo da Constituição, seriam cláusulas pétreas.

O Supremo Tribunal Federal parece ter hospedado tal exegese no momento em que não acatou, como cláusula pétrea, o direito individual do contribuinte a estar assegurado por um sistema tributário inelástico, com a válvula de escape decorrente da competência residual da União, visto que não era expressa a cláusula.

Na ocasião, a E.C. nº 3/93, entretanto, foi tizada por aqueles que defendiam que os direitos individuais não seriam cláusulas pétreas, pois o S.T.F. acatou as cláusulas expressas.

Assegurou, pois, o Pretório Excelso, os contribuintes, ao reconhecer a prevalência do explícito princípio da anterioridade, ou seja, o direito de não ser tributado no mesmo exercício, apesar de a exigência ser decorrente de emenda constitucional. Não estendeu, todavia, esse reconhecimento ao princípio implícito de não ser incidido por nenhum outro tributo que não aquele da competência residual, por decorrente do princípio do "sistema fechado e inelástico".

Tal sinalização do S.T.F., à nitidez, facilitou a conformação mais nítida dos limites da petrificação normativa no concernente aos direitos e garantias individuais.

Como se percebe, a Suprema Corte sinalizou os limites das garantias e direitos individuais, estabelecendo que a Constituição Federal, para cada direito, assegurou o exercício de uma tutela, isto é, há uma garantia para cada direito elencado na lei maior.

Desta forma, direitos e garantias individuais explícitos, no texto supremo, são imodificáveis por emenda" (**Comentários à Constituição do Brasil**, v. 4, T. I, Saraiva, 1999. p. 414/416).

O artigo 5º, inciso II, está assim redigido:

"Art. 5º ... II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Teoricamente, não haveria, portanto, necessidade de o constituinte reproduzir o mesmo dispositivo no capítulo do sistema tributário, se não objetivasse dar conteúdo mais denso ao princípio. Como a Constituição não contém palavras inúteis nem repetições desnecessárias, o princípio da legalidade lata e flexível, a que se refere o artigo 5º, inciso II, é compactado em princípio de legalidade absoluta e inflexível, no artigo 150, inciso I, que exterioriza, inclusive, consequências tipológicas também inextensíveis e reserva inelástica da lei impositiva.

Em outras palavras, o artigo 150, inciso I, torna constitucionais os princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da reserva absoluta da lei formal, no direito tributário brasileiro <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o artigo 150 inciso I: "Este é um princípio fundamental para a segurança do patrimônio particular. Por força dele, apenas a lei, que traduz a vontade geral, pode impor tributo, ou aumentar tributo, sobre o patrimônio particular.

Este princípio é dos que consagrou a Magna Carta, em 1215. Com efeito, deflui deste documento a exigência do prévio consentimento dos contribuintes, por seus representantes, para a instituição de todo e qualquer tributo. Assim, durante séculos, a principal função do Parlamento inglês foi a de consentir (ou não) nos tributos reclamados pelo monarca. E foi negociado a propósito desse consentimento, pedindo contas do dispêndio de tributos anteriormente consentidos, discutindo o emprego do tributo a ser instituído, que essa Assembléia foi pouco a pouco alargando a sua esfera de competência (v. meu **Curso de Direito Constitucional**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 244). Em razão dessa tradição, sustentei, a respeito da Constituição anterior, que somente lei formal poderia instituir ou aumentar tributo. A jurisprudência e a maior parte da doutrina, todavia, inclinaram-se pela tese de que todo ato com força de lei poderia insti-



Por ser a norma tributária uma norma de rejeição social, em que a sanção é norma primária, como sinalizou Kelsen - sem ela ninguém cumpriria a obrigação tributária, visto que, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, o tributo é destinado não apenas a fazer do Estado um prestador de serviços públicos, mas um mantenedor de privilégios e benefícios exclusivamente a favor dos detentores do poder - é que, sabidamente, o constituinte, ao mesmo tempo em que assegurou ao Estado os recursos que se auto-outorga, garantiu ao contribuinte, que, sem lei, não há possibilidade de exigência tributária<sup>3</sup>.

tuir ou aumentar tributo. Esta parece ser a solução a ser seguida em face desta Constituição, como aponta Ives Gandra Martins (Comentários, cit., v.6, t.1, p. 145 e ss)" (Comentários à Constituição de 1988, volume 3, ed. Saraiva, 1994, p. 99/100).

<sup>3</sup> Escrevi sobre a norma de rejeição social: "Kelsen e Cossio travaram, no passado, intenso debate para definir se as normas sancionatórias seriam primárias ou secundárias, entendendo aquele que seriam necessariamente primárias, por assecuratórias daquelas de comportamento, e este que seriam secundárias, posto que a lei é feita para ser cumprida e não pode ser estudada a partir de sua patologia jurídica.

No concernente à divisão em normas de aceitação social e de rejeição social, o dilema se compõe na medida em que as normas de aceitação social têm nas sanções instrumental repressivo de rara aplicação, posto que as normas de comportamento seriam cumpridas mesmo que não houvesse penalidades.

As denominadas leis naturais - na moderna concepção de direito natural, que não se choca com o direito positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria - são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte de qualquer população, mesmo que sanção não houvesse. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais.

O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprida a norma de rejeição social.

A própria reiteração que consta do texto supremo, de que a "exigência" e a "elevação" de tributos só podem decorrer de lei, teve a inequívoca intenção de afastar qualquer veiledade do poder impositivo, muito embora toda a "elevação" represente uma nova exigência, o que permitiria interpretar que esta hipótese já estaria implícita no vocábulo "exigir".

Sobre esta inelasticidade do princípio para a exigência de tributos, escrevi:

"Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto.

O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumprí-la.

Tanto assim é que um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes, é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.

É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam pagar para atender às necessidades menores dos detentores do poder.

Assim sendo, no que diz respeito às normas de rejeição social, parece-me que a teoria kelseniana tem maior propriedade, visto que a norma sancionatória é, evidentemente, a assecuratória de norma tributária" (**Sistema Tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 11/12).



À exigência da “*lex scripta*”, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da “*lex stricta*”, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento.

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do “*numerus clausus*” veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e finalmente, pelo princípio da determi-

nação conceitual de forma precisa e objetiva o fato imponible, com proibição absoluta às normas elásticas (Res. Trib., 154:779-82, Sec. 2.1, 1980)”<sup>4</sup>.

O artigo 116, portanto, vem ferir frontalmente o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea. No passado, tentativa semelhante foi envidada pelo art. 51 da Lei 7.450/85 contra o princípio da estrita legalidade sem encontrar amparo na jurisprudência e na doutrina, à luz do mesmo raciocínio aqui exposto, de inextensibilidade do princípio da legalidade em matéria tributária, também consagrada na carta anterior<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> (Curso de Direito Tributário. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 57/58).

<sup>5</sup> Escrevi sobre o artigo 51, com a seguinte dicção: “Art. 51 – Ficam compreendidos na incidência do Imposto de Renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do Imposto de Renda”, o que se segue: “Entendo seja um artigo inútil, sobre ter sido redigido com técnica legislativa canhestre e cientificamente imprópria.

O artigo 51 da Lei 7.450/85, de início, apresenta hipótese geral a depender de regulação, que, por ser de direito tributário, só poderia ser feita por outra lei.

Vale dizer, o artigo 51 declara que genéricas hipóteses impositivas poderão ser criadas no campo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, visto que não determina alíquotas, nem cuida do aspecto pessoal da obrigação tributária. À evidência, não sugere delegações de atribuições, de resto proibidas pelo § único do artigo 6º da EC nº 1/69, com o seguinte discurso: “§ único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Entre as exceções tributárias constantes da Carta Magna, encontram-se os impostos sobre importação, exportação e produtos industrializados, além das contribuições especiais.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não está excepcionado entre as hipóteses de delegação constitucional.

Se o artigo 51, veiculando princípio genérico, depende de legislação específica para ganhar eficácia, à nitidez, é um artigo programático. Os dispo-



Com efeito, o referido dispositivo, assim redigido:

“Art. 116 ... § único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador

sitivos programáticos, todavia, podem ser plasmados no texto constitucional ou, no máximo, enquanto meramente explicativos do texto supremo, na lei complementar. Jamais, na lei ordinária.

Se uma lei ordinária programática depende de outra lei ordinária para ganhar vida, é como se nunca tivesse existido, visto que a força da aplicação de seu programa decorreria da segunda lei que lhe deu eficácia e não da força de sua exteriorização. Ora, por serem veículos do mesmo nível, à evidência, a segunda lei poderia nascer independentemente da primeira, cuja eficácia é, portanto, nula.

Se o artigo 51 pretende, pois, ser apenas princípio programático, sua inocuidade é inequívoca, posto que não cria nada de impositivo, nem no concernente ao direito privado, que continuaria obrigando nos limites de suas forças, sendo despiendo o novo comando, nem no direito futuro, que para surgir precisaria de novo comando.

Se, todavia, não se admitir o artigo 51 como inútil princípio programático ordinário, mas como comando impositivo ordinário, esbarrar-se-á nos princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta de lei formal, na medida em que a sua excessiva generalização tornaria inútil toda a legislação existente, visto que a todas as hipóteses legais definidas em seus variados aspectos (temporal, material, espacial e pessoal) acrescentar-se-ia uma hipótese genérica, abrangendo todas as reguladas e aquelas não reguladas e mesmo possíveis hipóteses desconhecidas à época de sua elaboração.

Por abranger todas as hipóteses, ou o comando normativo se tornaria inútil ou tornaria inúteis os demais.

Ocorre, todavia, que falta à hipótese do artigo 51 os elementos quantitativo e qualitativo da imposição, razão pela qual, mesmo que se pretendesse aplicá-lo, a insuficiência do perfil conformado o tornaria inviável. Se não é, portanto, comando auto-aplicável e se o sistema jurídico tributário não comporta delegação de atribuições para o imposto sobre a renda, não podendo haver princípios programáticos em legislação ordinária, à nitidez, evidência é um artigo inútil.

Sobre ser inútil, é mal redigido.

Confunde, de início, rendimentos e ganhos de capital, visto que não diferencia aquilo que é renda do capital, sem perda deste, daquilo que

do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, despoja o Congresso Nacional do poder de produzir a lei tributária e transforma o agente fiscal em verdadeiro legislador, para cada caso aplicando, não a lei parlamentar, mas aquela que escolher. Afeta, o artigo 116, uma outra cláusula pética

vem a ser renda da transferência do capital, em que a doutrina reconhece o denominado ganho. A insegurança do legislador é de tal ordem que faz menção, para subsumi-los à norma, “a qualquer que seja sua denominação”.

No ganho de capital, o benefício decorre da existência de lucro na alienação do próprio capital. No rendimento do capital, o capital é preservado e gera benefício por seu aproveitamento. É a doutrina do “Fruit and Tree”, em que a venda do fruto é rendimento do capital e da árvore com lucro, ganho de capital.

O dispositivo, na sua insuficiência jurídica, confunde ambos, tornando-os amalgamados em discurso pobre e canhestro.

Na seqüência, o dispositivo abre leque de possível imposição tão largo que seria caso de perguntar se seu campo de abrangência ficaria restrito aos limites do disposto no artigo 43 do CTN ou se estaria criando outras formas de tributação, além daquelas expostas no direito complementar.

Por fim, o artigo 51 sugere imposição penal, cuja legalidade alicerça-se em terreno movediço, visto que a teoria da “tributação penal”, sugerida no direito pátrio por Fábio Fanucchi, continua a receber forte oposição, em face do artigo 3º do CTN, muito embora o artigo 113 nivele a penalidade ao tributo, ao esculpir a figura da obrigação tributária.

Considero, pois, o artigo 51 sem sentido e sem alcance no ordenamento jurídico sobre o imposto concernente à renda e aos proventos de qualquer natureza. Por uma interpretação estritamente jurídica, é inútil e inócuo.

Não é veiculado, por outro lado, em linguagem técnica, nem alberga concepções científicas das figuras de que trata, com o que à inocuidade anterior, acrescenta-se a péssima veiculação vernacular.

Respondo, pois, considerando-o inútil, mas se fosse de imediata aplicação, seria de notória inconstitucionalidade, por violar os princípios constitucionais explícitos da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta de lei formal” (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 13, Coedição CEU/Resenha Tributária, 1988. p. 138/145).



(artigo 60 § 4º inciso II), que é a separação dos poderes, pois autoriza o representante do Fisco a deixar de aplicar a lei ao fato a que se destina, e a escolher, no arsenal de dispositivos legais, aquele que resulte mais oneroso, a partir de presunção de que o contribuinte pretendeu utilizar-se da “lei” para pagar menos tributos. Como, pelo novo artigo 116, não é a lei que deverá ser aplicada à hipótese impositiva, mas sim a intenção do agente de obter mais tributos, qualquer lei, apesar de rigorosamente seguida pelo contribuinte, poderá ser desconsiderada, para dar lugar à aplicação daquela que representar a maior incidência. A figura da “elisão fiscal”, diversa da “evasão” – aquela objetivando a economia legal de tributos e esta a ilegal – deixa de existir no direito brasileiro<sup>6</sup>.

Pela nova norma, nenhum contribuinte terá qualquer garantia, em qualquer operação que fizer, pois, mesmo que siga rigorosamente a lei, sempre poderá o agente fiscal, à luz do despótico dispositivo, entender que aquela lei não vale e que o contribuinte pretendeu valer-se de uma “brecha legal” para pagar menos tributo, razão pela qual, mais do que a

<sup>6</sup> Gilberto de Ulhôa Canto escreve sobre a fracassada tentativa anterior: “6.13. Portanto, o que se tem, no caso do art. 51 da Lei nº 7.450/85, é uma norma insuscetível de criar nova hipótese de incidência, pois, como já se viu, ela não define fato gerador, base de cálculo, sequer alíquota ou sujeito passivo, limitando-se a reportar-se, integralmente, não a outro(s) dispositivo(s) que tivesse(m) enunciado tais conceitos, mas sim às finalidades tidas em vista pelos agentes na prática de outros atos ou negócios, sem descrevê-los ou sequer identificá-los. Ora, como “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação” (art. 4º do CTN), sem que este seja definido, não se pode identificar tributo algum. Se a remissão tivesse sido feita mediante referência a uma hipótese concretamente caracterizada em todos os elementos indispensáveis ao surgimento da obrigação tributária, teríamos uma definição satisfatória e bastante, como se viu nos itens precedentes deste estudo” (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 13, ob. cit., p. 106).

lei, a sua opinião prevalecerá. Se não vier a ser suspensa a eficácia dessa norma pelo S.T.F., em eventual exercício de controle concentrado, o direito tributário brasileiro não mais se regerá pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do “palpite fiscal”.

Em duas oportunidades, coordenei Simpósios Nacionais abertos pelo eminente Ministro José Carlos Moreira Alves (VI - o princípio da legalidade e XIII - elisão e evasão fiscal), em que a esmagadora maioria dos participantes (magistrados, membros do Ministério Público, agentes fiscais, professores universitários e advogados) afastou a possibilidade de norma antielisão, em face da necessidade de se respeitar, rigorosamente, a estrita legalidade, própria do direito tributário<sup>7</sup>.

Transcrevo as conclusões do plenário do segundo evento:

“1ª PERGUNTA: Qual a diferença entre elisão e evasão fiscal e quais limites legais separam as duas figuras?”

<sup>7</sup> Os Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 6 e 13 dedicados aos temas: “Princípio da Legalidade” e “Elisão e Evasão Fiscal”, foram escritos por: “Aires Fernandino Barreto, Anna Emília Cordelli Alves, Angela Maria da Motta Pacheco, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Carlos Valder do Nascimento, Cecilia Maria Piedra Marcondes, Célio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Edvaldo Brito, Fábio de Sousa Coutinho, Gerd Rothmann, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, João Caio Goulart Penteadado, José Eduardo Soares de Mello, Piero Villani, Plínio José Marafon, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Waldir Silveira Mello, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichihara”.



**PLENÁRIO:** Elidir é evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento de tributo, por atos ou omissões lícitos do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador.

Evadir é evitar o pagamento de tributo devido, reduzir-lhe o montante ou postergar o momento em que se torne exigível, por atos ou omissões do sujeito passivo, posteriores à ocorrência do fato gerador.

Aprovado por maioria;

...

**2ª PERGUNTA:** A denominada interpretação econômica foi acolhida pelo direito tributário brasileiro?

**PLENÁRIO:** Assim denominada interpretação econômica não é acolhida pelo direito tributário brasileiro em razão do princípio da tipicidade, corolário do princípio da reserva absoluta de lei.

Aprovado.”

...

**3ª PERGUNTA:** A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é contemplada pela legislação e jurisprudência tributárias?

**PLENÁRIO:** Não existe, na legislação tributária brasileira, dispositivo expresso algum que preveja a aplicação genérica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Embora algumas decisões em matéria tributária façam referência à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência não é conclusiva quanto à sua aplicabilidade neste campo.

Entende-se impossível a adoção da doutrina pela jurisprudência sem expressa autorização legal específica.

Aprovado por maioria.

...

**4ª PERGUNTA:** Qual o sentido e o alcance do art. 51 da Lei n. 7450/85?

**PLENÁRIO:** O artigo 51 da Lei n. 7450/85 veicula norma que prevê tributação por equivalência de resultados econômicos e, portanto, com elevado grau de indeterminação, o que afronta o princípio da tipicidade. Aprovado por maioria”<sup>8</sup>.

Em outras palavras, até hoje, o Fisco teve o poder de deflagrar a produção legislativa e — desde que a lei não fosse confiscatória e respeitasse o princípio da capacidade contributiva — pôde usar da espada da imposição, cabendo ao contribuinte, exclusivamente, lastrear sua defesa no escudo do cumprimento da lei. Dentro da lei, tudo pode o Fisco; fora nada.

A norma antielisão objetiva permitir que o Fisco imponha tributos e penas “fora da lei”, desconsiderando a lei aplicável, escolhendo o instrumento lhe permita arrecadar mais, dando por configurada a hipótese de operação mais onerosa, mesmo que a menos onerosa tenha sido utilizada dentro da lei, pelo contribuinte.

Pretende, como disse S.Exa., o Secretário da Receita, fechar as “brechas legais”, não da maneira legítima, através do Congresso, com projetos de lei, mas através da ação da fiscalização. Ora, as “brechas” ou são legais, e não há o que contestar, ou são ilegais, e, portanto, sempre houve tratamento legislativo para coibir o seu aproveitamento<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> (Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 14, Cod-edição CEU/Resenha Tributária, 1989, p. 491/493).

<sup>9</sup> José Eduardo Soares de Mello: “O artigo 51 da Lei n. 7450/85 contém elementos vagos e indeterminados, objetivando ampla incidência do imposto sobre a renda concernente a variados tipos de ganhos e rendimentos, transparecendo a preponderância da finalidade econômica. Configura um tipo aberto, inaceitável no ordenamento jurídico plasmado no princípio da tipicidade fechada que confere segurança e certeza aos destinatários das normas impositivas” (Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 13, ob. cit. p. 522).



É lamentável que o CTN, obra elaborada pelos mais eminentes tributaristas do país da época, tenha sido desfigurado por texto resultante de pressões do Ministério da Fazenda, em que a eliminação dos direitos do contribuinte, o alijamento da ação do Poder Judiciário (quebra do sigilo bancário sem autorização judicial) e do Poder Legislativo (norma antielisão, definida, não pelo Congresso, mas pelo agente fiscal) foram as tônicas dominantes, objetivando a instalação definitiva de uma ditadura fiscal no país.

São Paulo, 30/09/2005.

## NO RASTRO DA CRISE CONTEMPORÂNEA: POR UM NOVO MODELO DE ARTICULAÇÃO ENTRE ESTADO E MERCADO

*João Paulo Allain Teixeira*

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucia, Professor de Direito Internacional Público na Universidade Católica de Pernambuco e nas Faculdades Integradas Barros Melo

Corresponde ao conceito de modernidade, o processo de racionalização experimentado pelas sociedades ocidentais de forma generalizada, principalmente a partir do século XVIII. Fruto da contribuição do pensamento iluminista e tendo como principal palco experimental as transformações ocorridas com a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, a idéia de modernidade marcou decisivamente um novo modo de vida. Um dos principais argumentos da modernidade refere-se à crença na universalidade e na igualdade da razão humana. (Alves, 2002: 22)

A idéia de modernidade corresponde a um processo de racionalização experimentado por amplos os setores da

vida social<sup>1</sup>. O projeto da modernidade acena com a razão como forma de ser atingida a felicidade. Como forma de substituição da fundamentação divina da existência social, a modernidade propõe a explicação do mundo através dos princípios da razão.

É que os filósofos do Iluminismo acreditavam que as artes e as ciências poderiam promover não apenas o controle das forças da natureza, mas sobretudo a compreensão do mundo e do indivíduo, o progresso moral, a justiça das instituições e a felicidade geral dos homens (Habermas, 1996: 138)

<sup>1</sup> Para Jostein Berliain, o processo da modernidade apresenta algumas características, a saber: " 1 - como resultado do processo de racionalização de estruturas de consciência, chamado 'desencantamento do mundo' por M. Weber, a religião se privatiza e especializa sua mensagem; 2 - o surgimento de territorialidades ou identidades coletivas estado-nacionais; 3 - a separação da propriedade em relação às responsabilidades religiosas, políticas, e a emergência do espaço social do mercado e o sistema capitalista baseados na aceitabilidade da perseguição individual do lucro; 4 - a separação entre a indústria e a economia doméstica e a 'organização racional capitalista do trabalho formalmente livre'; 5 - uma nova ênfase sobre o indivíduo; 6 - e, ao mesmo tempo, o surgimento de tecnologias sociais para os controles afetivos; 7 - a aprovação da 'curiosidade' como motivo legítimo para perseguição do conhecimento; e a especialização da ciência sobre a base de rigorosas técnicas quantitativo-hipotético-experimentais; 8 - a separação da arte em relação a funções cívicas e religiosas; 9 - a imposição de limitações constitucionais sobre o exercício do poder político; e ultimamente a 'inclusão' da totalidade da população adulta em procedimentos eleitorais; 10 - uma separação dos fundamentos do matrimônio de considerações religiosas e políticas em direção ao amor romântico ou passionais e em direção à eleição pessoal; e um encolhimento da unidade de parentesco básica que tende para a família pequena, nuclear, e crescentemente unigeneracional; 11 - o nascimento da escolarização universal laica e publicamente obrigatória; 12 - a positivação do direito ou a mudança na base da legalidade, passando de 'direito natural' aos procedimentos formais para mudar os códigos legais de uma maneira ordenada; 13 - uma separação entre a esfera da moralidade e a esfera da legalidade; 14 - a expansão simultânea das esferas pública e privada, delimitando espaços sociais diferenciados" (Berliain, 1997)

O projeto da modernidade, porém, traz em seu próprio interior uma grande tensão, já que ela nasceu a partir da negação de tudo o que até então havia sido estabelecido como verdade inquestionável.

Até chegar a esse ponto, foi necessário o desenvolvimento de um processo que fosse capaz de colocar em segundo plano as estruturas de dominação fundadas em uma suposta delegação divina. A vitória da razão sobre a fé significava a libertação do homem das limitações impostas pela natureza:

antes considerada a materialização de planos traçados na mente do Criador, a história passou a ser concebida como um processo racional através do qual o homem escapava - ou escaparia - das amarras da servidão e dos limites impostos pela natureza, num movimento gradual de progresso em direção à emancipação da ignorância, da opressão e da miséria (Alves, 2002: 22).

Contrastando-se o pensamento moderno presente nos textos de seus fundadores com o pensamento pré-moderno, observa-se uma nítida oposição ao pensamento religioso. Daí ser a modernidade marcada pelas características da secularização, o desencantamento, e o humanismo (Alves, 2002: 23).

Como percebe Marcelo Galuppo, a modernidade caracteriza-se por um processo de "descentramento". Se antes, a conduta dos indivíduos era referida a determinados "centros orientadores", a modernidade desloca os antigos centros para a subjetividade do próprio indivíduo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Neste sentido, são esclarecedoras as considerações de Galuppo ao lembrar que "até o século XV, a vida era orientada por referenciais tidos como evidentes, que podemos chamar de centros. Toda vez que houvesse uma dúvida sobre o agir correto, bastava perguntar que referências objetivas eram dadas pelo centro para a ação, ou seja, bastava verificar qual era a ação



Conforme Alves,

ao salientar a posição do homem universal e autônomo como sujeito de direitos inatos e irrevogáveis (ainda que historicamente conquistados), acima das obrigações tradicionais dos súditos para com seu monarca, a modernidade ressaltou o papel do indivíduo .... ele era, em qualquer circunstância, um sujeito livre, dotado por Deus ou pela natureza de plena capacidade para o conhecimento do real, não obstante os estrangulamentos políticos que pudessem dificultar suas ações. Seu instrumento era a razão, atributo ontológico fundamental de todos, sumariado na célebre fórmula Cartesiana *Cogito, ergo sum*. (Alves, 2002: 23).

normal e costumeira institucionalizada pela tradição. Ocorre que a modernidade se constituiu pela dissolução progressiva desses centros.... Em primeiro lugar, a **Terra** era um centro evidente para a ação. O fato de ela ocupar o centro do universo indicava a existência não apenas de uma cosmologia, mas também uma antropologia especial. Nós ocupávamos o centro de um universo criado, não só física, mas também espiritualmente. Com a **Revolução Científica**, perdemos o nosso lugar no centro do universo: quando o homem olha para o céu com uma nova perspectiva, não só o modelo cosmológico, como também da metafísica e da ética aristotélica, entram em crise: não somente estamos fora do centro do universo, como também os conceitos aristotélicos em que o modelo ptolomaico se baseava eram (cientificamente) incorretos. Em segundo lugar, a Europa era, no contexto antigo-medieval, o centro do mundo. Com as **Grandes Navegações**, o homem descobre, ao contrário, que o mundo não tem um centro, seja ele físico, seja ele cultural. Finalmente, depois que a Terra como centro e a Europa como centro não mais existiam, a **Igreja Católica Apostólica Romana** ainda subsistia como centro. Ora, com a **Reforma Protestante**, este último centro acaba por ruir: os protestantes não reconheciam mais a autoridade dos oficiais da Igreja, razão pela qual foi necessário criar-se o **Direito Internacional** como instância não religiosa de solução de conflitos na ordem internacional." (Galuppo, 2004: 342-343 Grifos do autor).

Neste sentido,

em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o estado-nação e a produção capitalista sistemática. (Giddens, 1991:173)

Para Boaventura de Sousa Santos, a dinâmica instaurada pela modernidade pode ser explicada a partir da tensão entre regulação e emancipação. Assim, a modernidade traz insculpida em seu projeto originário uma tensão entre duas forças distintas: a força da regulação e a força da emancipação. Ocorre que o desenvolvimento histórico da modernidade acabou por determinar a eliminação desta tensão, através de um processo de "canibalização da emancipação social por parte da regulação social" (Sousa Santos, 2000: 120)

Ainda é Boaventura de Sousa Santos quem considera que:

o paradigma da modernidade é um projecto ambicioso e revolucionário, mas é também um projecto com contradições internas. Por um lado, a envergadura das suas propostas abre um vasto horizonte à inovação social e cultural; por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja nuns casos excessivos e noutros insuficiente. Tanto os excessos como os défices estão inscritos na matriz paradigmática. O paradigma da modernidade pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivelmente pela completa racionalização da vida colectiva e individual. Esta



Conforme Alves,

ao salientar a posição do homem universal e autônomo como sujeito de direitos inatos e irrevogáveis (ainda que historicamente conquistados), acima das obrigações tradicionais dos súditos para com seu monarca, a modernidade ressaltou o papel do indivíduo .... ele era, em qualquer circunstância, um sujeito livre, dotado por Deus ou pela natureza de plena capacidade para o conhecimento do real, não obstante os constrangimentos políticos que pudessem dificultar suas ações. Seu instrumento era a razão, atributo ontológico fundamental de todos, sumariado na célebre fórmula Cartesiana *Cogito, ergo sum*. (Alves, 2002: 23).

normal e costumeira institucionalizada pela tradição. Ocorre que a modernidade se constituiu pela dissolução progressiva desses centros.... Em primeiro lugar, a **Terra** era um centro evidente para a ação. O fato de ela ocupar o centro do universo indicava a existência não apenas de uma cosmologia, mas também uma antropologia especial. Nós ocupávamos o centro de um universo criado, não só física, mas também espiritualmente. Com a **Revolução Científica**, perdemos o nosso lugar no centro do universo: quando o homem olha para o céu com uma nova perspectiva, não só o modelo cosmológico, como também da metafísica e da ética aristotélica, entram em crise: não somente estamos fora do centro do universo, como também os conceitos aristotélicos em que o modelo ptolomaico se baseava eram (cientificamente) incorretos. Em segundo lugar, a Europa era, no contexto antigo-medieval, o centro do mundo. Com as Grandes Navegações, o homem descobre, ao contrário, que o mundo não tem um centro, seja ele físico, seja ele cultural. Finalmente, depois que a Terra como centro e a Europa como centro não mais existiam, a **Igreja Católica Apostólica Romana** ainda subsistia como centro. Ora, com a Reforma Protestante, este último centro acaba por ruir: os protestantes não reconheciam mais a autoridade dos oficiais da Igreja, razão pela qual foi necessário criar-se o Direito Internacional como instância não religiosa de solução de conflitos na ordem internacional." (Galuppo, 2004: 342-343 Grifos do autor).

Neste sentido,

em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o estado-nação e a produção capitalista sistemática. (Giddens, 1991:173)

Para Boaventura de Sousa Santos, a dinâmica instaurada pela modernidade pode ser explicada a partir da tensão entre regulação e emancipação. Assim, a modernidade traz insculpida em seu projeto originário uma tensão entre duas forças distintas: a força da regulação e a força da emancipação. Ocorre que o desenvolvimento histórico da modernidade acabou por determinar a eliminação desta tensão, através de um processo de "canibalização da emancipação social por parte da regulação social" (Sousa Santos, 2000: 120)

Ainda é Boaventura de Sousa Santos quem considera que:

o paradigma da modernidade é um projecto ambicioso e revolucionário, mas é também um projecto com contradições internas. Por um lado, a envergadura das suas propostas abre um vasto horizonte à inovação social e cultural; por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja nuns casos excessivos e noutros insuficiente. Tanto os excessos como os défices estão inscritos na matriz paradigmática. O paradigma da modernidade pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivelmente pela completa racionalização da vida colectiva e individual. Esta



Conforme Alves,

ao salientar a posição do homem universal e autônomo como sujeito de direitos inatos e irrevogáveis (ainda que historicamente conquistados), acima das obrigações tradicionais dos súditos para com seu monarca, a modernidade ressaltou o papel do indivíduo .... ele era, em qualquer circunstância, um sujeito livre, dotado por Deus ou pela natureza de plena capacidade para o conhecimento do real, não obstante os constrangimentos políticos que pudessem dificultar suas ações. Seu instrumento era a razão, atributo ontológico fundamental de todos, sumariado na célebre fórmula Cartesiana *Cogito, ergo sum*. (Alves, 2002: 23).

normal e costumeira institucionalizada pela tradição. Ocorre que a modernidade se constituiu pela dissolução progressiva desses centros.... Em primeiro lugar, a **Terra** era um centro evidente para a ação. O fato de ela ocupar o centro do universo indicava a existência não apenas de uma cosmologia, mas também uma antropologia especial. Nós ocupávamos o centro de um universo criado, não só física, mas também espiritualmente. Com a **Revolução Científica**, perdemos o nosso lugar no centro do universo: quando o homem olha para o céu com uma nova perspectiva, não só o modelo cosmológico, como também da metafísica e da ética aristotélica, entram em crise: não somente estamos fora do centro do universo, como também os conceitos aristotélicos em que o modelo ptolomaico se baseava eram (cientificamente) incorretos. Em segundo lugar, a Europa era, no contexto antigo-medieval, o centro do mundo. Com as Grandes Navegações, o homem descobre, ao contrário, que o mundo não tem um centro, seja ele físico, seja ele cultural. Finalmente, depois que a Terra como centro e a Europa como centro não mais existiam, a **Igreja Católica Apostólica Romana** ainda subsistia como centro. Ora, com a Reforma Protestante, este último centro acaba por ruir: os protestantes não reconheciam mais a autoridade dos oficiais da Igreja, razão pela qual foi necessário criar-se o Direito Internacional como instância não religiosa de solução de conflitos na ordem internacional." (Galuppo, 2004: 342-343 Grifos do autor).

Neste sentido,

em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o estado-nação e a produção capitalista sistemática. (Giddens, 1991:173)

Para Boaventura de Sousa Santos, a dinâmica instaurada pela modernidade pode ser explicada a partir da tensão entre regulação e emancipação. Assim, a modernidade traz insculpida em seu projeto originário uma tensão entre duas forças distintas: a força da regulação e a força da emancipação. Ocorre que o desenvolvimento histórico da modernidade acabou por determinar a eliminação desta tensão, através de um processo de "canibalização da emancipação social por parte da regulação social" (Sousa Santos, 2000: 120)

Ainda é Boaventura de Sousa Santos quem considera que:

o paradigma da modernidade é um projecto ambicioso e revolucionário, mas é também um projecto com contradições internas. Por um lado, a envergadura das suas propostas abre um vasto horizonte à inovação social e cultural; por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja nuns casos excessivos e noutros insuficiente. Tanto os excessos como os défices estão inscritos na matriz paradigmática. O paradigma da modernidade pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivelmente pela completa racionalização da vida colectiva e individual. Esta

dupla vinculação – entre os dois pilares, e entre eles e a práxis social – vai garantir a harmonização de valores sociais potencialmente incompatíveis, tais como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, igualdade e liberdade (Sousa Santos, 2000: 50).

E continua:

Olhando para trás, é fácil concluir que a ousadia de um propósito tão vasto contém em si a semente do seu próprio fracasso: promessas incumpridas e défices irremediáveis. Cada um dos pilares, e porque ambos assentam em princípios abstractos, tende a maximizar o seu potencial próprio, quer pela maximização da regulação, quer pela maximização da emancipação, prejudicando assim, o êxito de qualquer estratégia de compromissos pragmáticos entre ambos. Para além disso, os referidos pilares assentam em princípios independentes e dotados de diferenciação funcional, cada um dos quais tende a desenvolver uma vocação maximalista: no lado da regulação, a maximização do Estado, a maximização do mercado ou a maximização da comunidade; no lado da emancipação, a esteticização, a cientificização ou a juridicização da práxis social. (Sousa Santos: 2000: 50-51)

Não foi preciso muito tempo para que as tensões inerentes ao projeto da modernidade se tornassem evidentes, demonstrando que os ideais de racionalidade e liberdade poderiam não ser alcançados na amplitude pretendida:

Desde o início que se previra a possibilidade de virem a surgir excessos e défices, mas tanto uns como outros foram concebidos de forma reconstrutiva: os excessos

foram considerados como desvios fortuitos e os défices como deficiências temporárias, qualquer deles resolúvel através de uma maior e melhor utilização dos crescentes recursos materiais, intelectuais e institucionais da modernidade. Essa gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices foi progressivamente confiada à ciência e, de forma subordinada, embora também determinante, ao direito. Promovidos pela rápida conversão da ciência em força produtiva, os critérios científicos de eficiência e eficácia logo se tornaram hegemônicos, ao ponto de colonizarem gradualmente os critérios racionais das outras lógicas emancipatórias. (Sousa Santos, 2000: 51)

Assim, é correto o entendimento de Anthony Giddens, para quem

a modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenómeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual. (Giddens, 1991: 16)

Continua Giddens:

para dar um exemplo, todos os três autores [Marx, Durkheim e Weber] viram que o trabalho industrial moderno tinha conseqüências degradantes, submetendo muitos seres humanos à disciplina de um labor maciço, repetitivo. Mas não se chegou a prever que o



desenvolvimento das “forças de produção” teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material. Preocupações ecológicas nunca tiveram muito espaço nas tradições de pensamento incorporadas na sociologia, e não é surpreendente que os sociólogos hoje encontrem dificuldade em desenvolver uma avaliação sistemática delas (Giddens, 1991:17).

Certo é que o ideal da modernidade traz em seu bojo uma clara perspectiva de felicidade e bem-estar, como se a felicidade pudesse ser alcançada através dela. Com efeito, no campo político, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade acenavam com amplas possibilidades de satisfação pessoal. O que se observa, entretanto, é uma certa incapacidade da modernidade de lidar com os fracassos das suas promessas, o que de certo modo desperta desconforto e indignação<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Para Boaventura de Sousa Santos, “não parece que faltem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou indignação e nos produzam inconformismo. Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos. No que respeita à promessa da igualdade os países capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida. Os trabalhadores do Terceiro Mundo do sector têxtil ou da electrónica ganham 20 vezes menos que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas e com a mesma produtividade. Desde que a crise da dívida rebentou no início da década de 80, os países devedores do Terceiro Mundo têm vindo a contribuir em termos líquidos para a riqueza dos países desenvolvidos pagando a estes em média por ano mais 30 bilhões de dólares do que o que receberam em novos empréstimos. No mesmo período a alimentação disponível nos países do Terceiro Mundo foi reduzida em cerca de 30%. No entanto só a área de produção de soja no Brasil daria para alimentar 40 milhões de pessoas se nela fossem cultivados milho e feijão. Mais pessoas morreram de fome no nosso século que em qualquer dos séculos precedentes. A distância entre países ricos e países pobres e entre ricos e pobres no mesmo país não tem cessado de

As dificuldades a serem enfrentadas pelo ideal da modernidade tornaram-se mais claras, no século XIX, a partir do desenvolvimento do pensamento social, o qual procurou conciliar a idéia de liberdade com o real estado de servidão a que estava submetida parcela significativa da população mundial:

A mais conseqüente de todas essas interpretações com sentido liberatório, que via as restrições concretas à li-

umentar. No que respeita à promessa da liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras. Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativo na Índia; a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela, enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os meninos de rua, os milhões de vítimas de minas antipessoais, a discriminação contra os toxicodependentes, os portadores de HIV ou os homossexuais, o julgamento de cidadãos por juizes sem rosto na Colômbia e no Peru, as limpezas étnicas e o chauvinismo religioso são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade. No que respeita à promessa da paz perpétua que Kant tão eloqüentemente formulou, enquanto no século XVIII morreram 4,4 milhões de pessoas em 68 guerras, no nosso século morreram 99 milhões de pessoas em 237 guerras. Entre o século XVIII e o século XX a população mundial aumentou 3,6 vezes, enquanto os mortos na guerra aumentaram 22,4 vezes. Depois da queda do muro de Berlim e do fim da guerra fria, a paz que muitos finalmente julgaram possível tornou-se uma cruel miragem em face do aumento nos últimos 6 anos dos conflitos entre Estados e sobretudo dos conflitos no interior dos Estados. Finalmente, a promessa da dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica. Apenas dois exemplos. Nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço de sua cobertura florestal. Apesar de a floresta tropical fornecer 42% da biomassa vegetal e do oxigênio, 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente. As empresas multinacionais detêm hoje direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica. A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso a água potável.” (Sousa Santos, 2000: 23-24).



berdade humana surgirem das condições econômicas, foi o marxismo. Arraigadamente moderno, na tradição iluminista, todo o sistema marxista também encarava a história como um processo racional de emancipação do qual o homem era o sujeito – não na qualidade de indivíduo atomizado, mas de membro consciente de uma classe, o proletariado. O objetivo teleológico do marxismo era, portanto, o de quebrar as cadeias da servidão material humana por meio de rupturas revolucionárias, inevitavelmente violentas, com vistas a acelerar a resolução das contradições econômicas e a fazer com que o homem atingisse o reino da liberdade na Terra – ao qual ele já estaria predestinado pelas forças dialéticas da história. (Alves, 2002: 23-24).

Da mesma forma, atribui-se ao desenvolvimento da psicanálise com Sigmund Freud um profundo questionamento do indivíduo como senhor da sua razão. Com efeito, o desenvolvimento da psicanálise deixou claro que as pessoas estão em alguma medida submetidas ao próprio inconsciente, sobre o qual não se têm absoluto controle. Tais descobertas associadas a estudos lingüísticos posteriores puseram em dúvida a concepção segundo a qual o homem é o senhor da sua própria história e da História em geral. (Alves, 2002: 24).

A idéia que daí se desenvolveu acabou por colocar em questão o ideal iluminista de que o homem era um ser universal e igual. Do mesmo modo, a história não poderia ser concebida

numa totalidade, um contínuo de progresso ou formas sucessivas de desenvolvimento dialético, mas sim como um caleidoscópio de ocorrências contingentes que modelam, desenvolvem e substituem diferentes formações de discurso. (Alves, 2002: 24).

Contribuí decisivamente para alcançar tal objetivo o grupo de pensadores franceses integrado por nomes como Jacques Lacan, Giles Deleuze, Jacques Derrida e Jean-François Lyotard, que

formularam denúncias às opressões dissimuladas que entreviam no discurso da modernidade, contribuindo assim, voluntária ou involuntariamente, para a emergência da noção de que o processo do Iluminismo como movimento emancipador estaria superado (Alves, 2002: 25).

A constatação usual é aquela que entende com Giddens, que o

mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura. A perda da crença no “progresso”, é claro, é um dos fatores que fundamentam a dissolução de “narrativas” da história. Há, aqui, entretanto, muito mais em jogo do que a conclusão de que a história “vai a lugar nenhum”. Temos que desenvolver uma análise institucional do caráter de dois gumes da modernidade. Fazendo-o, devemos corroborar algumas das limitações de perspectivas sociológicas clássicas, limitações que continuam a afetar o pensamento sociológico nos dias de hoje. (Giddens, 1991:19)

Assim, desde o advento do Estado liberal, a emergente classe burguesa gozou de privilégios que permitiram a afirmação dos direitos individuais e o progressivo desenvolvi-



mento da atividade econômica. É que estruturado a partir da proteção de direitos tais como a propriedade, a liberdade e a intimidade, o ambiente era extremamente propício ao desenvolvimento do capitalismo. A lógica liberal permitiu o industrialismo e a produção de bens em larga escala. É claro que a tensão entre capital e trabalho não tardou a se manifestar com grande intensidade.

As contradições proporcionadas pela estruturação liberal do Estado permitiram a configuração de um quadro de crise institucional, cuja superação só seria possível se fossem incorporadas à retórica estatal um rol de preocupações que fossem capazes de proporcionar bem estar social.

Na verdade, até o advento do Estado intervencionista, as atribuições do Estado consistiam fundamentalmente em produzir o direito e proporcionar segurança. Com isso, ao Estado não era dada a prerrogativa de interferir na economia, que assim, obedecia a uma 'ordem natural' (Grau, 1997:14)

Mas como explica Eros Grau, "a afirmação, todavia, de que até o momento neo-concorrencial ou intervencionista estava atribuída ao Estado a função de produção do direito e segurança - bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas - não deve ser tomada em termos absolutos. Atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu. Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas. De resto, ainda ao tempo do liberalismo era o Estado, seguidas vezes, no interesse do capital, chamado a "intervir" na economia". (Grau, 1997:14-15)

Mas a fragilidade do liberalismo para lidar com questões sociais, e bem assim, as deficiências na auto-regulação

dos mercados levaram o Estado a assumir um novo papel. De espectador, passa a agente regulador da economia, atuando efetivamente no domínio econômico e sobre o domínio econômico<sup>4</sup>.

Durante este processo, ao contrário do que pode parecer, não ocorrem mudanças significativas no que se refere ao modo de produção que informa a configuração político-institucional da sociedade. Como esclarece Grau,

no exercício da função de legitimação o Estado, promovendo a mediação de conflitos de classe, dá sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e, ademais, fragmentada em grupos de interesses adversos, promove - e o direito positivo é o instrumento primordial dessa promoção - o que tenho referido como a transformação da luta social em jogo. (Grau, 1997:23-24)

Desse modo, atuando como mediador dos conflitos sociais, o Estado promove a permanência e legitimação da lógica capitalista, unificando uma sociedade fragmentada e dividida em diferentes classes (Grau, 1997:23-24).

Com isso, "no desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de moderni-

<sup>4</sup> A distinção entre intervenção no domínio econômico e sobre o domínio econômico é particularmente significativa para compreender como o Estado Social atua. Intervindo no domínio econômico, o Estado coloca-se no mesmo plano que os particulares, atuando no mercado e competindo com os particulares com o objetivo de proporcionar a regulação do mercado; intervindo sobre o domínio econômico, o Estado permanece na condição de soberano, estimulando determinadas atividades que lhe pareçam relevantes, através de políticas tais como incentivos fiscais e outras vantagens capazes de atrair o setor privado.



zação e de legitimação capitalista” (Grau, 1997:28). Dessa maneira, o sistema capitalista tem suas bases preservadas, ainda que sob as roupagens de um novo regime. É justamente este peculiar modo de atuação do Estado que impede que o sistema capitalista seja substituído por outro.

Assim, o que acontece é uma mudança institucional de limitada magnitude, já que o modo de produção capitalista permanece nos fundamentos da organização político-institucional.

Algo de novo porém, acontece:

‘... o capitalismo modernizado - ‘progressista’ - promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa. O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta. ... A energia que vem da densidade populacional, estranhamente, afasta os homens uns dos outros, não os fraterniza. (Grau, 1997: 29)

Assim, tem-se observado que, desde o final da década de 80, vêm ocorrendo mudanças significativas no contexto social mundial, a que alguns analistas vêm se referindo como “dissolução da modernidade” (Thielen, 1998:19).

Este processo tem como causa mais evidente um processo de transformação sofrido pela economia capitalista em que se verifica uma “passagem da exploração integrativa à excludente incapacidade de exploração da mão-de-obra” (Thielen, 1998:19). Como consequência, verifica-se o pre-

domínio dos princípios que informam o Mercado e a diminuição da força do Estado como instância reguladora.

Como explica José Eduardo Faria,

... vivencia-se um quadro de crise do Estado-nação, em decorrência do avanço das forças do mercado diante da impotência dos poderes públicos em controlá-las. Com isso, percebemos um claro refluxo do constitucionalismo e a emergência da lógica do direito privado a informar as relações sociais. Os valores do individualismo se sobrepõem aos valores da solidariedade em um verdadeiro processo de destruição das bases do contrato social. Transferem-se para a esfera privada significativa parcela dos serviços essenciais proporcionados pelo Estado. As relações súdito / Estado, que fundamentam a cidadania são substituídas por relações de consumo” (Faria, 1996).

Com isso, aponta-se o processo de destruição da política pelo Mercado comprometendo a realização da cidadania e da democracia em sociedades estatalmente organizadas<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Como explica Helmut Thielen, “nas próprias metrópoles capitalistas desapparece o poder de regulação econômica e sócio-política da crise econômica e da desigualdade social. Em vez disso, crescem a crise econômica, a miséria social, que se conectam com a miséria psíquica que vem de longa data, e finalmente a destruição da natureza, não sendo mais delimitadas e niveladas por um adequado comando político”. (Thielen, 1998) Em outra passagem: “A incapacidade do neocapitalismo para a exploração tem, como consequência, o fim do capitalismo social e do bem estar, e o surgimento de novas formas de pobreza, também, nas metrópoles capitalistas. A rede institucional do Estado Social e a política econômica e social keynesiana tendem a desaparecer. Os partidos reformistas e os sindicatos social-democráticos e socialistas da Europa Ocidental, sobretudo da Alemanha, desmoronam devido às suas estruturas internas não democráticas e sim burocráticas, à perda de seus associados e eleitores, em consequência da sua despolitização, individualização e desemprego, bem como devido à mudança radical da práxis e do conteúdo programático na própria política destas organizações. Com ajuda das próprias organizações da reforma soci-



zação e de legitimação capitalista” (Grau, 1997:28). Dessa maneira, o sistema capitalista tem suas bases preservadas, ainda que sob as roupagens de um novo regime. É justamente este peculiar modo de atuação do Estado que impede que o sistema capitalista seja substituído por outro.

Assim, o que acontece é uma mudança institucional de limitada magnitude, já que o modo de produção capitalista permanece nos fundamentos da organização político-institucional.

Algo de novo porém, acontece:

‘... o capitalismo modernizado - ‘progressista’ - promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa. O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta. ... A energia que vem da densidade populacional, estranhamente, afasta os homens uns dos outros, não os fraterniza. (Grau, 1997: 29)

Assim, tem-se observado que, desde o final da década de 80, vêm ocorrendo mudanças significativas no contexto social mundial, a que alguns analistas vêm se referindo como “dissolução da modernidade” (Thielen, 1998:19).

Este processo tem como causa mais evidente um processo de transformação sofrido pela economia capitalista em que se verifica uma “passagem da exploração integrativa à excludente incapacidade de exploração da mão-de-obra” (Thielen, 1998:19). Como consequência, verifica-se o pre-

domínio dos princípios que informam o Mercado e a diminuição da força do Estado como instância reguladora.

Como explica José Eduardo Faria,

... vivencia-se um quadro de crise do Estado-nação, em decorrência do avanço das forças do mercado diante da impotência dos poderes públicos em controlá-las. Com isso, percebemos um claro refluxo do constitucionalismo e a emergência da lógica do direito privado a informar as relações sociais. Os valores do individualismo se sobrepõem aos valores da solidariedade em um verdadeiro processo de destruição das bases do contrato social. Transferem-se para a esfera privada significativa parcela dos serviços essenciais proporcionados pelo Estado. As relações súdito / Estado, que fundamentam a cidadania são substituídas por relações de consumo” (Faria, 1996).

Com isso, aponta-se o processo de destruição da política pelo Mercado comprometendo a realização da cidadania e da democracia em sociedades estatalmente organizadas<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Como explica Helmut Thielen, “nas próprias metrópoles capitalistas desaparece o poder de regulação econômica e sócio-política da crise econômica e da desigualdade social. Em vez disso, crescem a crise econômica, a miséria social, que se conectam com a miséria psíquica que vem de longa data, e finalmente a destruição da natureza, não sendo mais delimitadas e niveladas por um adequado comando político”. (Thielen, 1998) Em outra passagem: “A incapacidade do neocapitalismo para a exploração tem, como consequência, o fim do capitalismo social e do bem estar, e o surgimento de novas formas de pobreza, também, nas metrópoles capitalistas. A rede institucional do Estado Social e a política econômica e social keynesiana tendem a desaparecer. Os partidos reformistas e os sindicatos social-democráticos e socialistas da Europa Ocidental, sobretudo da Alemanha, desmoronam devido às suas estruturas internas não democráticas e sim burocráticas, à perda de seus associados e eleitores, em consequência da sua despolitização, individualização e desemprego, bem como devido à mudança radical da práxis e do conteúdo programático na própria política destas organizações. Com ajuda das próprias organizações da reforma soci-



No âmbito dos países periféricos, a situação mostra-se ainda mais delicada, já que a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais depende decisivamente da ação estatal e da implementação de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento social. Assim, o Estado se vê em uma situação de “autonomia negativa e crescente dependência”, pois com grande frequência a implementação de suas políticas depende de aproximações nem sempre democráticas com as forças que orientam o Mercado<sup>6</sup>.

Para Eros Grau,

o neoliberalismo é fundamentalmente anti-social, gerando consequências que unicamente as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural na Comunidade Européia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindus-

al, a conservação e a ampliação do Estado Social são substituídas pela participação retardada e recuperada destas organizações na sua destruição do Estado Social, no fomento político para o capital e na construção e implantação dos aparatos policial-militares de segurança, para dentro e para fora de si mesmos (Thielen, 1998:27)

<sup>6</sup> Na análise de Helmut Thielen, “todos estes desenvolvimentos têm por causa o fato de que irrecusáveis pressupostos de uma política de reformas sociais e ecológicas não eram eternas no âmbito do capitalismo, mas historicamente variáveis e dependentes da dinâmica do capital. Com as mudanças históricas ocorridas nos últimos anos, estes pressupostos desapareceram irrecuperavelmente”. (Thielen, 1998:27) “Economicamente, a base da reprodução reformista da força de trabalho consistiu na exploração das riquezas naturais e do trabalho no ‘Terceiro Mundo’, bem como a produção laboriosamente intensiva (fordista) de bens de consumo nas grandes metrópoles. Essencialmente, o Estado Social se baseava na redução de crises e no nivelamento social, através de uma política econômica, financiada pelo endividamento. Agora ele desaparece por falta de fontes de financiamento, mas não é só isso. O Estado Social não é mais financiável, porque sua

trialização. Os Estados nacionais, cujas dívidas explodem, “uma vez que seus títulos públicos alimentam o capital a juros globalizados”, entram em situação de falência fiscal. Voltando os olhos para a nossa realidade verificamos que, ainda que a economia se recupere - o que é duvidoso, dado que a estabilidade monetária não é, por si, expressiva de recuperação econômica -, o social piora. (Grau, 1997: 38).

Uma das formas de superação da crise e correção dos rumos tomados pela práxis institucional contemporânea está na retomada das propostas que fundamentaram o discurso da modernidade.

Assim, na percepção de Habermas, em lugar de simplesmente abandonar o projeto da modernidade, considerando-o como definitivamente derrotado, seria mais interessante aprender com os erros dos programas extravagantes que trataram de negar a modernidade (Habermas,

reduzida arrecadação deve agora ser, cada vez mais empregada para pagar os juros e as amortizações dos débitos. Politicamente, a imagem real de um capitalismo que se autocorrigue mediante uma política reformista - o chamado Estado Social - constitui-se através duma dupla rejeição. Ele se direcionou contra a alternativa interna socioestrutural por uma constituição revolucionária duma sociedade não-capitalista (cf. A situação revolucionária de partes da Europa no pós-Segunda Guerra Mundial) e contra a concorrência do assim chamado ‘socialismo real’, quer dizer: das sociedades orientais classistas do tipo estatismo de centralização burocrática. Com a derrota da concorrência externa, e com a superação aparentemente plena da alternativa revolucionária interna (através do fascismo e de suas repercussões na democracia, também pelo próprio Estado Social e a indústria cultural da formação conformista da consciência), acabam, ao mesmo tempo e irrecuperavelmente, os decisivos pressupostos políticos do reformismo clássico. Capital e classe dominante já não vêem agora motivos internos nem externos para ulteriores compromissos, na forma de uma política de reforma social e ecológica” (Thielen, 1998:28)



No âmbito dos países periféricos, a situação mostra-se ainda mais delicada, já que a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais depende decisivamente da ação estatal e da implementação de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento social. Assim, o Estado se vê em uma situação de “autonomia negativa e crescente dependência”, pois com grande frequência a implementação de suas políticas depende de aproximações nem sempre democráticas com as forças que orientam o Mercado<sup>6</sup>.

Para Eros Grau,

o neoliberalismo é fundamentalmente anti-social, gerando consequências que unicamente as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural na Comunidade Européia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindus-

al, a conservação e a ampliação do Estado Social são substituídas pela participação retardada e recuperada destas organizações na sua destruição do Estado Social, no fomento político para o capital e na construção e implantação dos aparatos policial-militares de segurança, para dentro e para fora de si mesmos (Thielen, 1998:27)

<sup>6</sup> Na análise de Helmut Thielen, “todos estes desenvolvimentos têm por causa o fato de que irrecusáveis pressupostos de uma política de reformas sociais e ecológicas não eram eternas no âmbito do capitalismo, mas historicamente variáveis e dependentes da dinâmica do capital. Com as mudanças históricas ocorridas nos últimos anos, estes pressupostos desapareceram irrecuperavelmente”. (Thielen, 1998:27) “Economicamente, a base da reprodução reformista da força de trabalho consistiu na exploração das riquezas naturais e do trabalho no ‘Terceiro Mundo’, bem como a produção laboriosamente intensiva (fordista) de bens de consumo nas grandes metrópoles. Essencialmente, o Estado Social se baseava na redução de crises e no nivelamento social, através de uma política econômica, financiada pelo endividamento. Agora ele desaparece por falta de fontes de financiamento, mas não é só isso. O Estado Social não é mais financiável, porque sua

trialização. Os Estados nacionais, cujas dívidas explodem, “uma vez que seus títulos públicos alimentam o capital a juros globalizados”, entram em situação de falência fiscal. Voltando os olhos para a nossa realidade verificamos que, ainda que a economia se recupere – o que é duvidoso, dado que a estabilidade monetária não é, por si, expressiva de recuperação econômica –, o social piora. (Grau, 1997: 38).

Uma das formas de superação da crise e correção dos rumos tomados pela práxis institucional contemporânea está na retomada das propostas que fundamentaram o discurso da modernidade.

Assim, na percepção de Habermas, em lugar de simplesmente abandonar o projeto da modernidade, considerando-o como definitivamente derrotado, seria mais interessante aprender com os erros dos programas extravagantes que trataram de negar a modernidade (Habermas,

reduzida arrecadação deve agora ser, cada vez mais empregada para pagar os juros e as amortizações dos débitos. Politicamente, a imagem real de um capitalismo que se autocorrige mediante uma política reformista – o chamado Estado Social – constitui-se através duma dupla rejeição. Ele se direcionou contra a alternativa interna socioestrutural por uma constituição revolucionária duma sociedade não-capitalista (cf. A situação revolucionária de partes da Europa no pós-Segunda Guerra Mundial) e contra a concorrência do assim chamado ‘socialismo real’, quer dizer: das sociedades orientais classistas do tipo estatismo de centralização burocrática. Com a derrota da concorrência externa, e com a superação aparentemente plena da alternativa revolucionária interna (através do fascismo e de suas repercussões na democracia, também pelo próprio Estado Social e a indústria cultural da formação conformista da consciência), acabam, ao mesmo tempo e irrecuperavelmente, os decisivos pressupostos políticos do reformismo clássico. Capital e classe dominante já não vêem agora motivos internos nem externos para ulteriores compromissos, na forma de uma política de reforma social e ecológica” (Thielen, 1998:28)



1996: 141)<sup>7</sup>. Isto seria possível a partir de um processo de “reapropriação da cultura dos *experts* pelo mundo da vida” (Habermas, 1996: 142).

Isso implica em proceder a um movimento no sentido da democratização das instituições, reaproximando o direito e a ética.

O resgate da ética começa a se estabelecer a partir do momento em que se verifica a “derrocada da grande utopia igualitarista” e também a partir do “reconhecimento de que em sociedades democráticas o pluralismo não é apenas inevitável, como desejado” (Cittadino, 2000:141-142)

Para Giselle Cittadino,

esse retorno ao mundo da ética, do direito e da política já não permite qualquer referência a um sujeito individual ideal. É bem verdade que, historicamente, a ficção do sujeito independente foi utilizada, especialmente do ponto de vista da política, como via de emancipação dos indivíduos das formas de dominação tradicionais. A idéia do homem natural, do sujeito pré-político, enquanto invenção artificial, procurava libertar os indivíduos da servidão. Neste sentido, esta ficção tinha o objetivo de legitimar uma certa idéia de “individualidade” frente a qualquer tipo de coletivismo “natural”. Ressalte-se, entretanto, que este homem natural colaborou com a erosão da legitimidade histórica do feudalismo, no momento em que se transforma em sujeito orientado por seus próprios interesses, atuando no âmbito do Mercado capitalista, se torna

<sup>7</sup> Em sentido diverso, entendendo que o pluralismo político necessariamente anuncia uma “condição política pós-moderna”, Agnes Heller, para quem “a condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto” (Heller, 1998: 16).

uma figura reificada que inviabiliza a idéia de comunidade democrática. Quando a figura do outro é representada através das imagens do competidor e do inimigo, não pode haver política de cooperação democrática. (Cittadino, 2000:76)

Assim, a imagem sujeito pré-político cede agora espaço para a concepção que enxerga a politicidade e as relações lingüísticas interindividuais como relevantes. Esta forma de ver o indivíduo, marcado pela intersubjetividade, determina a morte do sujeito racional e solitário, sendo antes os valores plurais os temas enfrentados pela filosofia política atual.

É, portanto, pela via da intersubjetividade que se retorna ao mundo da ética, do direito e da política. É neste território que se situam as perguntas sobre como podemos compreender a nossa sociedade e quais são os elementos e instrumentos que devem atuar neste processo de compreensão (Cittadino, 2000:76-77).

Para Chantal Mouffe

O ideal da sociedade democrática – inclusive como idéia reguladora – não pode ser o de uma sociedade que houvesse realizado o sonho de uma harmonia perfeita nas relações sociais. A democracia só pode existir quando nenhum agente social está em condições de aparecer como dono do fundamento da sociedade e representante da totalidade, portanto, é mister que todos reconheçam que não há na sociedade lugar algum onde o poder possa ser eliminado em uma sorte de indistinção entre ser e conhecimento. Isto significa que não se pode considerar democrática a relação entre os



diferentes agentes sociais senão a condição de que todos aceitem o caráter particular e limitado de suas reivindicações. Em outros termos, é mister que reconheçam que suas relações mútuas são relações das quais é impossível eliminar o poder. (Mouffe 1999: 19)

O retorno ao direito e à ética é assim, a via através da qual se evita a violência, dada a impossibilidade de evitar o pluralismo e o conflito nas democracias contemporâneas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, J.A Lindgren. As Conferências Sociais da ONU e a Irracionalidade Contemporânea . In : ALVES, J.A. Lindgren et al. **Direito e Cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2002. p. 19-92.

BERIAIN, Josetxo . La Paradoja de la Expansión de Opciones en El Capitalismo Tardío. **Revista Anthropos - Huellas del Conocimiento**, Barcelona, n. 173-174, jul./oct., 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

FARIA, José Eduardo. Introdução. (Org.) In : **Direito e Globalização Econômica - Implicações e Perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos .Comunitarismo e Liberalismo na Fundamentação do Estado e o Problema da Tolerância. In : SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Crise e Desafios da Constituição - Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras**. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRAU, Eros Roberto . **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jurgen . Modernidad, un Proyecto Incompleto. In: **El debate Modernidad / Posmodernidad**. Buenos Aires: Ediciones el Cielo por Asalto, 1996. p. 131-144 .

HELLER, Agnes. **A Condição Política Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MOUFFE, Chantal. **El Retorno de lo Político**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1999.

SOUSA SANTOS, Boaventura de . **A Crítica da Razão Indolente - Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

THIELEN, Helmut . **Além da Modernidade? - Para a Globalização de uma Esperança Conscientizada**. Petrópolis: Vozes, 1998.

## INTERDITOS POSSESSÓRIOS DIANTE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*José André Machado Barbosa Pinto*

Juiz Corregedor Auxiliar do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE, Coordenador e Professor do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE, Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco - CEJ-TJPE, Pós-Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE e Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Antes de tratar do tema central do presente ensaio, reputo necessário, até para facilitar o raciocínio, que se tenha a exata noção de onde se localiza a posse no vigente Código Civil (2002), e no Código Civil de 1916.

No neonato Código Civil, mais exatamente no Livro III<sup>1</sup>, encontra-se o “Direito das Coisas”, sendo que tal Livro se divide em dois Títulos, o Título I (arts.1.196/1.224) que se refere à POSSE, e o Título II (arts. 1.225/1.227), que trata dos DIREITOS REAIS.

<sup>1</sup> Código Civil de 2002; Parte Especial Livro III(DIREITO DAS COISAS)- arts. 1.196 e ss.

TÍTULO I - DA POSSE (arts 1.196 / 1.224) .

TÍTULO II - DOS DIREITOS REAIS(arts.1.225 / 1.227).



No não mais vigente Código Civil de 1916, repousava na Parte Especial, o Livro II<sup>2</sup>, que tratava do Direito das Coisas; tal Livro se dividia nos: TÍTULO I, relativo à POSSE; no TÍTULO II, atinente à PROPRIEDADE; e TÍTULO III, que regia os DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS.

Feita tal análise quanto à localização da posse em tais Códigos, importante é o conceito legal daquele que é considerado, por força de lei, possuidor, conceito explicitado pelo artigo 1.196 do novo Código Civil, que considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Tal ditame vigente não difere muito do que estatua o artigo 485 do Código Civil de 1916: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".

No âmbito do Estatuto de Rito Cível, este contempla os ritos relativos à posse, os chamados interditos, entre os seus artigos 920 e 933, sendo certo que tais artigos disciplinam os meios para ser garantida a posse.

A posse, diante da sua grande importância, ensejou que o Código Civil de 1916 trouxesse em seu texto diversos artigos de natureza processual, de vigência nacional, vez que, no momento de sua elaboração e início de vigência, não existia um Código de Processo Civil único para todo o país diante do fato de que, então, cada Estado da Federação possuía seu próprio Estatuto de Rito Cível.

<sup>2</sup> Código Civil de 1916 - Parte Especial - DO DIREITO DAS COISAS - Livro II arts. 485 e ss  
TÍTULO I - DA POSSE (arts. 485 / 523)  
TÍTULO II - DA PROPRIEDADE (Arts. 524 / 673)  
TÍTULO III - DOS DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS (arts. 674 / 862)

A posse, antes de mais nada, é um vocábulo que pressupõe o poder físico de alguém sobre uma determinada coisa; é o "estado de quem frui uma coisa, ou a tem em seu poder"<sup>3</sup>. A posse preexiste ao ordenamento Jurídico, e mesmo sem ele/ordenamento a posse existirá. O nosso vigente Código Civil considera possuidor "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade"<sup>4</sup>. Por ilação lógica, inclusive diante do conceito que é dado à posse, a perda da posse ocorrerá quando cessar, mesmo que contra a vontade do possuidor, o poder dele/possuidor sobre o bem/coisa<sup>5</sup>.

Maria Helena Diniz<sup>6</sup>, em seu Código Civil Anotado, citando Rudolf Von Jhering, leciona que "a posse é a exteriorização ou visibilidade do domínio, ou seja, a relação exterior intencional existente normalmente entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta"

A posse, que em seu sentido próprio ou técnico é o pleno exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio, ou de alguns deles, é a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono.

*A posse mereceu e merece, até hoje, estudos de diversos doutrinadores, contudo, os Juristas que mais profundamente dissecaram tal instituto foram Friedrich Karl Von Savigny, nascido em 1779 e falecido em 1861, primeiro titular da cadeira de Direito*

<sup>3</sup> MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

<sup>4</sup> Art. 1.196 do Código Civil.

<sup>5</sup> Art. 1.223 do Código Civil: "Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o artigo 1.196".

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



Romano da Universidade de Berlin, isto em 1810; e Rudolf Von Jhering, que nasceu em 1818 e faleceu em 1892, e foi Doutor em Direito Romano pela Universidade da Basileia. O primeiro defensor da teoria Subjetiva da posse em sua obra "Traité de la possession en droit romain", condicionando a existência da posse na existência do "corpus" e do "animus"); e o segundo, defensor da teoria objetiva da posse, denominada por ele como a "Teoria Simplificada da Posse", teoria esta que ensejou o artigo 485 do nosso Código Civil de 1916, que deliberava: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade". O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.196, determina: "Considera-se possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

Pela leitura de tais artigos se evidencia que em ambos a posse e a propriedade estão ligadas e guardam entre si grande relação de interdependência. Rudolf Von Jhering, na obra supra-referida, ensina que a propriedade sem a posse, seria como o tesouro guardado em uma arca, sem que o dono da arca tivesse a chave da mesma, impossibilitando, destarte, o acesso ao interior da arca; seria como alguém ser dono de uma árvore frutífera, carregada de frutos, sem que tivesse uma vara ou escada para apanhá-los ...

Ou seja, a posse e a propriedade caminham juntas. Contudo, a posse é indubitavelmente *um fato natural* com reflexos vários no mundo jurídico; repito, com vários reflexos no mundo jurídico, eis que é um *estado de fato* (note-se que, tanto o artigo 485 do Código Civil de 1916, e o artigo 1.196 do Vigente Código Civil, acima transcritos, referem-se a *fato*), e tal *estado de fato* tem a sua manutenção garantida por lei, sendo que tal garantia se dá por intermédio dos **interditos**.

Os interditos possessórios estão previstos em quase todos os ordenamentos do globo, quase sempre para bens móveis e imóveis. Ressalto que na França os interditos protegem apenas bens imóveis

No Brasil, o Código de Processo Civil contempla os ritos relativos à posse a partir do seu artigo 920, indo até o artigo 933 do mesmo Código, e tais dispositivos processuais se fundam no direito subjetivo que o possuidor detém sobre a coisa, contra a sociedade, vez que tal direito poderá ser exercido "erga omnes", por intermédio dos interditos.

O direito subjetivo, no qual se fundam tais ritos possessórios, enseja o que na Doutrina se denomina de "efeitos da posse" que, na prática, são as conseqüências e prerrogativas do dispositivo do artigo 1.210 do Novo Código Civil, cujo teor é o seguinte: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado" Tal dispositivo não difere muito dos artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916, lançados da seguinte forma: art. 499 do Código Civil de 1916:

O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho"; art. 501 do CC de 1916: "O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito. Tais efeitos, mencionados no artigo 1.210 do Código Civil de 2002; e artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916, são a PRÓPRIA ESSÊNCIA DA POSSE, e IMPLICAM a DEFESA CONTRA VIOLAÇÃO e AMEAÇA !!!

De bom alvitre ser lembrado que o artigo 926 do Código de Rito Cível delibera que "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho".



A violação e ameaça são situações diversas, e que implicam ações possessórias específicas que têm caráter próprio e rito especial: OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS.

Em suma, o possuidor que tem esse fato natural (posse) que gera reflexo no mundo jurídico, tem a prerrogativa de defender a posse contra quem injustamente venha tentar, de qualquer forma, prejudicar o exercício da sua posse. Os efeitos da posse nada mais são, como dito acima, do que a essência da posse. De que adiantaria se ter a posse, na hipótese de não existir uma forma de defender tal posse? Então o vigente Código Civil, no art. 1.210, determina que o possuidor tem direito a ser mantido na posse que detém. Por exemplo: se alguém exerce a posse sobre uma gleba de terra, tem o direito a ser mantido na sua posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado da violência iminente, próxima, presente, se tiver um justo receio de ser molestado. Destarte, os artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916 que, quando juntos, não diferem do artigo 1.210 do Código Civil vigente, refletem a importância da posse e a não menos importante possibilidade da sua defesa.

O que faz a posse importante, juridicamente falando, é a possibilidade do possuidor poder defendê-la, e o artigo 926 do C.P.C. garante ao possuidor a possibilidade prática de tal defesa, seja mantendo-o, reintegrando-o e garantindo-o na sua posse. Tal artigo 926 do Código de Rito é uma norma original do Código de 1973, que repetiu o que já era previsto no Código Civil de 1916, até porque, como disse acima, o Código Civil de 1916 foi feito quando não existia um único Código Processual para todo o Brasil; eram diversos Códigos de Processo Civil vigorando de forma concomitante no país. Logicamente que, em cada situação dessa, turbação, esbulho ou ameaça, vai surgir um remédio

próprio para cada hipótese/situação, ou seja, os efeitos da posse, repito, serão a própria essência dela/posse, porque vão implicar a defesa da posse por quem a está para perdê-la, a perdeu, ou está tendo o seu exercício prejudicado. Então estas situações que impliquem reintegração, impliquem manutenção, ou impliquem interdito proibitório vão fazer com que surjam processos de rito especial, caráter próprio que vão a posse defender.

De ser atentado que o Juízo possessório é uma coisa, e o Juízo petitório é outra. No Juízo possessório, é a posse que está em jogo, apenas se discute posse. No Juízo petitório, vai se discutir o domínio. Ademais, o Juízo possessório se funda no "*jus possidendi*" e o Juízo petitório no "*jus possessionis*", uma coisa diferente da outra.

Antes de tratar dos três interditos de "per se", há de ser atentado que o Código de 1916 já previa<sup>7</sup>, e o atual Código continua a prever<sup>8</sup>, a figura da legítima defesa da posse e do desforço possessório, que garantem ao possuidor a possibilidade dele, fazendo uso de suas próprias forças, praticamente por suas próprias mãos, defender a sua posse. Tal hipótese, poder-se-ia dizer tratar-se de autotutela, o que não é regra; a autotutela é exceção, vez que, em quase todo ordenamento jurídico moderno, mormente ocidental, a figura da autotutela foi abolida e, por conseguinte, não é utilizada. Mas existem casos excepcionais, como este, onde é

<sup>7</sup> Código Civil de 1916: art. 502 "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo."

<sup>8</sup> Código Civil de 2002: art. 1.210, parágr. 1º do NCC: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse." (grifei)



possível que a pessoa, fazendo uso dos meios proporcionais à necessidade, recupere a sua posse. Por exemplo: se uma pessoa necessita, para tirar um invasor de sua propriedade/posse, apenas conversar, ele não vai chegar lá com uma metralhadora e atirar inadvertidamente contra aquele invasor. É essencial que se tome cuidado para que a ação calçada no artigo 1.210, § 1º do Código Civil (de *legítima defesa* ou *desforço* que são coisas diversas) seja exercida de forma proporcional à necessidade.

A defesa é exercida quando a posse é ameaçada, ou seja, está havendo ameaça e o possuidor vai defendê-la; enquanto que o *desforço* é quando já aconteceu a perda da posse. Se de alguma forma foi perdida a posse, então quem a perdeu poderá fazer uso do desforço. É evidente que tais atitudes, calçadas no artigo 1.210, § 1º do Código Civil, têm muitas implicações sociais e muitas implicações políticas, contudo, neste ensaio, não vou entrar na seara do que seria justo ou injusto. O IDEAL não será tratado nestas modestas linhas, mas sim o REAL, foi e é o que me proponho a fazer. De ser notado que tanto o texto do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, quanto o texto do artigo 512, do Código Civil de 1916, trazem a locução “logo”. Esse logo é subjetivo e estará caracterizado, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

A parte final do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, trouxe uma inovação, quando expressamente delibera que os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse, pois se tais atos forem além do indispensável poderá restar caracterizado o ilícito penal, previsto no artigo 345 do Código Penal Brasileiro<sup>9</sup>, no caso, o exercício arbitrário das próprias

<sup>9</sup> ARTIGO 345 do Código Penal : Fazer Justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

razões. Destrate, aquele que desejar fazer uso da prerrogativa do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, há de agir com moderação e equilíbrio para não restar caracterizado o exercício arbitrário das próprias razões.

São três os interditos possessórios, previstos no nosso ordenamento jurídico: a Manutenção, a Reintegração e o Interdito. Aqui no Brasil há quem os chame de “remédios possessórios”. Apenas para ilustrar, lembro que no Direito Processual Português os interditos recebem a designação de “meios possessórios”.

Os interditos possessórios têm fundamento no artigo 1210 do Código Civil, que delibera que: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.” Tal dispositivo garante ao possuidor o direito de buscar o Estado Juiz para sanar um problema que ocorra em sua posse. **Todos os três institutos, repito, têm origem no Direito Romano.**

A Manutenção, que Nelson Nery<sup>10</sup> chama de um “normalizador” da posse, é aplicável quando o possuidor tem algum problema para exercer a sua posse e necessita que tal problema seja sanado para então ser normalizado o exercício da sua posse, razão pela qual Nelson Nery chama tal instituto de normalizador da posse; enquanto que ele pró-

Pena: detenção, de 15(quinze) dias a 1(um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único: Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil anotado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



prio designa a *reintegração* de um “corretivo”, ou seja, a Reintegração de Posse, que também se poderia chamar de Reintegração “*na posse*”, para Nelson Nery seria um corretivo. E de fato o é, vez que, se alguém perde a posse de um imóvel, este alguém tem que ir buscar uma correção, um remédio, sendo tal correção a Reintegração.

O terceiro instituto possessório é justamente o *Interdito Proibitório*, disciplinado nos artigos 932 e 933 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>. Tal interdito é o meio por onde o Juiz fixa uma pena, com preceito cominatório, no caso de vir a ocorrer a turbação ou vir a ocorrer o esbulho. De ser lembrado que o artigo 501 do Código Civil de 1916 deliberava que: “O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito”.

O esbulho, a mais grave das violações da posse, foi assim conceituado por Clóvis Beviláqua: “É a injusta privação da posse sofrida por aquele que a tem”<sup>12</sup>. É um conceito com poucas palavras, contudo, deveras abrangente e atual.

Vamos imaginar a seguinte situação: alguém tem a posse sobre um determinado bem e, injustamente, perde tal posse. Diante de tal perda, o que vai querer e buscar o desapossado? Vai querer voltar ao “status quo ante”, e o

<sup>11</sup> Art.932 do C.P.C.: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

Art.933 do C.P.C.: “Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior”.

<sup>12</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1951. v. 1, p.69.

remédio para ele voltar ao “status quo ante” qual seria? É a Reintegração de Posse. Então, havendo esbulho, este terá como “remédio” uma Reintegração, pois é este o meio para se voltar ao “status” anterior, ou seja, a posse vai voltar para as mãos do esbulhado. Tal previsão legal se encontra no “caput” do supra-referido artigo 1.210 do Código Civil:

*O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.*” Tal previsão do neonato Código Civil não difere do que estatuiu o artigo 499 do Código Civil de 1916: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho”. Tal previsão do Código Civil de 1916 é idêntica à determinação do artigo 926 do Código de Processo Civil<sup>13</sup>.

Visto o que seria o esbulho, necessário se faz tratar da turbação. A turbação é uma violação menos grave à posse. Para Clóvis Beviláqua, a turbação “é todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe perturbe o gozo da coisa possuída, sem dela o desapossar”<sup>14</sup>.

O conceito de Clóvis Beviláqua supratranscrito ainda hoje permanece atual; então, é possível e correto se dizer que: todo ato praticado contra a vontade do possuidor-resalto - CONTRA A VONTADE DO POSSUIDOR - que lhe perturbe o gozo da coisa possuída, sem dela o desapossar, seria um ato turbativo, *vg*: a hipótese de uma pessoa que proíbe o possuidor de entrar na sua propriedade, pois tal pessoa está na porta de entrada de tal propriedade e não

<sup>13</sup> ART. 926 do C.P.C.: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.

<sup>14</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1951. v. 1, p.62.



deixa o possuidor adentrar na posse. Tal atitude seria um ato turbativo negativo, vez que ele/turbador não deixaria o possuidor entrar em suas terras/posses. Ao passo que, se uma pessoa está entrando nas terras/posses de outrem, sem a devida autorização, e lá está cultivando um roçado de milho, repito, sem autorização, então ele está impedindo que o possuidor possa plantar outra cultura na sua terra, já que ele/turbador está plantando milho, plantou e foi embora, sem que ele estivesse se apossado diretamente daquelas terras, mas ele está indo, entrando e saindo, está praticando um ato turbativo positivo, logicamente, por ação.

Então, em havendo a turbação, o que há de ser feito pelo possuidor turbado?

Há de ser proposta uma ação de *manutenção de posse*, onde o autor, pela mão do Estado-Juiz, terá a sua posse exercida plenamente, vez que fará cessar os atos de perturbação à posse dele, autor/turbado.

No que diz respeito à ameaça, como o nome já diz, o legítimo possuidor que estiver sendo ameaçado ou estiver para sofrer uma violência iminente, próxima, pede ao juiz que ele lhe acautele.

De ser notado que aqui estou falando de *acautelar*, sem o caráter processual específico (cautelares) sem contudo deixar de ser uma medida acautelatória, onde o juiz determina que a pessoa deixe de fazer algo: deixe de ameaçar ou deixe de tentar invadir "*sob pena de...*". Note-se aí o preceito cominatório de fixar uma pena pecuniária para que seja cumprida a determinação judicial e, fazendo isso, vai se evitar que ocorra turbação, e vai se evitar que ocorra o esbulho.

Feitas tais considerações comparativas sobre os três institutos possessórios na vigência do Código Civil de 1916 e na vigência do atual Código Civil de 2002, acredito interessante trazer à baila quatro questões processuais de relevância no âmbito das possessórias: *A primeira*: atinente à aplicabilidade do princípio da fungibilidade; *a segunda*: relativa à inaplicabilidade, dependendo da hipótese, do inciso II do art. 282 do Código de Processo Civil; *a terceira*: à necessidade ou não de citação do cônjuge em se tratando de possessórias; e *a quarta*: pertine à antecipação dos efeitos da tutela em sede de possessórias, quando do ato turbativo ou esbulhativo já se houver passado mais de ano e dia.

A *primeira* questão diz respeito ao estatuído no artigo 920 do Código de Rito Cível<sup>15</sup>. Tal artigo consagra o princípio da fungibilidade em sede de procedimentos possessórios, e esse princípio da fungibilidade não difere muito do princípio da fungibilidade aplicável aos recursos, sendo que, em se tratando de possessórias, a propositura de uma possessória, em vez de outra, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente aquela cujos requisitos estejam comprovados (chamo à atenção para o fato de ser exigida a propositura de uma possessória em vez de outra possessória). Ora, é sabido que o juiz deve conhecer o direito (*Jura novit curia*: o Tribunal/Juiz conhece os direitos), certo é também que existe outro brocardo essencial ao entendimento da primeira questão posta, relativa à petição inicial é aquele que delibera: Diga-me o fato que lhe direi o direito ("*Da mihi factum, dabo tibi jus*"). Partindo de tais premissas, tenho que: o juiz tem que saber o

<sup>15</sup> ART.920 do C.P.C. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.



deixa o possuidor adentrar na posse. Tal atitude seria um ato turbativo negativo, vez que ele/turbador não deixaria o possuidor entrar em suas terras/posses. Ao passo que, se uma pessoa está entrando nas terras/posses de outrem, sem a devida autorização, e lá está cultivando um roçado de milho, repito, sem autorização, então ele está impedindo que o possuidor possa plantar outra cultura na sua terra, já que ele/turbador está plantando milho, plantou e foi embora, sem que ele estivesse se apossado diretamente daquelas terras, mas ele está indo, entrando e saindo, está praticando um ato turbativo positivo, logicamente, por ação.

Então, em havendo a turbação, o que há de ser feito pelo possuidor turbado?

Há de ser proposta uma ação de *manutenção de posse*, onde o autor, pela mão do Estado-Juiz, terá a sua posse exercida plenamente, vez que fará cessar os atos de perturbação à posse dele, autor/turbado.

No que diz respeito à ameaça, como o nome já diz, o legítimo possuidor que estiver sendo ameaçado ou estiver para sofrer uma violência iminente, próxima, pede ao juiz que ele lhe acautele.

De ser notado que aqui estou falando de *acautelar*, sem o caráter processual específico (cautelares) sem contudo deixar de ser uma medida acautelatória, onde o juiz determina que a pessoa deixe de fazer algo: deixe de ameaçar ou deixe de tentar invadir "*sob pena de...*". Note-se aí o preceito cominatório de fixar uma pena pecuniária para que seja cumprida a determinação judicial e, fazendo isso, vai se evitar que ocorra turbação, e vai se evitar que ocorra o esbulho.

Feitas tais considerações comparativas sobre os três institutos possessórios na vigência do Código Civil de 1916 e na vigência do atual Código Civil de 2002, acredito interessante trazer à baila quatro questões processuais de relevância no âmbito das possessórias: *A primeira*: atinente à aplicabilidade do princípio da fungibilidade; *a segunda*: relativa à inaplicabilidade, dependendo da hipótese, do inciso II do art. 282 do Código de Processo Civil; *a terceira*: à necessidade ou não de citação do cônjuge em se tratando de possessórias; e *a quarta*: pertine à antecipação dos efeitos da tutela em sede de possessórias, quando do ato turbativo ou esbulhativo já se houver passado mais de ano e dia.

A *primeira* questão diz respeito ao estatuído no artigo 920 do Código de Rito Cível<sup>15</sup>. Tal artigo consagra o princípio da fungibilidade em sede de procedimentos possessórios, e esse princípio da fungibilidade não difere muito do princípio da fungibilidade aplicável aos recursos, sendo que, em se tratando de possessórias, a propositura de uma possessória, em vez de outra, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente aquela cujos requisitos estejam comprovados (chamo à atenção para o fato de ser exigida a propositura de uma possessória em vez de outra possessória). Ora, é sabido que o juiz deve conhecer o direito (*Jura novit curia*: o Tribunal/Juiz conhece os direitos), certo é também que existe outro brocardo essencial ao entendimento da primeira questão posta, relativa à petição inicial é aquele que delibera: Diga-me o fato que lhe direi o direito ("*Da mihi factum, dabo tibi jus*"). Partindo de tais premissas, tenho que: o juiz tem que saber o

<sup>15</sup> ART.920 do C.P.C. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.



fato e de acordo com o fato localizar a norma, e aplicar o direito. Aplicam-se esses dois axiomas nesta hipótese do princípio da fungibilidade, porque a posse não é matéria de simples entendimento e elucidação, e o próprio Clóvis Beviláqua, ao encaminhar, em 1899, o anteprojeto para o esborçado processo legiferante, daquele que seria mais tarde o primeiro Código Civil brasileiro, já asseverava que a posse era uma matéria que resistia à penetração da análise e à elucidações da doutrina.

Tal dificuldade, aliada à grande importância da posse no mundo jurídico, foi que fez com que o legislador anteviesse a possibilidade de um advogado, mesmo sendo um advogado com muita competência jurídica, a parte, e até o magistrado se portarem diante de uma situação em que eles não possam aquilatar - "a prima facie" - se um determinado caso seria uma turbação, ou seria um esbulho, consagrando-se pois, assim o princípio da fungibilidade.

Então, por este princípio, em sendo a questão de fato, numa turbação é distribuída uma ação de reintegração, sem que se narrasse qualquer esbulho; cabe ao juiz receber tal reintegração como uma ação de manutenção. Ou seja, a propositura de uma possessória, em vez de outra, fará com que o juiz receba a possessória como deva ser, sempre de acordo com o fato narrado na proemial. Lembro que tal hipótese diz respeito a possessórias; não é possível o juiz receber uma possessória como sendo petitória porque são coisas totalmente diversas, como acima já referido. Ademais, na possessória você pede a posse baseado na posse. Então o pedido é posse, e a causa de pedir é uma posse; assim, o autor da demanda tem que ter uma posse para poder buscar tal posse.

A segunda questão das quatro supra-referidas é justamente aquela relativa ao artigo 282 do Código de Processo Civil, mais especificamente no seu inciso II<sup>16</sup>. Tal artigo do Código Processual é o que costume chamar de o "manual da petição inicial", vez que, muitas vezes, em sala de aula, sou indagado: "Mas professor, como é que fazemos a petição inicial, tem um manual?" Então eu respondo: "O manual é o artigo 282 do Código de Processo Civil, se você pegar tal artigo, estará lá o que sua inicial tem que ter". De fato, para um juiz analisar a inicial, ele tem que se guiar pelo supracitado artigo 282. Assim, pode-se afirmar que em quase toda petição inicial há de ser cumprido, na íntegra, o artigo 282 do C.P.C., contudo, e logicamente em Direito, sempre existem exceções, exceções que vão além do 282. Por exemplo, a petição inicial de uma ação de usucapião possui exigências que extrapolam o próprio artigo 282, vez que, dentre outras coisas, o autor tem que juntar mais documentos do que aqueles normalmente exigidos para outros feitos, e ainda comprovar mais coisas quando da distribuição; e existem também exceções que exigem menos que o artigo 282 em comento, no entanto, as possessórias, e é o que nos interessa.

O inciso II de tal artigo determina que o nome, profissão e residência do autor e a do réu não de ser mencionados na inicial, mas a jurisprudência já vem acolhendo<sup>17</sup> que, para a propositura de uma possessória, o autor pode deixar de colocar a qualificação e nome do réu, ou dos réus,

<sup>16</sup> ART. do 282 II do C.P.C. : A petição inicial indicará:

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão e residência do autor e do réu;

<sup>17</sup> "Não constitui óbice ao prosseguimento do feito o fato de, em ação possessória, o autor não indicar, desde logo, na inicial, todas as pessoas que acusa de esbulho"(RT 704/123)



vez que não é possível, em certas situações, o autor ter acesso a tais informações. Exemplifico: boa parte das invasões, hoje em dia, são perpetradas usando força, grupos armados, quer de arma branca, quer de arma de fogo, que invadem determinada propriedade, que invadem um prédio, e o autor, caso tenha de bater na porta de tal ou tais invasores e tenha de buscar os nomes e qualificações dos invasores, estará, em certas hipóteses, colocando em risco a sua própria integridade física. Ressalto que, nas relações sociais, cada caso é um caso. Seja qual for a hipótese, o magistrado há de ter cautela com relação à tal hipótese .

A terceira, e penúltima questão processual das quatro a que acima me referi, é aquela que pertence à Citação do Réu - art. 10, parágrafo II do Código de Processo Civil<sup>18</sup>. Ora, o "caput" do artigo 10 do Código de Processo Civil fala de ações reais imobiliárias, não é o caso de possessórias, haja vista que, como já expus logo no início deste ensaio, a posse não é direito real. Então, nesse caso do "caput" do artigo 10, seria a hipótese de uma usucapião, de uma reivindicatória, de uma desapropriação, de uma nunciação de obra nova, etc. No parágrafo 2º do mesmo artigo, o legislador fala com relação à posse, quando diz que: nas ações possessórias a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável no caso de composses<sup>19</sup> ou ato por ambos praticado. Tal "ato por ambos praticado" é o ato de

<sup>18</sup> ART. 10 do C.P.C.: "O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários. Parágrafo 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de (ato) por ambos praticado."

<sup>19</sup> ART. 1.199 do C.C.: "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores."

posse. Se um homem casado invadir um imóvel em conjunto com a sua esposa, esta há de ser citada. Se uma mulher casada e seu esposo têm a posse de um imóvel e a perdem, tanto o varão como a virago deverão ingressar em juízo visando serem reintegrados na posse do bem cuja posse foi perdida. Então, a posse não é um direito real, como já disse acima. O direito real é limitado pelo "numerus clausus", e tem que ser, até para dar segurança à sociedade. O conceito de composses é aquele esculpido no artigo 1.199 do Código Civil, e se dá quando duas ou mais pessoas possuem uma coisa indivisa e exercem a posse dele sem que um possa obstaculizar o exercício da posse pelo outro. Um exemplo disso é o caso dos herdeiros, antes da partilha, eles estão na posse do bem e estão no exercício de uma composses. Tal artigo 1.199 do vigente Código Civil é praticamente idêntico ao artigo 488 do Código Civil de 1916, aliás, como muitos e muitos artigos do Código Civil atual.

A última questão, no caso a quarta, diz respeito à aplicabilidade ou não do artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>20</sup>, em se tratando de ato de esbulho ou turbacão ocorrido há mais de ano e dia da proposição da ação. Tal ques-

<sup>20</sup> ART. 273 do C.P.C.: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.



tão acredito ser a mais polêmica e menos pacificada das quatro que listei acima.

Antes da vigência da atual redação do artigo 273 do C.P.C., imposta pela Lei 8952/94, Feres<sup>21</sup> listava os seguintes dispositivos legais que já consagravam a antecipação dos efeitos da tutela: art. 928 do C.P.C. - Possessórias; art. 937 do C.P.C. - Nunciação de Obra Nova; art. 5º, § 4º da Lei 4.717/65 - Ação Popular; art. 7º, II da Lei 1.533/51- Mandado de Segurança; art. 12 da Lei 7.347/85- Ação Civil Pública; art.84, § 3º da Lei 8.78/90 - C.D.C.; art.3º do Dec. Lei 911/69 - Alienação Fiduciária em Garantia; além das normas relativas ao "Habeas Corpus", "Habeas Data" e ações diretas de inconstitucionalidade.

É evidente que, para a concessão da medida antecipatória, necessário se faz a observância dos princípios que norteiam a concessão da medida antecipatória, que segundo Zavascki<sup>22</sup>, seriam: O princípio da necessidade; da menor restrição possível; da interpretação; e da salvaguarda do núcleo essencial.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.  
§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

<sup>21</sup> FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>22</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Desde já, para se pensar em liminar em sede de possessória, é essencial que o ato turbativo ou esbulhativo tenha ocorrido até ano e dia, a contar da distribuição do feito possessório. Além de tal exigência, deverá o autor comprovar a posse, o esbulho ou a turbação, e a respectiva data destes, e que continua o autor sem a posse, ou turbado do seu exercício. O juiz, recebendo a inicial, vai analisar a comprovação de tais exigências, e vai, nos moldes do artigo 928 do C.P.C.<sup>23</sup>, conceder a liminar, ou em não se convencendo, marcar a audiência de justificação. Em tal audiência, a prova é de cognição não plena, e presta-se tão somente para eventual comprovação das alegações da parte autora.

Em obtendo êxito o autor em demonstrar as exigências do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>24</sup>, o juiz deferirá - de ser notado o caráter imperativo da norma: "deferirá" - a medida liminar.

No entanto, em já tendo se passado mais de ano e dia da data do esbulho, na hipótese de uma reintegração de posse, quando da distribuição da demanda, Nelson Nery<sup>25</sup> ensina que é totalmente possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Nelson Nery não é solitário em tal

<sup>23</sup> Art. 928 do CPC: Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

<sup>24</sup> Art. 927 CPC: Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

<sup>25</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil anotado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



posicionamento, esposado desde a vigência da atual redação do artigo 273 do C.P.C., imposta pela Lei 8952/94, que mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916 já poderia acontecer. Hodiernamente, quando não mais vigoram os ditames dos artigos art. 507 (“Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse”) e art. 508 (“Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”), ambos do Código Civil de 1916, não existiria óbice ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Reputo que tal antecipação exige para o seu deferimento a comprovação das exigências dos artigos 273 e 927 do Código de Processo Civil.

Em que pese a existência de entendimento diverso, até porque, “a Lei não protege aqueles que dormem”, a posse deve sempre implicar o exercício de vigilância, tendo o possuidor que vigiar sua posse. Que quem pôde esperar para intentar a ação, por mais de ano e dia, poderá esperar mais um pouco para o transcurso das vias ordinárias; etc., defendendo a possibilidade da antecipação aqui comentada, e repito, fundamentada na congruência dos ditames dos artigos 273 e 927 do Código de Processo Civil.

Para finalizar, e inclusive melhor ilustrar tal possibilidade antecipatória, transcrevo abaixo ementa do RECURSO ESPECIAL Nº 201.219 - ES (1999/0004832-6), da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça -STJ, que teve como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, participando do julgamento os também Ministros Aldir Passarinho Júnior, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e

Ruy Rosado de Aguiar, com julgamento ocorrido em 25/06/2002:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEDIDA DE EFEITO PRÁTICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. POSSE VELHA. ADMISSIBILIDADE. CASO CONCRETO. ART. 273, CPC. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

Assim, evidencia-se mais ainda a complexidade da questão possessória e também a atualidade das palavras escritas por Clóvis Bevilacqua ao apresentar o Projeto de Código Civil em 1899, com seguinte arrazoado preambular:

*Não há, certamente, assunto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, cativado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas também, dificilmente se encontrará outro que mais tenazmente haja resistido à penetração da análise, a elucidações da doutrina.*

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil**; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

CASCONI, Francisco Antônio. **Tutela antecipada das ações possessórias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.



posicionamento, esposado desde a vigência da atual redação do artigo 273 do C.P.C., imposta pela Lei 8952/94, que mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916 já poderia acontecer. Hodiernamente, quando não mais vigoram os ditames dos artigos art. 507 (“Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse”) e art. 508 (“Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”), ambos do Código Civil de 1916, não existiria óbice ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Reputo que tal antecipação exige para o seu deferimento a comprovação das exigências dos artigos 273 e 927 do Código de Processo Civil.

Em que pese a existência de entendimento diverso, até porque, “a Lei não protege aqueles que dormem”, a posse deve sempre implicar o exercício de vigilância, tendo o possuidor que vigiar sua posse. Que quem pôde esperar para intentar a ação, por mais de ano e dia, poderá esperar mais um pouco para o transcurso das vias ordinárias; etc., defendendo a possibilidade da antecipação aqui comentada, e repito, fundamentada na congruência dos ditames dos artigos 273 e 927 do Código de Processo Civil.

Para finalizar, e inclusive melhor ilustrar tal possibilidade antecipatória, transcrevo abaixo ementa do RECURSO ESPECIAL Nº 201.219 - ES (1999/0004832-6), da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça -STJ, que teve como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, participando do julgamento os também Ministros Aldir Passarinho Júnior, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e

Ruy Rosado de Aguiar, com julgamento ocorrido em 25/06/2002:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEDIDA DE EFEITO PRÁTICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. POSSE VELHA. ADMISSIBILIDADE. CASO CONCRETO. ART. 273, CPC. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

Assim, evidencia-se mais ainda a complexidade da questão possessória e também a atualidade das palavras escritas por Clóvis Bevilacqua ao apresentar o Projeto de Código Civil em 1899, com seguinte arrazoado preambular:

*Não há, certamente, assunto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, cativado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas também, dificilmente se encontrará outro que mais tenazmente haja resistido à penetração da análise, a elucidações da doutrina.*

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil**; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

CASCONI, Francisco Antônio. **Tutela antecipada das ações possessórias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.



DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1, 2 e 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2004. v. 4 (Direito das Coisas).

\_\_\_\_\_. **Código Civil anotado**. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,1999.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos,1998.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; Andrade NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.v.1 e v. 2.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.v.4.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, 2 e 3.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

## DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA AOS DELITOS CULPOSOS

*José Durval de Lemos Lins Filho*

Especialista em Ciências Criminais e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Olinda - AESO, da Faculdade Marista Recife e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Delegado de Polícia

### SUMÁRIO

1 - A PROBLEMATIZAÇÃO DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EM SUA DISCREPÂNCIA COM EXIGÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO FATO: A QUESTÃO DA COMPATIBILIZAÇÃO DE INTERESSES. 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. 3 - DOS MODELOS TEÓRICO-EXPLICATIVOS DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 3.1 - Do modelo da exceção. 3.2 - Do modelo da tipicidade (ou da extensão). 3.3 - Das críticas aos modelos teórico-explicativos. 4 - DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E DO DELITO CULPOSO. 5 - REFERÊNCIAS

### 1 - A PROBLEMATIZAÇÃO DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EM SUA DISCREPÂNCIA COM EXIGÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO FATO: A QUESTÃO DA COMPATIBILIZAÇÃO DE INTERESSES

Hodiernamente, reconhece ROXIN que a *actio libera in causa*, essa figura tradicionalmente pouco discutida no Direito Penal, tem sido objeto de intensas investigações



científicas nos últimos anos. Os casos que se denominam desta forma são essencialmente casos dessa índole: no momento do cometimento do delito seu autor é incapaz de culpabilidade, mas em um momento anterior, quando ainda não se encontrava nesse estado, produziu culpavelmente a sua própria incapacidade. Segundo tenha atuado, o resultado sido produzido dolosa ou culposamente, se lhe castiga por delito doloso ou culposo<sup>1</sup>.

Com efeito, resta evidente a problematização da *actio libera in causa* diante do estágio atual atingido pelas ciências penais, e pela organização sistêmico-dogmática do Direito Penal, sobretudo pautado em um modelo garantista que tem como alguns de seus pilares fundamentais a legalidade e a culpabilidade, como princípios inatacáveis. A grande questão consiste na tentativa de compatibilizar as exigências dogmáticas do garantismo penal com as necessidades político-criminais de levar a efeito punições que atinjam suas finalidades preventiva e repressiva.

Esclareça-se, ainda, quanto a essa problematização que uma das exigências do Direito Penal do fato, agasalhado nesse modelo garantista, é exatamente a imputabilidade, no momento da prática do delito, exigência essa que tem recebido opiniões político-criminais contrárias. Imagine-se a hipótese em que um sujeito, com reais possibilidades de cometer uma conduta penalmente proibida, se colocasse em situação de inimputabilidade, e nessa condição praticasse a mencionada conduta, fosse considerado impune. Essa impunidade não representaria apenas uma garantia que deve se exigir em todo caso, mas estaria se transformando em abusiva oportunidade delitiva, em um elemento criminógeno

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. Observaciones sobre la 'actio libera in causa'. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.] : Ministerio da Justiça, jan. / abr. , tomo XLI, fascículo I, p. 21-37, passim 1998.

e, em todo caso, em garantia de impunidade de execução delitiva merecedora de resposta penal. Esses critérios político-criminais estão latentes na interpretação da *actio libera in causa* de tal modo que, diante de hipóteses como a acima referida, os critérios práticos de utilidade serão preponderantes sobre os técnico-dogmáticos, conduzindo ao sacrifício do princípio da culpabilidade, em nome de um recurso para evitar os abusos, instrumentos da necessidade do requisito da imputabilidade.

Entretanto, tal posicionamento não pode subsistir. Fica ainda mais evidente a necessidade de compatibilização entre os aspectos jurídico-dogmáticos e os de necessidades político-criminais. Com MUÑAGORRI LAGUIA se deve recordar que "*los criterios políticos criminales son insuficientes para desbordar los marcos penales y más en fases de aplicación y en todo caso, os criterios técnico dogmáticos no se agotan en su finalidad sistemática de aplicación coherente y racional, de las reglas jurídicas sino satisfacen su función sistemática, fundamentalmente en la construcción de un coherente sistema de garantías*"<sup>2</sup>.

Sem dúvida, há que se reconhecer que a impunidade transforma a garantia em privilégios, daí a evidente necessidade de buscar uma interpretação sistêmica que proporcione ao sistema de garantias critérios de aplicação compatíveis com os anseios político-criminais. Não se pode olvidar da lição de VON LISZT no sentido de que o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal.

Tratando da tensão entre Direito Penal e Política Criminal, ROXIN assinalou que uma das críticas recorrentes, direciona-se "contra a espécie de dogmática resultante da

<sup>2</sup> MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio Muñagorri. Sobre la presencia de la 'actio libera in causa' en el art. 8.1 del Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.] : Ministerio da Justiça, jan./abr., tomo XLIV, p. 421-422, Fascículo I, 1991.



dicotomia lisztiana entre direito penal e política criminal, pois se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. De que serve, porém, solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto ainda que não integrável ao sistema?"<sup>3</sup>. O Catedrático de Munique afirma que a essa pergunta quase poderia responder afirmativamente, entretanto reconhece a impossibilidade de discussão séria da hipótese de desvencilhamento de um sistema dogmático, concluindo que as críticas não se dirigem "ao próprio pensamento sistemático, mas a premissas errôneas em seu desenvolvimento dogmático"<sup>4</sup>. De superação das premissas e modelos equivocados é a missão que ora se nos afigura como indispensável na construção ou concepção de uma figura (*actio libera in causa*) adequada às exigências contemporâneas.

Relembrando a lição de KAUFMANN, para quem "es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como teorías complementarias. Por eso, los teoremas extremos tienen algo de irreal y utópico en sí mismos"<sup>5</sup>, há de se buscar soluções de imputação para os fatos praticados sob a influência de álcool

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

<sup>4</sup> ROXIN, Op. Cit., p. 11-12.

<sup>5</sup> KAUFMANN, Arthur. *Derecho, Moral e Historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 48-49.

ou substâncias de efeitos análogos que, atendendo aos requisitos de proporcionalidade que devem orientar o sistema jurídico, se situem entre a insuficiência e a proibição do excesso.

Nesse diapasão, SARLET, reconhecendo a importância do princípio da proporcionalidade, entende que ele não pode deixar de ser compreendido - para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais - na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão com as noções de necessidade e equilíbrio. E conclui: "A própria sobrevivência do garantismo (e com ele, do Estado Democrático - e proporcional - de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico penal e na capacidade de dar respostas adequadas (...)"<sup>6</sup>.

A questão crucial reside pois em compatibilizar a exigência sistêmico-dogmática da verificação da imputabilidade no momento do cometimento do delito, como consecutória dos princípios da legalidade e da culpabilidade, e as necessidades político-criminais.

## 2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA ACTIO LIBERA IN CAUSA

A imputabilidade tem uma natureza dinâmica, sendo possível que alguém, mesmo portador de doença mental, seja incapaz de entender e se autodeterminar em um mo-

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 122. 2004.



mento, mas já não o seja em outro. Com muito mais razão, ocorre com as hipóteses de ingestão de álcool e outras drogas, cuja volatilidade favorece a variação dessas faculdades. Segundo se constata da leitura do Código Penal Brasileiro, como de resto de outras legislações alienígenas, o que importa é saber se, no momento da prática da conduta delituosa, o agente possuía ou não essas capacidades. Ou, em outros termos, a imputabilidade ou a sua negação são aferidas no momento da prática delitiva. Como regra, vige pois o princípio da coincidência. Esse princípio, explica DÍAZ PITA, faz referência à coincidência temporal entre o fato injusto praticado pelo sujeito e a culpabilidade do mesmo<sup>7</sup>.

Entretanto, situações há em que o agente propositadamente se coloca em estado de incapacidade de culpabilidade. Ele próprio provoca a sua imputabilidade, com a finalidade de melhor realizar os seus desígnios criminosos ou mesmo de preparar uma escusa absolutória. Sendo bom exemplo dessa situação aquele pertinente ao sujeito que, após premeditar o homicídio, ingere bebida alcoólica com a finalidade de "tomar coragem" para, quando em estado de embriaguez completa, executá-lo. Observe-se que, nessa hipótese, se fosse observado o momento da prática do delito para efeito de constatação da imputabilidade, certamente constatar-se-ia que o agente não mais possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

Diante da flagrante injustiça e da completa ineficiência que resultaria do reconhecimento da imputabilidade do agente que assim procedesse, os práticos italianos esboçaram a teoria das "*actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*"<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> DÍAZ PITA, Maria Del Mar. *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 42-43.

<sup>8</sup> Em tradução livre, a expressão "*actio libera in causa sive ad libertatem relatae*" significa ação livre em sua causa ou ligada à liberdade.

cujo delineamento inicialmente fora tratado por Aristóteles que singelamente enunciava a punição até pela sua ignorância, se ela fosse considerada responsável pela ignorância, sendo as penas dobradas no caso da embriaguez, pois a origem da ação estaria no homem, sendo uma escolha sua ficar ou não embriagado<sup>9</sup>.

O Direito Romano foi omissivo quanto à repercussão criminal da embriaguez, que não foi tratada de maneira expressa, entendendo os juristas da época, segundo lição de RODRIGUES, que se enquadrava nos estados de alteração transitória da consciência que não eram levados em conta na apreciação do grau de imputabilidade<sup>10</sup>.

O Direito Canônico reprovava o ato de embriagar-se. A embriaguez tornou-se um delito em si mesma considerada. Todavia, não admitia a imputabilidade sem a ocorrência simultânea do discernimento e da vontade livre no momento da prática da conduta. Se, por um lado, o agente era considerado inimputável pela prática delituosa em si; por outro, era culpado pela embriaguez.

Esse paradigma, entretanto, é rompido pela concepção dos práticos italianos BÁRTOLO (1313-1357) e BALDO (1327-1406) que firmaram posição no sentido de que, uma vez ocorrido o evento de ato voluntário, a responsabilidade do agente não se determinaria pela ação principal (o crime), mas pela ação anterior (a causa mediata do crime). Em relação à embriaguez, não só a preordenada como a voluntária, quando tivesse havido previsão do resultado, não caberia qualquer condescendência, sendo imperiosa a punição, sistematizando-se assim os contornos iniciais da teoria *sub examine*. Ressalte-se que tal compreensão afrontava a filosofia

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 60.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A Embriaguez e o Crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 31.



tomista que se firmava no preceito do “*ebrietas voluntária in sua causa non excusantur totaliter peccato, nec totaliter excusat sequens peccatum*”, pugnando por uma punição menos severa aos delitos praticados sob a influência de álcool.

Recorda NASCIMENTO que, ainda na fase medieval, com a questão já conceitualmente definida, não prevaleceu um critério uniforme de punibilidade para os crimes praticados no estado de embriaguez. E, cita ele alguns exemplos, referindo-se à legislação holandesa de 1531 e francesa de 1536, esclarece que “punia-se o agente duplamente: pela embriaguez e pelo evento lesivo. Era certamente uma forma mais requintada de se tratar tal espécie de crime com severidade mais requintada do que a contida em regra anterior: *‘ebrius punitur non propter delictum, sed propter embriatatem’*”<sup>11</sup>.

Comentando a lição dos práticos italianos, RODRIGUES assinala que, em se tratando de embriaguez preordenada, e também quando pudesse ter havido a previsão de que o sujeito ativo se descuroou, devesse responder o agente pelo resultado do mesmo modo que se o tivesse causado em pleno estado de imputabilidade. Concluindo, ele afirma que “desde então buscava-se abranger a embriaguez culposa na teoria da *actio libera in causa*”<sup>12</sup>, orientação da qual divergiu o Mestre CARRARA.

Para CARRARA, “o criminalista não pode, pois, considerar, com a rigidez do moralista, a embriaguez em sua causa. Erradamente se estabelece, como cânon absoluto, que a embriaguez é em seu princípio viciosa, quando decorre de uma sério de atos, dos quais cada um é inocente”<sup>13</sup>. O Mestre Italiano

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A Embriaguez e Outras Questões Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 16-17.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A Embriaguez e o Crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 91.

<sup>13</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. p. 239.

se posiciona contrariamente ao transporte ilimitado de institutos de teorias do Direito Civil para a seara penal, a exemplo do brocardo “quem quis a causa, quis o efeito”. Por esse princípio, entende ele, a punição do ébrio se dá por uma ficção<sup>14</sup>.

Resumindo suas considerações acerca do tema, conclui ele que: a) a embriaguez preordenada: aquela em que se coloca o culpado, depois de haver premeditado o delito, visando aumentar a coragem para cometê-lo, sufocar as hesitações da consciência e da alma ou preparar uma escusa, não serve jamais de escusa; b) a embriaguez voluntária e a culposa, se forem completas, retiram toda imputação por dolo, deixando-a subsistir por culpa; c) a embriaguez voluntária e a culposa, se incompletas, implicam apenas em uma diminuição da pena; e d) a embriaguez acidental nunca pode gerar configuração de culpa, ou exclui ou diminui a imputação<sup>15</sup>.

Na atualidade, adverte SCHÜNEMANN, o debate sobre a elasticidade da figura da *actio libera in causa* demonstra a importância da culpabilidade, sobretudo no que concerne às suas conseqüências práticas. Sendo uma verdadeira “pedra de toque” do Direito Penal, a sua aplicação mais importante diz respeito à embriaguez inclusive nos países da *commom law*. No direito anglo-saxão a embriaguez ocasionada pelo próprio sujeito só se admite como causa de exclusão da pena quando, como conseqüência da embriaguez, falta o dolo específico exigido pelo tipo. Diante disso, a *actio libera in causa* e a discussão sobre seu fundamento teórico constituíram um verdadeiro “cavalo de batalha”, travado entre aqueles que propugnam pela ampliação da figura e outros que defendem o seu abandono<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> CARRARA, Op. Cit., p. 240.

<sup>15</sup> CARRARA, Op. Cit., p. 246.

<sup>16</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La Culpabilidad: Estado de la Cuestión*. Trad. David Felip e Saborit e Ramos Ragués i Vallés. In ROXIN, Claus, et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, s.d. p. 93-128, *passim*.



Para LUZÓN PENA, a questão da *actio libera in causa* consiste em saber se é possível imputar uma conduta posterior, impune em si mesma, à previa conduta dolosa ou culposa, com a qual o mesmo sujeito provocou o fato posterior. Para ele os casos da *actio libera in causa* são aqueles em que falta a culpabilidade ou mesmo as condições da ação no momento em que se concretiza a parte objetiva do delito, mas dita situação foi causada, ou provocada por uma situação anterior, dolosa ou culposa atribuível ao próprio sujeito<sup>17</sup>.

Na tentativa de responder o que é a *actio libera in causa*, pode-se afirmar que é uma teoria que busca "normalizar" uma forma de imputação em que o agente não é imputável no momento em que realiza a conduta delitiva, tendo se colocado voluntariamente nesse estado anteriormente, compatibilizando as exigências do direito penal do fato com as necessidades político-criminais, pois como bem assinala HIRSCH, ninguém preconiza a impunidade dos casos compreendidos sob a figura da *actio libera in causa*, sendo discutível os seus fundamentos e a sua compatibilização da ordem jurídica<sup>18</sup>.

### 3 - DOS MODELOS TEÓRICO-EXPLICATIVOS DA ACTIO LIBERA IN CAUSA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Mais até do que as conclusões a que se chega, o que se discute é a sua fundamentação. Nesse particular, dois modelos têm sido propostos: o modelo da tipicidade e o modelo da exceção.

<sup>17</sup> PENA, Diego-Manuel Luzón. *Actio Libera in Causa y provocación en las causas de justificación*. In: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, n. 47, p.243, 1994.

<sup>18</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la Actio Libera in Causa*. Trad. Eduardo Demétrio Crespo. In: *Derecho Penal - Obras Completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 174.

Explica ROXIN que o modelo da tipicidade (modelo do tipo ou solução do tipo) vincula o castigo do autor à conduta causadora da exclusão da culpabilidade, que se interpreta como uma causação dolosa ou culposa do resultado. Quem, por exemplo, se embriaga até o ponto de chegar à uma exclusão de culpabilidade para, desinibido pela embriaguez, produzir lesões corporais em seu desafeto, e as coisas ocorrem tal como planejadas, responderá como autor de lesões dolosas. A punição seria pelo fato de embriagar-se, mas não pelas lesões diretamente pois, com relação a elas, opor-se-ia a incapacidade de culpabilidade do autor no momento de sua execução. Mas, como embriagar-se representa já uma causação dolosa de um resultado, esta seria o fundamento do castigo pelo delito de lesões corporais. Aquele que se embriaga é, de uma certa forma, um autor mediato que utiliza sua própria pessoa, em situação de incapacidade de culpabilidade, como mediador do fato, não diferenciando-se em princípio daquele que se utiliza de outra pessoa. Por sua vez, o modelo da exceção é aquele em que a punição da *actio libera in causa* representa uma exceção, justificada consuetudinariamente, da exigência legal de que a capacidade de culpabilidade do autor deve estar presente no momento do comportamento castigado<sup>19</sup>.

#### 3.1 - Do modelo da exceção

Pelo modelo da exceção, propõe-se considerar que a estrutura da *actio libera in causa* implica imputar de forma excepcional a ação cometida em estado de incapacidade de culpabilidade, aquela que de forma imediata lesiona o bem

<sup>19</sup> ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la 'actio libera in causa'*. Trad. Francisco Muñoz Conde. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.] : Ministerio da Justiça, p. 421-422, tomo XLI, Fascículo I, 1998. p. 21-37, *passim*.



jurídico, inobstante se trate de um comportamento não culpável. Para justificá-lo, utilizam-se argumentos de caráter normológico e outros como um direito consuetudinário que permitiria excepcionalizar o princípio da coincidência.

Abraçando o modelo da exceção, BETTIOL passa a se ocupar da questão da extensão do dolo. A *actio libera in causa* ocorreria, portanto, todas as vezes em que um crime fosse praticado em estado de incapacidade como consequência de uma precedente conduta consciente. O critério da punibilidade deve ser encontrado no princípio da causalidade em virtude do qual *causa causae est causa causati*: aquele que determina voluntariamente situação da qual deriva um evento lesivo deve ser chamado a responder penalmente pelo referido evento, independentemente do fato ter sido previsto e querido.

E arremata seu raciocínio no sentido de que as *actiones liberae in causa* reportam-se apenas aos casos em que o evento foi querido na sua causa pelo sujeito, devendo tratar-se de delito doloso. O agente, portanto, deve ter se colocado em estado de incapacidade “a fim de cometer o crime ou de preparar uma escusa”, não sendo suficiente que a previsão incerta da possibilidade de incapacidade para responder pelo crime como querido na causa, mas imprescindível é que a incapacidade seja preordenada ao cometimento de um crime. Entretanto, no que concerne à embriaguez voluntária e à embriaguez culposa, imputa-se normalmente o resultado, com fundamento “na necessidade de combater com normas rigorosas as formas de intoxicação que atacam a força em suas raízes e, com ela, o futuro da estirpe”. É necessário explicar que, por necessidades políticas, inseriu-se no sistema o art. 92, primeira parte, do CP Italiano, que impõe a responsabilização criminal daquele que se embriagou voluntária ou culposamente. Falando da *actio libera in causa*, adverte que o art. 87, do CP Italiano, deveria ser aceito restritivamente, limitando-se à hipótese em que o estado de

incapacidade é querido “para o fim” de cometer crime ou da preparação de uma escusa<sup>20</sup>.

Quando se preocupa em determinar se a imputação deve ser feita a título de dolo ou culpa, o autor entende que se a lei trouxer a previsão do delito na forma culposa, deve ser ela aplicada ao agente; contudo, se não houver a previsão culposa, o agente deve responder a título de dolo<sup>21</sup>.

### 3.2 - Do modelo da tipicidade (ou da extensão)

Não há na *common law* dispositivo de igual teor ao §20 do StGB, que adota solução radicalmente contrária, baseada no princípio da culpabilidade pelo fato, que exige a imputabilidade no momento da prática delituosa. No ano de 1982, o Tribunal Supremo do Reich, decidindo caso oriundo da cidade de Königsberg, cidade natal de KANT, em que um “*lechero arrolló con su caballo, que tiraba al trote del carro de la leche, a un peón caminero y alegó inimputabilidad en el momento del atropello basándose en su completa embriaguez*”, esboçou o atualmente chamado modelo da tipicidade e o fundamentou através de uma analogia com a autoria mediata: considerou que a própria ingestão prolongada de bebida era a ação típica imprudente e a equiparou à hipótese em que o acusado em seu trajeto pela cidade tivesse entregue as rédeas do seu cavalo a um terceiro inconsciente. Frente ao modelo da tipicidade se qualifica o ato de embriagar-se como ação típica e que se baseia no paralelismo com a autoria mediata<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 61-91, *passim*.

<sup>21</sup> BETTIOL, Op. Cit.,

<sup>22</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La Culpabilidad: Estado de la Cuestión*. Trad. David Felip e Saborit e Ramos Ragués i Vallés. In ROXIN, Claus, et al *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, s.d. p. 93-128, *passim*.



O referido modelo tem sido um grande paradigma de referência para a solução dos casos compreendidos na figura da *actio libera in causa*. Segundo este modelo, o objeto da imputação penal é a ação precedente, a ação de provocação. Aliás, a única com a correspondente capacidade de ação relevante, e não a ação praticada em estado defeituoso. Mas, inobstante o autor entenda que este é o modelo mais adequado às exigências do Direito Penal Moderno, ele não está isento de críticas, pois há quem entenda que se adianta o começo da realização do tipo abrangendo ações que não supõem perigo ao bem jurídico e que, portanto, a ação precedente não pode em nenhum caso representar uma tentativa de delito.

Efetivamente, o modelo do tipo só se sustenta se houver o reconhecimento de que é possível afirmar que a *actio praecedens* já constitui ato inicial da execução delitativa. Neste sentido, cabe alegar que, por exemplo, o fato de embriagar-se para obter coragem de matar alguém em nenhum caso pode ser uma ação de tentativa, caracterizando uma ação “tipicamente neutra”. Apesar disso, cremos que deve ser feita uma distinção entre a *actio praecedens* do sujeito A, que deseja apenas “beber em excesso”, e a do sujeito B, que objetiva cometer uma infração penal, ou que tendo previsto ou devido prever tal prática, porque, ainda que o aspecto subjetivo não seja definitivo, faz-se mister conceder-lhe certa relevância, à medida em que a valoração de fatos com igual aparência pode conduzir a resultados distintos no plano objetivo. A primeira, como acertadamente assinalam os defensores do modelo da exceção, não é imputável ao sujeito A (porque a vida de seu inimigo em nenhum momento esteve em perigo), mas na segunda, sim, poderia sê-lo (porque a vida de seu inimigo foi posta em perigo, embora ele não tenha sido iminente)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> CRESPO, Eduardo Demétrio. La *actio libera in causa*: Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho? *Derecho Penal Contemporáneo* - Revista Internacional. Bogotá: Legis, 2003. p. 5-30, *passim*.

### 3.3 - Das críticas aos modelos teórico-explicativos

Ambos os modelos acima expostos têm sido merecedores de críticas. Algumas delas transponíveis em nome de uma interpretação sistêmico-dogmática compatível com os anseios político-criminais; outras, não.

Quanto ao modelo da exceção, esse parece ser o que mais facilmente demonstra sua fragilidade diante de uma observação mais detida. Certamente, o reconhecimento de uma forma excepcional de imputação seria a alternativa mais simples, o que poderia conduzir à opção pelo “modelo de exceção” sustentado por parte da doutrina. Segundo este modelo, falta a culpabilidade relativa ao cometimento do fato, mas, de forma excepcional, deve ser suficiente a existência da culpabilidade referente à ação precedente. Esse modelo, contudo, já recebeu a reprovação da 4ª Sala do BGH que apontou que o §20 do StGB exige capacidade de culpabilidade no momento do fato, estando o princípio da coincidência legalmente descrito. A solução do modelo de exceção expressamente previsto em lei implica violação do princípio do *nullum crimen sine lege*<sup>24</sup>.

Com efeito, a adoção desse modelo não viola apenas o princípio da legalidade traduzida no princípio da coincidência, que exige que a imputabilidade seja aferida “no momento da ação ou omissão”, mas afeta também o princípio da culpabilidade, posto que permite a punição de quem não pode ser reprovado pela conduta que praticou em estado de inimputabilidade.

Inobstante reconheça que ambos os modelos são passíveis de críticas, ROXIN considera insustentável o modelo da exceção, visualizando-o como absolutamente irrealizável,

<sup>24</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la *Actio Libera in Causa*. Trad. Eduardo Demétrio Crespo. *Derecho Penal* - Obras Completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 173-191, *passim*.



posto que infringe o art. 103, parágr. 2, da Lei Fundamental, da República Federal da Alemanha, violando frontalmente os princípios da culpabilidade e da legalidade. Segundo ele, o modelo da exceção simplesmente ignora o teor legal. Acrescenta ele ainda que a fundamentação consuetudinária e teleológica do modelo da extensão não se sustenta, porque não se pode ampliar as hipóteses de aplicação de pena, a não ser por lei escrita. Ademais, o modelo da exceção afronta também o princípio da culpabilidade, pois o dolo ou a culpa que pode existir no momento da preparação não satisfaz as exigências da responsabilidade pelo fato. Por exemplo, se alguém quer matar outro e enquanto limpa a pistola, está disparando sem querer matando a pessoa que futuramente seria vítima, não há que se falar em delito doloso<sup>25</sup>.

Críticas também não faltam ao modelo da tipicidade (ou solução do tipo). Bettiol, por exemplo, entende que o espírito da *actio libera in causa* reside exatamente na circunstância de que todo processo executivo está fora do raio de ação da capacidade do agente, começando precisamente onde termina a capacidade de que o sujeito quis privar-se. Diante disso, uma apreciação realista faz-nos concluir que uma coisa é colocar-se num estado de incapacidade e outra é praticar um crime em semelhante estado. O art. 87, do CP Italiano, representa portanto uma exceção à regra do art. 85, do mesmo diploma legal, o qual exige que a imputabilidade subsista no momento em que o fato foi cometido. Para os adeptos do modelo da tipicidade, não haveria que se falar em uma verdadeira *actio libera in causa*, porquanto um fragmento do processo executivo do crime seria sempre iluminado pela capacidade de entender e querer. O ato de

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. Observaciones sobre la 'actio libera in causa'. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Op. Cit., p. 21-37, *passim*.

embriagar-se seria tido como ato de início de execução, contrariando toda a doutrina do tipo, e violando o princípio da legalidade. Não se pode em verdade dizer que haja iniciado a execução do crime quem se colocou em estado de incapacidade sem ter ainda cumprido ato idôneo à realização do próprio crime<sup>26</sup>.

De fato, o modelo da tipicidade ou solução do tipo traz uma equiparação com a teoria da autoria mediata, entendendo-se que o autor se comuta em instrumento de sua empreitada criminosa. Ele faz dele próprio instrumento a ser utilizado na prática do crime. Tal modelo, contudo, apresenta um grande inconveniente relacionado à falta da causalidade objetiva de que trata MANZINI, acarretando também uma repercussão quanto ao início da tentativa. Imagine-se que um sujeito que deseja matar o outro, e tendo premeditado o crime, começa a ingerir bebida alcoólica. Segundo o modelo do tipo, ele já estaria iniciando a execução, sem, contudo, haver praticado qualquer ato que objetivamente se diferenciasse do ato praticado por algum outro companheiro de bar.

Contudo, apesar das críticas à solução do tipo que entende a *actio praecedens* como parte integrante do tipo penal é a que menos prejuízos traz ao garantismo jurídico, posto que, inobstante subverta a ordem estabelecida na avaliação dos elementos na teoria do delito, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, guarda congruência com o princípio da culpabilidade e se ajusta ao princípio da legalidade, desde que o elastério da ação precedente se dê em conformidade com um elo subjetivo entre ela e o evento lesivo futuro.

Ou, melhor esclarecendo, não há como aceitar a solução ofertada pelo modelo da exceção, pois como ilógica

<sup>26</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 61-91, *passim*.



seria qualquer alternativa que passasse pela desconsideração de princípios basilares ao sistema penal moderno. Se não se pode excepcionalizar a imputação de um delito, por uma simples ficção legal *contra legem*, também não se pode desconsiderar a exigência legal da aferição da imputabilidade no momento da prática do delito, e muito menos erigir à categoria de conduta típica uma conduta tida como absolutamente normal e socialmente aceita, salvo se houver um liame psicológico plenamente demonstrado entre a ingestão da bebida alcoólica e a prática da conduta delitativa. Se alguém preordena a sua embriaguez e, posteriormente, leva a efeito as demais fases de sua empreitada criminosa, não há dúvida de que a ingestão da bebida foi ato subjetivamente relacionado à prática do delito, estando ainda presente um nexo de causalidade entre a redução dos freios inibitórios e os atos conseqüentes. Da mesma forma, se alguém voluntária ou culposamente se embriaga (conduta atípica), quando lhe era ao menos previsível a prática de delito, este lhe pode ser imputado a título de dolo ou culpa. Entretanto, se no momento da ingestão da bebida, o episódio lesivo era imprevisível, qualquer imputação será realizada em nome de uma *fictio júris* que conduz à responsabilidade objetiva, absolutamente abominável no Direito Penal Contemporâneo que se pauta nos pilares garantistas da preservação dos bens jurídicos e na conservação dos direitos e garantias fundamentais.

Nenhum dos modelos propostos, portanto, atende às exigências lógico-sistêmicas de um ordenamento racionalmente organizado e que pretenda ofertar posturas dogmáticas coerentes com as carências político-criminais, entretanto é o segundo deles o único que permite uma justificativa consentânea com o conjunto axiológico vigente em face a um trabalho hermenêutico holístico e sistemático. Trata-se de interpretar a árvore não como um ser individual, mas como um vegetal que desempenha um papel na floresta e que deve com ela harmonizar-se.

#### 4 - DA ACTIO LIBERA IN CAUSA E DO DELITO CULPOSO.

Inobstante seja despicienda em face à natureza do presente trabalho, faz-se aqui interessante tecer algumas considerações acerca do dolo e da culpa, elementos esses que já foram compreendidos como a essência da culpabilidade - quando a mesma era compreendida em sua dimensão psicológica - e que presentemente são tidos como elementos subjetivos do tipo penal, haja vista que a adoção da teoria finalista fez com que os mesmos migrassem para o tipo penal.

Dolo e Culpa "stricto sensu" não são institutos ou noções legais, inobstante sejam regulamentados pela lei. Há termos que se definem pela sua própria compreensão semântica, mas cuja aplicação legal se viabiliza com maior segurança a partir de conceituações legais.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 18, assim enuncia:

"Art. 18. Diz-se o crime:

I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - Culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

(...)"

Doloso, portanto, o crime praticado com dolo. Aquele crime em que o agente foi movido pela intenção deliberada de atingir o resultado lesivo ou, uma vez tendo previsto, aceitou dito resultado, agindo com indiferença com relação ao mesmo, aceitando-o.

Como elemento subjetivo do tipo penal, a configuração do dolo exige um elemento intelectual e um elemento



volitivo. Quer dizer, para que uma conduta seja dolosa, o sujeito deve compreender os dados da realidade e querer concretizá-los, ou, pelo menos, aceitá-los. À guisa de complementação, esclareça-se que o dolo previsto na primeira parte do dispositivo supratranscrito em que o agente “quis o resultado” – o chamado dolo direto – é conseqüente da teoria da vontade proposta por CARRARA, enquanto o dolo caracterizado pela simples aceitação, pela ação indiferente ao resultado – o chamado dolo eventual – em que o agente não queria diretamente o resultado, mas o aceitou, comumente identificado pela fórmula de FRANK: “dê no que der, aconteça o que acontecer, ainda assim praticarei a minha conduta”, é decorrente da teoria do consentimento de VON BELING.

Já a culpa “*stricto sensu*”, indiferentemente chamada neste trabalho apenas de culpa, reporta-se a uma situação em que o agente pratica uma determinada conduta, violando o seu dever de vigilância, cuidado ou proteção, sendo que tal inobservância se retrata em uma conduta praticada com imprudência, negligência ou imperícia.

Comumente, a doutrina classifica a culpa em culpa inconsciente e culpa consciente, sendo essa última muito assemelhada ao dolo eventual, entretanto com ele não se confundindo como adiante se constatará. A culpa inconsciente é aquela em que o agente, inobstante a previsibilidade do resultado, pratica a conduta qualificada por alguma das formas de cometimento do delito culposo (imprudência, negligência ou imperícia), e, em virtude dela, lesiona o bem jurídico. Por exemplo, o sujeito que, conduzindo veículo automotor em velocidade elevada incompatível com a via pública, atropela e lesiona um transeunte que cautelosamente atravessava a rua. Já a culpa consciente é aquela que se caracteriza em hipóteses em que o agente prevê efetivamente o resultado lesivo, todavia acredita sinceramente que o

resultado não ocorrerá. Ele não é indiferente ao resultado; na verdade, ele nutre a firme convicção de que o resultado lesivo previsto não advirá de sua conduta, entretanto vê sua expectativa frustrada e o resultado concretizado. Tal situação se afigura, por exemplo, na hipótese em que um sujeito pretende jogar um cinzeiro da janela de seu apartamento na rua, e, mesmo prevendo que poderia atingir alguém, supõe sinceramente que terá força para fazer o objeto atingir o outro lado da rua, e o mesmo vem a atingir transeunte que por ali passava.

Mas, feitas essas considerações preliminares, absolutamente imprescindíveis à coerência e à lógica da exposição, observe-se a existência de uma relação de exclusão, ou pelo menos de desnecessidade de aduzir-se o instituto da *actio libera in causa*, que parece circunscrever-se exclusivamente aos delitos dolosos em qualquer de suas modalidades.

Outra é a lição do Mestre NORONHA que, embora reconheça que vários autores refutam a responsabilidade fundada na ação livre na causa, mormente no delito culposo, ainda assim considera que o estudo da culpa comporta a consideração das *actiones liberae in causa*<sup>27</sup>.

O autor esclarece que RICCIO, em sua análise da culpa, entende ser inaplicável a teoria da *actio libera in causa*, porque a conduta imprudente já se encontra no *iter executivo*, sendo incompreensível que possa ser conseqüência de precedente ato de vontade. Para ele, a imprudência é elemento específico da conduta executiva. No mesmo sentido, ZAFFARONI & PIERANGELI ensinam que a estrutura do tipo culposo “(...) revela-nos claramente que quando aquele que se coloca em estado ou situação de inculpabilidade viola um dever de cuidado, está preenchendo os requisitos da tipicidade culposa, e

<sup>27</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Do Crime Culposo*. São Paulo: Saraiva, s.d. p. 149-154.



não há necessidade de recorrer-se à teoria da *actio libera in causa*"<sup>28</sup>.

A lição dos autores citados guarda perfeita pertinência com o "modelo do tipo" acima exposto, e bem relaciona-se com a coerência desta exposição, demonstrando que a teoria sob comento – que fora criada para atender aos casos de embriaguez preordenada – acabou recebendo da doutrina um elastério incompatível com sua natureza, restando absolutamente desnecessária nos delitos culposos, em que a *actio praecedens* já pode ser entendida como ato de início de execução, desde que guarde correlação subjetiva com o evento posterior. Ou seja, desde que o elemento "previsibilidade" indispensável à caracterização da culpa – seja ela consciente ou inconsciente – esteja presente.

Partindo da lição acima e do modelo que ora se aceita como o menos afrontoso aos ditames do garantismo jurídico, logo se percebe que situações que normalmente servem de exemplos para as *actiones liberae in causa* não são em absoluto por ela regidas. Por exemplo, a hipótese do sujeito que monta e aciona uma bomba-relógio, cuja explosão só acontecerá quando ele estiver dormindo ou completamente embriagado, claramente não se regula pela *actio libera in causa*, posto que, nesse caso, o que houve foi a prática de ato executório do delito em pleno estado de capacidade psíquica ainda que o resultado se produza em outro momento. A esse respeito, aliás, lembre-se que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 4º, adota a teoria da atividade, quando dispõe que considera-se o crime praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul ; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 528.

## 5 – REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. I.

CRESPO, Eduardo Demétrio. La *actio libera in causa*: Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?. *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*. Bogotá: Legis, 2003. p. 5-30.

DÍAZ PITA, Maria Del Mar. *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

HIRSCH, Hans Joachim: Acerca de la *Actio Libera in Causa*. Trad. Eduardo Demétrio Crespo. *Derecho Penal – Obras Completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 174.

KAUFMANN, Arthur. *Derecho, Moral e Historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

LUZÓN PENA, Diego-Manuel. *Actio Libera in Causa y provocación en las causas de justificación*. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, n. 47, 1994.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio Muñagorri. Sobre la presencia de la '*actio libera in causa*' en el art. 8.1 del Código

Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.]: Ministerio da Justiça, jan./abr., tomo XLIV, Fascículo I, 1991.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A Embriaguez e Outras Questões Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la 'actio libera in causa'. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.]: Ministerio da Justiça Tomo XLI, Fascículo I, enero-abril, p. 21-37, 1998.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A Embriaguez e o Crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 31.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. La Culpabilidad: Estado de la Cuestión. Trad. David Felip; e Saborit e Ramos Ragués i Vallés. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, s/d. p. 93-128.

## MODERNIDADE E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO (\*) (\*\*)

*Nelson Saldanha*

Professor doutor dos Cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito do Recife. Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras

Desde logo agradeço, aos organizadores deste Congresso, o honroso convite ao qual agora atendo, em especial à ilustre professora Miriam de Sá Pereira. E não posso deixar de cumprimentá-los, àqueles organizadores, pela idéia de homenagear a memória do professor José de Moura Rocha, que foi sem dúvida um dos maiores processualistas brasileiros de sua geração. Esta, uma homenagem à qual inteiramente me associo.

Tratarão, estas breves páginas, da relação entre a teoria da constituição e a modernidade. A teoria da constituição se constitui dentro dos temas e das motivações contidas no contexto do Ocidente moderno: algo fácil de afirmar e de aceitar, mas que requer e provoca uma série de revisões históricas paralelas. Somente dentro da modernidade ocorreriam aquelas motivações e se desenvolveriam aqueles temas. O próprio termo "moderno" se apresenta relativo, preso às contingências da reestruturação política trazida com o Estado Moderno, e às necessidades conceituais oriundas do Renascimento.

(\*) Lição de abertura no I Congresso de Direito Público, da União Católica de Pernambuco, Recife, em 29 de set. de 2005

(\*\*) Para a Revista da ESMape



Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.]: Ministerio da Justiça, jan./abr., tomo XLIV, Fascículo I, 1991.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A Embriaguez e Outras Questões Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la 'actio libera in causa'. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. [S.l.]: Ministerio da Justiça Tomo XLI, Fascículo I, enero-abril, p. 21-37, 1998.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A Embriaguez e o Crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 31.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. La Culpabilidad: Estado de la Cuestión. Trad. David Felip; e Saborit e Ramos Ragués i Vallés. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, s/d. p. 93-128.

## MODERNIDADE E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO (\*) (\*\*)

*Nelson Saldanha*

Professor doutor dos Cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito do Recife. Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras

Desde logo agradeço, aos organizadores deste Congresso, o honroso convite ao qual agora atendo, em especial à ilustre professora Miriam de Sá Pereira. E não posso deixar de cumprimentá-los, àqueles organizadores, pela idéia de homenagear a memória do professor José de Moura Rocha, que foi sem dúvida um dos maiores processualistas brasileiros de sua geração. Esta, uma homenagem à qual inteiramente me associo.

Tratarão, estas breves páginas, da relação entre a teoria da constituição e a modernidade. A teoria da constituição se constitui dentro dos temas e das motivações contidas no contexto do Ocidente moderno: algo fácil de afirmar e de aceitar, mas que requer e provoca uma série de revisões históricas paralelas. Somente dentro da modernidade ocorreriam aquelas motivações e se desenvolveriam aqueles temas. O próprio termo "moderno" se apresenta relativo, preso às contingências da reestruturação política trazida com o Estado Moderno, e às necessidades conceituais oriundas do Renascimento.

(\*) Lição de abertura no I Congresso de Direito Público, da União Católica de Pernambuco, Recife, em 29 de set. de 2005

(\*\*) Para a Revista da ESMape



Não será novidade aproximar do conceito de “moderno” o de “secularizado”: com a secularização surgiu (ou cresceu) o racionalismo, mormente se tomamos a este como um *ismo*, como uma vigência histórica extensa e definidora. Com o racionalismo, dentro do qual se achava em potência a burocracia – e com isso estou bastante próximo de um tema de Weber –, vieram as posições críticas na filosofia e na literatura, bem como na teoria política, se bem que por dentro de tudo isto possamos ver algumas ambigüidades que no fundo são próprias das coisas históricas, senão mesmo das humanas. E com o racionalismo preparou-se o prestígio da idéia de sistema, que não estava ausente do pensar ocidental no medievo, o medievo das *Questiones* e das *Sumae*, mas que com o filosofar de tipo cartesiano se afirmou como uma espécie de categoria fundamental.

*Politeia* designava, no tempo de Aristóteles, a ordem política ou político-social vigente na *polis*. Equivalia a uma antecipação do que modernamente se chama constituição. Em Roma, *constitutio* aludia freqüentemente a normas administrativas emitidas pelo príncipe, com referência a problemas especiais. Na Idade Média as cartas mencionavam acordos envolvendo porções da nobreza em conexão com a autoridade real, ou decisões eventuais do monarca.

Convirá mencionar o advento do “Estado moderno”, o qual, além de traduzir uma nova experiência referente às estruturas do poder, correspondeu a um novo entendimento dos valores sociais e políticos. O Estado moderno expressou a secularização do poder, que passou a ter sua configuração política moldada pelos marcos nacionais: começavam a sobressair agora o indivíduo e a a a nação, em lugar do feudo e da cristandade. Expressando a secularização do poder, o novo Estado era burguês: entendo o burguês, historicamente, como protagonista dos processos secularizadores que cresceram na política, na filosofia, na arte, na vida econômica.

Assim como a figura clássica do direito natural, unitá-

ria e objetiva, transformou-se no tempo de Hobbes e de Locke em uma alusão dos direitos naturais, subjetivos e reivindicáveis, formou-se na experiência política do século XVII esta antinomia que afinal era uma complementaridade: a antinomia entre, de um lado, a criação do Estado moderno, alimentado por um poder que se intitularia absoluto (*solutus ab*), e de outro a criação dos direitos, ligada ao aparecimento histórico do indivíduo e da subjetividade.

\*\*\*

Ligada também ao aparecimento da idéia moderna de constituição. Seu desenho básico parece ter revelado a percepção sumária mas profunda daquela complementaridade: de um lado o Estado, isto é, a estrutura assumida pelo poder, ou melhor, dos poderes, e de outro a presença dos cidadãos, dos homens como referência política; os cidadãos e seus direitos, razão de ser das garantias. A constituição mesma era uma primeira garantia, que se pretendia vigente sobre os próprios poderes, vale dizer, sobre o próprio Estado. O poder autolimitado, bela imagem que o liberalismo triunfante encamparia, mas que antes disso foi um corolário da própria definição constitucional do poder. Neste ponto atingimos o tema de adaptação do poder ao direito, no sentido da expressão “domesticação do poder”, usada por Ihering, ou da “juridificação do poder”, conforme outros autores.

Convém observar que esta conversão do poder em algo previsível, dentro das estruturas jurídico-estatais, ocorreu certamente em outros contextos, onde quer que alguma norma, mesmo costumeira, tenha atuado neste sentido, e mormente onde algum texto normativo tenha sido criado para tanto. Mas no Ocidente moderno, em especial no período chamado iluminista, a imposição do molde jurídico ao poder se deu dentro de uma discussão política específica, porquanto um dos resultados da secularização foi a implan-



tação de um interminável debate sobre formas de governo e sobre funções estatais.

Um debate cheio de confrontações e conceituações.

O advento do conceito moderno de constituição verificou-se dentro deste debate. Já predominava a idéia do direito escrito, e ao lado dela a ideologia da lei, que não foi inventada por Jean-Jacques Rousseau, mas transformada por ele em componente fundamental e indispensável da vida das nações. O direito não-escrito, que teria sua defesa pela voz de Edmund Burke, ficaria, para a corrente dominante que era então a francesa, como algo ultrapassado. A constituição teria de ser uma lei, na verdade a lei, que expressava a própria racionalidade política. Ela faria parte, para utilizar a expressão que aparece no título de um livro de Jean Starobinski, dos "emblemas da razão".

\*\*\*

A modernidade da figura do Estado, o Estado como realidade e como conceito, vinculava-se assim ao ideal secularizado do direito escrito, que viria a completar-se com o ideal do sistema, depois que Kant preconizasse a forma sistema como algo necessário para as ciências e para a própria filosofia.

A "modernidade" do Estado moderno, que estava no tipo de Estado esboçado desde Frederico da Suábia na Sicília, bem como nos reinos francês e inglês desde mais ou menos o século XIII, revelou-se com a própria evolução do termo: Dante tinha falado, *en passant*, em *stato franco* (no sentido de Estado livre), e em Maquiavel, bastante depois, o *stato* era uma realidade que ele classificou em repúblicas e principados. Tal modernidade assumiu dimensão doutrinária maior depois de Bodin e sobretudo depois de Hobbes: este com a análise do "soberano" capaz de absorver as existências individuais e de dar a elas uma verdadeira dimensão política.

Seja permitida, porém, uma outra digressão histórica. Embora produzidas por uma mesma base ou um mesmo modelo, no caso a idéia do direito escrito, as constituições e os códigos representaram duas intenções político-jurídicas distintas. Aquelas, vindo de antecipações bastante características (inclusive a sempre citada Carta inglesa de 1215), traduziam impulsos revolucionários e mutações ideológicas expressas; estes, comprometidos com as alterações da vida privada, tiveram relação com transformações metodológicas na própria ciência jurídica. Com esta duplicidade de motivações, as constituições e os códigos consagraram a velha dualidade romana, a clássica divisão do direito em público e privado, da qual sempre se fala mencionando Ulpiano. As legislações antigas em geral não formalizaram em seu texto uma divisão interna, embora ela existisse na diferença entre as matérias reguladas, o que permite aos leitores modernos, utilizando determinadas categorias, encontrar nelas matéria política, matéria penal, matéria administrativa ou processual.

De fato somos, os ocidentais modernos, criaturas epistemológicas e textualizantes, e explicitamos, no direito escrito, delimitações e compromissos que antes não preocupavam o legislador. Somos hermenêuticos.

\*\*\*

Escreveu Ortega, em certo passo de *El Espectador*, que nada é tão antimoderno como o castelo, referência central da medievalidade. De fato a época dos castelos foi a das cartas feudais. O moderno, como conjugação do antropocentrismo trazido pelo Renascimento e da secularização que alimentou o laicismo e o racionalismo, requereu um Estado leigo e uma teoria política racional. Daí proveio a necessidade de uma constituição entendida como lei específica, que entretanto não escaparia de algumas dificuldades: um texto destinado a estruturar o Estado, organizando poderes e ga-



rantias, mas sujeito às trepidações doutrinárias e às pressões da opinião.

Quero acentuar, contudo, a relação entre a presença da constituição (e portanto a figura do Estado Constitucional) e a construção da idéia de ordenamento. Séculos antes o conceito de *regnum* absorvia o de Estado; depois houve alusões à lei e ao poder de legislar e com isso a figura de uma ordem específica. A idéia do ordenamento jurídico surgiu com base nas referências seguintes. Desde logo a figura da nação, suporte histórico do próprio Estado, este entendido como "monarquia" nas obras dos juristas medievais (inclusive os ingleses, como Bracton e Fortescue). A nação como base do próprio poder constituinte na reflexão imperecível de Sieyes. Depois a idéia de lei, extraída da alusão às "leis do reino" (*les lois du royaume* no famoso episódio de De Harlay) e tomada, na linguagem metafísica de Rousseau, pedra de toque de toda legitimidade: este um item essencial. Logo a noção de constituição, que o autor do *Contrato Social* ainda usava em sentido material, aludindo ao regime sociopolítico, e que no fragor da Revolução assumiu o significado de ordem política peculiar e ao mesmo tempo de lei especial. Segundo se afirmava na Declaração de 1791, "não tem constituição" a sociedade onde não vigore a separação dos poderes, nem se achem garantidos os direitos.

Com a noção de ordenamento cobrariam vigência, a partir da grande mutação pós-revolucionária, a exigência de unidade para o direito positivo e também a noção de fontes, esta delineada, no século XIX. com base na alusão à hierarquia das leis. Como se vê, itens que se desdobram e se reencontram.

A consolidação da idéia de ordenamento, paralela à de direito positivo, evoluiria para a conjugação dos temas da teoria da constituição com os da chamada "teoria geral do Direito". Deste modo temos visto a convergência da parte geral de cada um dos grandes ramos do direito para um

enlace temático com aquelas duas teorias. E é possível que um dos elementos daquela conjugação e desse enlace venha sendo a referência aos princípios, um conceito que não poderia ter surgido para o vocabulário jurídico antes do século XIX (se bem que Montesquieu tenha falado de princípios, ao tratar das formas de governo).

Pode-se ver, nos modos mais recentes de tratar da Constituição, uma crescente ênfase sobre sua dinâmica a sua processualidade, mais do que sobre formas e pressupostos. Como se a lei maior, assim como o próprio ordenamento, estivesse valendo mais como um conjunto de "ocasiões" normativas, ou de ensejos, do que como estrutura. Creio que em parte isto tem enriquecido os debates, mas só em parte e que é preciso compreender o *corpus* constitucional como uma construção feita para durar e como um programa experimental, "constituição aberta" qual dissera Jurgen Seifert. A constituição norteamericana, aliás, vem apresentando desde suas origens algo semelhante a isto. E penso que ao tema se aplicaria a distinção spinoziana entre *natura naturans* e *natura naturata*: a constituição como ordenação e como demarcação para ordenações complementares.

\*\*\*

Tudo isso nos encaminha para a problemática da hermenêutica. É certo que o aprofundamento desta problemática se deveu em grande parte ao influxo do livro *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer, publicado em 1960. O mesmo ano em que Kelsen lançou a versão revista e ampliada de sua *Teoria Pura*. A reflexão sobre hermenêutica tinha sido feita pelos românticos alemães, marcadamente por Schleiermacher, desde meados do oitocentos, mas no século vinte a obra gadameriana pressupôs o historicismo delineado por Dilthey, bem como o fraseado heideggeriano sobre o círculo hermenêutico.



Em Kelsen, formalista e positivista, não houve espaço para a história nem para a hermenêutica, tendo sido reconhecidamente breve a parte da *Teoria Pura* concernente à interpretação. Mas também em Carl Schmitt, que representou em muitos aspectos o oposto de Kelsen, não ocorreu uma abordagem expressa, nem suficiente, da hermenêutica. Foram as dúvidas e os questionamentos posteriores à Segunda Guerra (1939-1945) que levaram a um reexame hermenêutico do direito constitucional, fundado sobre a filosofia hermenêutica, mas também expressador das perplexidades de uma ciência jurídica saturada de disciplinações metodológicas e de derivações axiológicas. Uma ciência jurídica posta entre o juspositivismo adstringente e as exigências de revisão, de que as conotações ideológicas não estão ausentes.

Evito usar o termo "pós-moderno", que me soa ambíguo e artificial, mas é inegável que uma certa *malaise*, que afeta os espíritos nesta virada de milênio, atinge nossas inseguranças e traz às mentes a idéia de declínio do Ocidente, que é paralela à de crise e que se une às cobranças éticas que se avolumam no mundo de hoje. Estas cobranças se acham também, já se vê, nas tematizações mais recentes do direito constitucional.

## REDUÇÃO DE POSSIBILIDADE JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE PEDIDO EM MANDADO DE INJUNÇÃO: DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

*Rafael Cavalcanti Lemos*

Procurador Federal. Chefe da Procuradoria de Tribunais da PFE/INSS no Recife. Coordenador de Administração da PFE/INSS para a 5ª. Região. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*

### SUMÁRIO

I - REDUÇÃO DE POSSIBILIDADE JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE PEDIDO EM MANDADO DE INJUNÇÃO. II - SILOGISMO RETÓRICO-ENTIMEMÁTICO E MANDADO DE INJUNÇÃO. III - DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

### I - REDUÇÃO DE POSSIBILIDADE JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE PEDIDO EM MANDADO DE INJUNÇÃO

A teoria abstrata do direito de ação<sup>1</sup> libertou-o do direito material, quebrando a subordinação daquele a

<sup>1</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2a. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000. p. 108-112.



este<sup>2</sup>, conquanto haja em seguida a teoria eclética liebmaniana<sup>3</sup> criando três condições de ação, previstas no Código de Processo Civil – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir<sup>4</sup> –, as quais devem coexistir (art. 267, VI, CPC), conduzindo especialmente a impossibilidade jurídica do pedido ao indeferimento da petição inicial por inépcia<sup>5</sup> (artigo 295, I c/c § único, III, do CPC) e a extinção, sem julgamento de mérito, do processo (artigo 267, I, do CPC). Possibilidade jurídica do pedido significa o exame que deve ser feito, pelo juiz, da ação posta em juízo, no sentido de examinar se há ou não viabilidade jurídica daquele (pedido) em função do ordenamento jurídico *i.e.* se o pedido é, abstrata e idealmente, contemplado pelo ordenamento ou pelo menos não é vedado pelo sistema jurídico. Em caso positivo, dever-se-á admitir a

<sup>2</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 379-380.

<sup>3</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000. p. 112-118.

<sup>4</sup> Este artigo mantém a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação porquanto sob esse título subsiste no ordenamento jurídico brasileiro; observa porém WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 76: “A partir da terceira edição de seu *Manuale*, Liebman reduz as ‘condições da ação’ apenas à ‘legitimação’ e ao ‘interesse de agir’, suprimindo assim a ‘possibilidade jurídica’.” (*Manual*, cit., v. 1, n.º. 74, pp. 153-160; v. nota n.º. 106, de Cândido Dinamarco, pp. 160-161. Ao que se extrai da leitura da nova colocação, Liebman amplia o conceito de ‘interesse de agir’ para nele incluir o que anteriormente denominava ‘possibilidade jurídica’. Afirma, com efeito, que faltaria o interesse de agir quando o provimento ‘não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex. a prisão por dividas)’ (p. 155).” Cf. tb. ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 160; SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 104; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 188.

<sup>5</sup> Para NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 768, n. 15) esse indeferimento pode ocorrer de plano porque não se pode sanar o vício por emenda à petição inicial.

ação, se a esta primeira condição aliarem-se as demais.<sup>6</sup> O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que lhe diga respeito. O que importa é o juiz, conhecendo – como deve – o sistema jurídico e diante da situação de ter ou não de extinguir o processo sem julgamento do mérito, chegar à conclusão de ser impossível haver sentença favorável ao autor.<sup>7</sup>

O mandado de injunção presta-se a que na prática possa ser exercido direito previsto na Constituição da República de 1988 (doravante CR/1988) cuja (do direito) forma de exercício não se encontra regulamentada por norma infraconstitucional. O impetrante tem o direito mas não sabe como o exercer. Cumpre ao juiz determinar o *modus faciendi* a fim de que o impetrante não fique privado de seu direito constitucionalmente garantido sob o pretexto de que não há ainda norma inferior que o regulamente. O Judiciário *in casu* não edita lei geral nem profere sentença normativa, tampouco determina ao Legislativo a elaboração de lei. Estabelece, sim, no caso concreto, como deve ser exercido o direito garantido pela CR/1988. A decisão tem eficácia apenas ao caso concreto, eficácia mandamental. Os legitimados passivos são o órgão que teria de editar a norma e ainda não o fez e aquele que deve suportar o direito material que o impetrante tem o direito de exercer.<sup>8</sup> Em determinados julgamentos em processo de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal (STF) fundamenta expressamente a decisão na impossibilidade jurídica do pedido. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitu-

<sup>6</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 380.

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3, pp. 487-488.

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 29, n. 59.



este<sup>2</sup>, conquanto haja em seguida a teoria eclética liebmaniana<sup>3</sup> criando três condições de ação, previstas no Código de Processo Civil - possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir<sup>4</sup> -, as quais devem coexistir (art. 267, VI, CPC), conduzindo especialmente a impossibilidade jurídica do pedido ao indeferimento da petição inicial por inépcia<sup>5</sup> (artigo 295, I c/c § único, III, do CPC) e a extinção, sem julgamento de mérito, do processo (artigo 267, I, do CPC). Possibilidade jurídica do pedido significa o exame que deve ser feito, pelo juiz, da ação posta em juízo, no sentido de examinar se há ou não viabilidade jurídica daquele (pedido) em função do ordenamento jurídico *i.e.* se o pedido é, abstrata e idealmente, contemplado pelo ordenamento ou pelo menos não é vedado pelo sistema jurídico. Em caso positivo, dever-se-á admitir a

<sup>2</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 379-380.

<sup>3</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000. p. 112-118.

<sup>4</sup> Este artigo mantém a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação porquanto sob esse título subsiste no ordenamento jurídico brasileiro; observa porém WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 76: "A partir da terceira edição de seu *Manuale*, Liebman reduz as 'condições da ação' apenas à 'legitimação' e ao 'interesse de agir', suprimindo assim a 'possibilidade jurídica'. (*Manual*, cit., v. 1, n.º 74, pp. 153-160; v. nota n.º 106, de Cândido Dinamarco, pp. 160-161. Ao que se extrai da leitura da nova colocação, Liebman amplia o conceito de 'interesse de agir' para nele incluir o que anteriormente denominava 'possibilidade jurídica'. Afirma, com efeito, que faltaria o interesse de agir quando o provimento 'não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex. a prisão por dividas)' (p. 155)." Cf. tb. ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 160; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 104; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 188.

<sup>5</sup> Para NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 768, n. 15) esse indeferimento pode ocorrer de plano porque não se pode sanar o vício por emenda à petição inicial.

ação, se a esta primeira condição aliam-se as demais.<sup>6</sup> O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que lhe diga respeito. O que importa é o juiz, conhecendo - como deve - o sistema jurídico e diante da situação de ter ou não de extinguir o processo sem julgamento do mérito, chegar à conclusão de ser impossível haver sentença favorável ao autor.<sup>7</sup>

O mandado de injunção presta-se a que na prática possa ser exercido direito previsto na Constituição da República de 1988 (doravante CR/1988) cuja (do direito) forma de exercício não se encontra regulamentada por norma infraconstitucional. O impetrante tem o direito mas não sabe como o exercer. Cumpre ao juiz determinar o *modus faciendi* a fim de que o impetrante não fique privado de seu direito constitucionalmente garantido sob o pretexto de que não há ainda norma inferior que o regule. O Judiciário *in casu* não edita lei geral nem profere sentença normativa, tampouco determina ao Legislativo a elaboração de lei. Estabelece, sim, no caso concreto, como deve ser exercido o direito garantido pela CR/1988. A decisão tem eficácia apenas ao caso concreto, eficácia mandamental. Os legitimados passivos são o órgão que teria de editar a norma e ainda não o fez e aquele que deve suportar o direito material que o impetrante tem o direito de exercer.<sup>8</sup> Em determinados julgamentos em processo de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal (STF) fundamenta expressamente a decisão na impossibilidade jurídica do pedido. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucio-

<sup>6</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 380.

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3, pp. 487-488.

<sup>8</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 29, n. 59.



nal cujo exercício dependa de norma regulamentadora, caso em que inviável a ação de injunção por impossibilidade jurídica do pedido, como se lê nos autos do MI 462-5/MG – no mesmo sentido, os MMII 444/MG e 494-3/MT, estes e aqueles julgados pelo Pleno do STF.<sup>9</sup> Em regra, os motivos do malogro da injunção dormitam na incompetência *ratione materiae* da corte provocada para a demanda e na falta de legitimação passiva da pessoa demandada.

Sobreleva-se ainda a não-correlação do alegado direito com a via eleita e o objetivo visado. Neste caso está a invocação de lei auto-aplicável, que, por assim ser, independentemente de expletivo, não pode arrimar qualquer pretensão injuncional, sabido que o fim do *writ* é movimentar um direito emperrado exatamente pela falta de norma regulamentadora.<sup>10</sup> Hoje o mandado de injunção tem servido mais para declarar a auto-aplicabilidade de normas constitucionais nebulosas do que para solucionar a falta de norma regulamentadora que torne inviáveis os direitos e as liberdades constitucionais.<sup>11</sup> A interpretação que o STF, por sua maioria, vem dando ao mandado de injunção significa em síntese que: a) se a corte entende dispensável a norma regulamentadora (que o impetrante supunha necessária para viabilizar o exercício do seu direito constitucional), ela não conhece da impetração, o que equivale a dizer que a parte pode deduzir sua pretensão perante o juízo comum competente e este pode formular, como de hábito, a

<sup>9</sup> CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira (org.). *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 6. ed. atual. até a EC 31/00. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 29, n. 3.

<sup>10</sup> SIDOU, J.M. Othon. 'Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. (2. tir.) Rio de Janeiro: Forense, 1998. (2000), p. 285.

<sup>11</sup> QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 115.

norma concreta (sentencial) para dar solução ao caso sob a luz do direito vigente, desvendando o que está implícito na CR/1988, promovendo a densificação e a concretização da norma, para isso valendo-se, se necessário, da analogia, dos costumes, dos princípios gerais e mesmo da equidade; b) quando no entanto crê fazer-se realmente necessária a norma regulamentadora, então conhece da impetração mas se nega a formular a norma para dar solução ao caso concreto, deixando de valer-se do poder, inerente ao Judiciário, de densificar e concretizar a norma, dispensando os recursos à analogia, aos costumes, aos princípios gerais e à equidade ou, como postula a doutrina mais moderna, aos princípios jurídicos, que são parte integrante do próprio direito e portanto não representam mera discricionariedade. Em lugar disso, o tribunal limita-se a declarar a mora do legislador e cientificá-lo desta (providimento rigorosa e absolutamente inútil, desprovido de qualquer consequência). O modo como o STF vem encarando o mandado de injunção resulta em que a melhor solução para o impetrante é que a Corte "não conheça" da impetração, pois isso representa uma declaração de que a norma constitucional respectiva é de aplicabilidade plena, direta e imediata – também dita "auto-aplicável", em outra terminologia –, ficando assim o Judiciário pelos seus demais órgãos autorizado a dar solução ao caso concreto, independentemente de regulamentação por via legislativa.<sup>12</sup>

Deve-se em processo de mandado de injunção julgar pela impossibilidade jurídica do pedido sempre que houver a formulação de um pedido que seja incompatível com o ordenamento jurídico. O exemplo mais claro é o requerimento de o Poder Judiciário determinar que o Legislativo edite a regulamentação da norma constitucional que prevê o

<sup>12</sup> HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo. Uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o Mandado de Injunção, à luz da doutrina contemporânea*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 223.



direito, a liberdade ou a prerrogativa cujo exercício o impetrante deseja viabilizar. O impetrante, mesmo provando ser titular de direito subjetivo previsto em norma constitucional de eficácia complementável e demonstrando que o exercício do direito é obstaculizado exclusivamente em virtude da ausência de regulamentação, será julgado carecedor de ação caso requeira que o Poder Judiciário determine que o Legislativo edite lei regulamentando a norma que contém o direito articulado ou que o chefe do Executivo envie projeto de lei ao Legislativo. Em tais casos fica claro que terá o impetrante deduzido um pedido juridicamente impossível.<sup>13</sup> Em hipótese de o Supremo Tribunal Federal – consoante a inteligência por essa corte do instituto processual mandado de injunção – superar preliminar de mérito (e o faz para que não sejam extintos todos os processos sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido *i.e.* o desvencilhar-se de preliminar significa ocultar redução de possibilidade jurídica do pedido em mandado de injunção), não atende ao requerimento da parte quando tão somente dá ciência ao poder estatal de sua (deste) omissão normativa – julga *extra petita*, o que o *caput* do artigo 460 do Código de Processo Civil de 1973 (“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”) veda.

## II – SILOGISMO RETÓRICO-ENTIMEMÁTICO E MANDADO DE INJUNÇÃO

Silogismo é uma argumentação na qual, se certos enunciados são pressupostos, algo diferente desses pressupostos surge necessariamente deles<sup>14</sup>. Até fins do século XX - e mes-

<sup>13</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 190.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Tópica*, 110a, 25-27.

mo o princípio deste – permanece a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia, entretanto nem todas as normas utilizadas explicitam-se, permanecendo muitas delas não só fora de questão, como também ocultas. O que de fato importa é deixado de lado, inconfessável.

O silogismo retórico ou entimema é assim (retórico) chamado porquanto suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas. Faz-se pragmaticamente útil se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível nem desejável. A mais evidente característica do entimema é a formulação encurtada. No entimema uma das premissas ou mesmo a conclusão é tomada como evidente, permanecendo implícita. Isto, que parece deficiência do ponto de vista lógico, torna-se eficiência do ponto de vista da retórica material (papel pragmático) e da retórica formal (papel estratégico).

Há equívoco em partir do silogismo demonstrativo, explícito e racionalmente cogente como instrumento lógico para estudo do direito positivo, tal como tentado pela dogmática jurídica tradicional. A estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares “científicos” como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas. A hermenêutica jurídica atual tem partido de um debate já clássico que pode ser didaticamente resumido na dicotomia subsunção *versus* casuismo. A concepção subsuntiva pretende uma conclusão correta e segura, objetivo da interpretação *i.e.* a decisão. A perspectiva casuística, mais cética, parte do princípio de que a norma geral não produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais o intérprete atua, mas apenas serve de justificativa posterior para uma escolha



feita diante do caso e produzida por vias diferentes, que não se confundem com a norma alegada, ainda que o intérprete pense ingenuamente – ou alegue estrategicamente – partir dela.<sup>15</sup>

O entendimento das altas cortes brasileiras, sobretudo do STF, tem sido bastante restrito, dando interpretação ao art. 5º, LXXI, da CR/1988, a mais dificultosa possível, de modo a inviabilizar o efetivo ajuizamento da ação epígrafa.<sup>16</sup> Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o julgamento do MI 107-3/DF<sup>17</sup>. Sem embargo dos avanços já verificados, sobretudo a partir de 1991, afastando-se, em parte, da posição inicial assumida no julgamento em 1989 do mencionado MI, assim como das sérias contradições e das claras reservas visíveis nos votos de vários de seus ilustres ministros, inclusive dos que integram a douta maioria, são de fato ainda muito grandes as resistências no STF à aceitação do instituto mandado de injunção como remédio ou garantia constitucional de viabilização, no caso concreto, do exercício de direitos subjetivos (indivi-

<sup>15</sup> ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Faculdade de Direito de Recife. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: n. 9: 1998. p. 135-136, 139-142 e 151-154.

<sup>16</sup> LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira (estudo de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 295.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 256.

duais ou coletivos) obstados pela falta de norma regulamentadora. Tal resistência manifesta-se diante de qualquer das alternativas possíveis de solução judicial para o caso concreto, sendo todavia maior a rejeição quando a proposta é a de formular, de logo, a própria corte, na mesma sede processual, a solução para o caso. Na base dessa resistência parece estar, em última análise, além da tradicional autocontenção da corte, um exacerbado temor de agravamento do já insuportável congestionamento do tribunal, que beira, segundo têm alegado alguns de seus mais influentes integrantes, a inviabilização do órgão. Isso se torna evidente, com frequência, sempre que o debate nos julgamentos avança além do superficial, tornando insustentável, à base de argumentos estritamente jurídicos, a posição da maioria da corte.<sup>18</sup>

A postura do STF é sem dúvida responsável pela redução das impetrações do mandado de injunção, ante a inocuidade da medida<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo. Uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o Mandado de Injunção, à luz da doutrina contemporânea*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 219-220.

<sup>19</sup> LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira (estudo de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 299. BARROSO (Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4a. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 256) crê haver-se tornado o mandado de injunção “uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação. Tal idéia se materializa na proposta abaixo: PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL *Dá nova redação ao § 1º, do art. 5º, da Constituição, e extingue o mandado de injunção*. Art. 1º O § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘§ 1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito’. Art. 2º. Fica revogado o inciso LXXI, do



O proporcionalmente elevado número de processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o excessivo respeito ao princípio da separação dos poderes estatais e a ojeriza contra a função jurisdicional de equidade, ainda que mediata<sup>20</sup>, impedem o vigor da construção de processo neoconstitucional mandado de injunção mesmo que por si só o texto normativo expresso no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, dificulte sobremaneira a argumentação retórico-entimemática legitimadora da denegação de justiça consistente na redução aberta ou velada de possibilidade jurídica de pedido nesse importante instrumento.

### III - DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

A inércia do Estado faz gerar a produção de solução de conflitos no seio social, independentemente da atuação estatal, gerando o chamado pluralismo jurídico<sup>21</sup>.

Há na sociedade formas de solução de conflitos que às vezes existem totalmente alheias à existência do Estado ou à incidência de suas normas<sup>22</sup>: o procedimento extradogmático consiste no efetuado à margem do Estado, na qual a

art. 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, a, e II, a; art. 105, I, h; art. 121, § 4º, V."

<sup>20</sup> Para maiores detalhes sobre este ponto, cf. LEMOS, Rafael Cavalcanti. Função jurisdicional de mediata equidade em mandado de injunção. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 39, n. 153, mar. 2000.

<sup>21</sup> MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 57.

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a Sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 84 ss.

*praxis* social, independentemente do auxílio estatal, tenta conquistar e exercer certos direitos e solucionar conflitos existentes em seu meio, ou seja, práticas eminentemente marginais, no sentido de se verificarem fora do âmbito estatal.<sup>23</sup> Percebe-se uma incapacidade cada vez mais patente de o chamado Estado de bem-estar suprir os problemas gerados a partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos esboçados como direitos fundamentais. O Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivadas. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado constitucional de direito.<sup>24</sup>

Implementar o mandado de injunção no Brasil foi uma tentativa de combater a estratégia jurídico-política formal-liberal que vem frustrando, em 181 anos de constitucionalismo, as possibilidades do pleno e simples uso do princípio da maior eficácia: permitir a quem de direito o acesso à justiça.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ADEODATO, João Maurício L. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do mestrado em Direito. Faculdade de Direito do Recife*. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, n. 5; 1992. p. 239.

<sup>24</sup> MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 89 e 93.

<sup>25</sup> QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 115. Noutro artigo explico o que se deve entender por justiça na hodiernamente tão utilizada expressão "acesso à justiça" - LEMOS, Rafael Cavalcanti. Justiça em "acesso à justiça". *Consulex*. Brasília, a. XV, n. 6, 5 fev. 2001. p. 6. "Em 'acesso à justiça' é 'justiça' empregado *stricto sensu* e relativamente a quatro analogados secundários: busca-se em plano ou âmbito especial acesso a (I) *órgão do Poder Judiciário*; visa-se ainda especial e - tão-só por motivo de exposição didática - secundariamente a (II) *desenvolvimento processual* e (III) *provimento jurisdicional justos* - o qual provimento jurisdicional para que em verdade justo seja deve ser útil -, abrangendo ao jurisdicionado a justiça em plano ou âmbito geral considerada, (IV) *ordem jurídica justa*."

# A FUNGIBILIDADE ENTRE A MEDIDA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

Roger Eduardo Falcão Chacon

Bacharel em Direito pela Faculdade de  
Direito de Olinda - AESO

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 - DA CAUTELAR; 1.1 - Conceito de Ação Cautelar; 1.2 - Características e Requisitos da Ação Cautelar; 1.3 - Classificação das Medidas Cautelares; 1.4 - Processo Cautelar; 2 - DA TUTELA ANTECIPADA; 2.1 - Conceito de Tutela Antecipada; 2.2 - Características e Pressupostos da Tutela Antecipada; 3 - SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR; 4 - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA ANTECIPADA (PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE JURÍDICA X PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA); 5 - DA FUNGIBILIDADE ENTRE A MEDIDA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA; 5.1 - Das Cautelares Satisfativas; 6 - CONCLUSÃO; 7 - REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

O instituto da antecipação de tutela e a medida cautelar são completamente distintos. Contudo, freqüentemente, são alvos de confusões no que diz respeito à constatação de determinado pedido ser considerado uma antecipação de tutela ou uma medida cautelar. Destarte, tendo em vista o fato de ambas serem consideradas medidas de urgência, vez que



se fundamentam no *periculum in mora*, há a possibilidade de ocorrer a fungibilidade entre esses dois institutos processuais.

Como, na prática, os mesmos são facilmente confundidos e de difícil distinção, o legislador achou por bem permitir tal fungibilidade, o que fez através da Lei 10.444/2002. Além disso, esse fenômeno privilegia os princípios da economia processual e da efetividade jurídica. A mencionada lei permitiu que, pelo procedimento da antecipação de tutela, sendo o pedido de natureza cautelar, o magistrado possa deferir o pleito.

O que diferencia, fundamentalmente, a ação cautelar e a antecipação de tutela é o fato de esta última tratar de um pedido de natureza satisfativa, enquanto a primeira não. Entretanto, ambas visam a assegurar a eficácia da tutela jurídica do Estado.

Nesse artigo enfocamos a questão dos princípios constitucionais que fundamentam e orientam o instituto da tutela antecipada no sentido de proporcionar uma melhor compreensão do referido instituto jurídico.

O nosso objetivo é proporcionar ao leitor uma noção geral acerca de alguns aspectos que dizem respeito, tanto a medida cautelar quanto a antecipação de tutela, a fim de que o mesmo melhor compreenda o fenômeno da fungibilidade.

Por fim, a nossa intenção, na escolha do presente tema, foi a de ressaltar a importância da eficácia da tutela jurisdicional. Pois, ao Estado cabe a função de aplicar a lei nos casos de violações de direitos. Sendo assim, se o processo se torna inútil ao requerente ou ocorre uma situação de ineficácia da prestação jurisdicional, estar-se-ia diante de uma situação de injustiça. Para evitar tal fato, foram instituídas as ações cautelares e a antecipação de tutela. Vale acrescentar que, hodiernamente, a tendência do legislador é criar meca-

nismos que permitam uma resposta justa, pronta e eficaz do Estado no resultado final do processo, correspondendo, assim, aos anseios da sociedade.

## 1 - DA AÇÃO CAUTELAR

### 1.1 - Conceito de ação cautelar

A ação cautelar tem por escopo evitar que o tempo exigido para a tramitação de um processo judicial cause danos irremediáveis ao objeto da lide. Isto é, a ação cautelar visa conservar, proteger, preservar os elementos do processo principal (pessoas, provas e bens) do longo tempo necessário ao desenvolvimento deste. Destarte, a ação cautelar tem a função de evitar que a prestação jurisdicional não tenha eficácia, tendo em vista a demora natural do processo. O pleito da cautelar visa a assegurar os efeitos da sentença a ser proferida no processo de conhecimento, ou do ato executório no processo de execução.<sup>1</sup> A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para atingir o escopo geral da jurisdição.

Ademais, vale ressaltar que a tutela cautelar, diversamente da de mérito, não é definitiva, mas provisória e subsidiária. É pertinente salientar que a função da ação cautelar não consiste em antecipar a solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar é apenas a prevenção contra risco de dano imediato. Tal finalidade consiste numa providência conservativa de determinado elemento

<sup>1</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 15.ed. São Paulo : Saraiva, 1992. v.I, p. 177.



do processo principal. Se determinado elemento não for protegido poderá implicar a ineficácia da prestação jurisdicional ou uma prestação jurisdicional injusta, vez que não se adequou à verdade dos fatos.

Por fim, convém mencionarmos o significado dos termos ação cautelar e medida cautelar. A ação cautelar dá origem a um processo cautelar, o qual é autônomo. A medida cautelar, por sua vez, é um incidente que ocorre dentro do processo cautelar sob a forma de liminar. Um aspecto interessante é que a mesma poderá ser concedida em qualquer ação que lhe permita e não somente inserida em um processo cautelar. Ela é uma liminar conservativa apresentada em um processo. Por outras palavras, é uma liminar que garante a eficácia da sentença, sem que seja antecipado o direito material pleiteado. Para ser requerida uma medida cautelar, é necessário que o autor denomine o incidente de "medida cautelar" e demonstre os requisitos próprios das ações cautelares.

## 1.2 - Características e requisitos da ação cautelar

Primeiramente destacaremos a característica da provisóriedade da medida cautelar. Esta consiste no fato de ter uma duração limitada, isto é, a medida cautelar será absorvida ou substituída pela sentença definitiva do processo principal que é a decisão de mérito. A decisão de uma ação cautelar não tem por escopo tornar-se uma decisão de mérito, ou seja, ser ratificada por uma sentença de mérito. A mesma nunca será confirmada, mas sim substituída ou absorvida pela sentença definitiva do processo principal. Portanto, na ação cautelar a decisão é temporária, pois nunca será ratificada por sentença do processo principal.

Um aspecto interessante, no que diz respeito às cautelares, é o fato de a sentença do processo cautelar não

fazer coisa julgada, pois não atinge a lide. Em outras palavras, na cautelar não se discute o direito pleiteado na ação principal, mas, sim, a questão da prevenção quanto ao perigo de dano, o qual decorre da demora natural do processo principal. Há que se ressaltar que a coisa julgada só se perfaz com o julgamento de mérito. Ocorre que, na cautelar, não há julgamento de mérito porque esse tipo de ação não trata do direito material ou bem da vida, pleiteado via processo principal. Por conseguinte, como não há sentença de mérito, não haverá coisa julgada.

A questão da autonomia em relação ao processo principal também há que ser destacada. Observa-se tal independência quando verificamos que a ação cautelar poderá ser acolhida ou rejeitada por seus fundamentos próprios e não em razão dos fundamentos do processo principal. A autonomia, também, reflete-se no fato de o indeferimento ou improcedência da ação cautelar não impedir que se ajuíze a ação principal.

É mister destacar a característica da revogabilidade que consiste no aspecto de vir a desaparecer a situação fática de risco de dano e que, sendo assim, enseja a revogação da decisão cautelar.

No que tange aos requisitos da ação cautelar podemos dizer que são os seguintes: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. O primeiro deles importa na demora intrínseca do processo principal que resulte em uma situação de risco de que o feito não seja mais útil à parte, ou seja, que a pretensão jurisdicional, resultante da demanda, não mais proteja o interesse tutelado pela lei. No entanto, para que a tutela cautelar seja obtida, a parte deverá demonstrar um fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva do processo principal, venham a faltar-lhe os elementos de fato favoráveis a uma justa composição da lide.

O segundo requisito consiste na "aparência" de que, realmente, a parte autora possui um direito material, o qual



do processo principal. Se determinado elemento não for protegido poderá implicar a ineficácia da prestação jurisdicional ou uma prestação jurisdicional injusta, vez que não se adequou à verdade dos fatos.

Por fim, convém mencionarmos o significado dos termos ação cautelar e medida cautelar. A ação cautelar dá origem a um processo cautelar, o qual é autônomo. A medida cautelar, por sua vez, é um incidente que ocorre dentro do processo cautelar sob a forma de liminar. Um aspecto interessante é que a mesma poderá ser concedida em qualquer ação que lhe permita e não somente inserida em um processo cautelar. Ela é uma liminar conservativa apresentada em um processo. Por outras palavras, é uma liminar que garante a eficácia da sentença, sem que seja antecipado o direito material pleiteado. Para ser requerida uma medida cautelar, é necessário que o autor denomine o incidente de "medida cautelar" e demonstre os requisitos próprios das ações cautelares.

## 1.2 - Características e requisitos da ação cautelar

Primeiramente destacaremos a característica da provisoriamente da medida cautelar. Esta consiste no fato de ter uma duração limitada, isto é, a medida cautelar será absorvida ou substituída pela sentença definitiva do processo principal que é a decisão de mérito. A decisão de uma ação cautelar não tem por escopo tornar-se uma decisão de mérito, ou seja, ser ratificada por uma sentença de mérito. A mesma nunca será confirmada, mas sim substituída ou absorvida pela sentença definitiva do processo principal. Portanto, na ação cautelar a decisão é temporária, pois nunca será ratificada por sentença do processo principal.

Um aspecto interessante, no que diz respeito às cautelares, é o fato de a sentença do processo cautelar não

fazer coisa julgada, pois não atinge a lide. Em outras palavras, na cautelar não se discute o direito pleiteado na ação principal, mas, sim, a questão da prevenção quanto ao perigo de dano, o qual decorre da demora natural do processo principal. Há que se ressaltar que a coisa julgada só se perfaz com o julgamento de mérito. Ocorre que, na cautelar, não há julgamento de mérito porque esse tipo de ação não trata do direito material ou bem da vida, pleiteado via processo principal. Por conseguinte, como não há sentença de mérito, não haverá coisa julgada.

A questão da autonomia em relação ao processo principal também há que ser destacada. Observa-se tal independência quando verificamos que a ação cautelar poderá ser acolhida ou rejeitada por seus fundamentos próprios e não em razão dos fundamentos do processo principal. A autonomia, também, reflete-se no fato de o indeferimento ou improcedência da ação cautelar não impedir que se ajuíze a ação principal.

É mister destacar a característica da revogabilidade que consiste no aspecto de vir a desaparecer a situação fática de risco de dano e que, sendo assim, enseja a revogação da decisão cautelar.

No que tange aos requisitos da ação cautelar podemos dizer que são os seguintes: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. O primeiro deles importa na demora intrínseca do processo principal que resulte em uma situação de risco de que o feito não seja mais útil à parte, ou seja, que a pretensão jurisdicional, resultante da demanda, não mais proteja o interesse tutelado pela lei. No entanto, para que a tutela cautelar seja obtida, a parte deverá demonstrar um fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva do processo principal, venham a faltar-lhe os elementos de fato favoráveis a uma justa composição da lide.

O segundo requisito consiste na "aparência" de que, realmente, a parte autora possui um direito material, o qual



foi violado e que precisa ser protegido pela Justiça. O *fumus boni iuris* nada mais é do que a plausibilidade do direito material pleiteado na ação principal. O mesmo não exige uma certeza do direito subjetivo. Destarte, o magistrado deverá verificar se o direito pleiteado na ação principal é realmente um direito tutelado pela lei e nisso se consubstancia, na prática, o *fumus boni iuris*.

### 1.3 - Classificação das medidas cautelares

O Código de Processo Civil divide as ações cautelares em duas classificações. A primeira classificação é a seguinte:

- A) Medidas cautelares típicas ou nominadas - que consistem nas ações cautelares que possuem uma denominação específica e têm uma determinada finalidade, a qual está inserida num objetivo mais amplo que é evitar que um dano inutilize o processo em decorrência do *periculum in mora*. São casos típicos de cautelares, os quais são regulados por lei.
- B) Medidas cautelares atípicas ou inominadas - que compreendem o poder geral de cautela admitido pelo art. 798 do CPC. São os casos das cautelares que não estão compreendidos entre os específicos. Visam, do mesmo modo que as cautelares nominadas, a assegurar a utilidade do processo com a eficácia da prestação jurisdicional. São julgadas adequadas "sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tais medidas estão submetidas aos mesmos requisitos das medidas típicas, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A segunda classificação legal distingue as cautelares de acordo com o momento em que são propostas (art. 796 do CPC):

- I - medidas preparatórias - que consistem naquelas que antecedem a ação principal;
- II - medidas incidentes - que consistem naquelas ajuizadas no decorrer do processo principal, como incidentes deles.

Há outros critérios classificatórios, os quais achamos por bem transcrever a fim de proporcionar uma maior compreensão acerca das cautelares. São os seguintes:

Quanto ao procedimento:

- 1) Cautela permanente ou definitiva - é uma cautela alcançada por sentença no processo cautelar.
- 2) Cautela temporária - é uma cautela provisória alcançada dentro do procedimento cautelar através de uma "liminar" antes da sentença do processo cautelar.
- 3) Cautela interlocutória - é uma cautela provisória alcançada em estágio inicial da causa, antes que o Juízo tenha tido a oportunidade de ouvir e pesar totalmente as provas de ambas as partes, mas depois de ter ouvido a resposta da outra parte.
- 4) Cautela interim (preliminar) - é uma cautela também provisória, mas se dá em estágio anterior, *inaudita altera pars*, ou seja, sem a ouvida da parte contrária, também em caráter liminar.

Quanto à situação de fato:

- 1) Inovativa - é quando a cautela é concedida para que se inove o estado de fato, alterando a situação que até aqui era existente.



- 2) Conservativa - é quando a cautela é concedida para que se conserve o estado de fato, impedindo que a situação até aqui existente se altere.
- 3) Reintegrativa - é quando a parte requerida praticou ato, ou deixou de praticar, tendo com esta ação ou omissão alterado o estado de fato, e a parte requer uma cautela para que se restaure aquele estado de fato alterado antes da postulação cautelar.

Em relação à eficácia da ordem judicial:

- 1) Cautela mandatária ou positiva - é uma ordem do juízo para que a parte pratique determinado(s) ato (s).
- 2) Cautela proibitória ou negativa - é uma ordem do juízo determinando que a parte se abstenha de praticar determinado(s) ato(s).<sup>2</sup>

#### 1.4 - Processo cautelar

Achamos pertinente colocar este breve tópico no presente artigo a fim de que o leitor tenha uma noção superficial do processo cautelar e, assim, possa compreender melhor o sentido das ações cautelares.

No Código de Processo Civil há um procedimento cautelar comum e vários procedimentos cautelares especiais denominados de "procedimentos específicos". O procedimento comum deverá ser aplicado nas ações cautelares atípicas e, subsidiariamente, nos procedimentos específicos. Outro ponto que merece destaque é o fato de que o Código de Processo Civil, tendo em vista a natureza emergencial da cautelar, instituiu:

<sup>2</sup> PEREIRA, Iana Gonçalves Souto Maior. *Ação Cautelar e Incidência da Fungibilidade*. Olinda, [s. n.], 2003. p. 20-21.

- a) o procedimento cautelar com citação prévia e cognição sumária antes do deferimento ou indeferimento do pleito; e
- b) o procedimento cautelar com medida preventiva *initio litis (inaudita altera pars)*, caso em que, antes da citação e da providência cautelar, pode haver ou não justificação unilateral.<sup>3</sup>

O processo cautelar inicia-se através de petição, na qual deverá constar todos os requisitos próprios das cautelares, os quais já foram mencionados no presente artigo.

Posteriormente, sendo deferida a ação, haverá o momento da concessão ou não da liminar. O que justifica a liminar é a existência de dano real e iminente (urgente) que poderá consumir-se antes da citação ou quando se constatar que se o réu for citado poderá acelerar a realização do ato temido.

Em um só mandado, o magistrado irá determinar o cumprimento da medida e, posteriormente, a citação do réu. O demandado, por sua vez, terá cinco dias para contestar, contados da juntada do mandado de citação aos autos, se não for o caso de requerimento de liminar ou da intimação do cumprimento da medida, na hipótese de haver requerimento liminar. Vale ressaltar que o magistrado poderá exigir o pagamento de caução real ou fidejussória caso constate que a concessão da liminar *inaudita altera pars* poderá resultar em prejuízo para o requerido.

Importante mencionar que no procedimento cautelar não caberá reconvenção, vez que não se coaduna com a sua função célere. Poderão, contudo, serem opostas exceções de incompetência, de impedimento ou de suspeição.

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.378. v.II



Não havendo revelia e sendo matéria de fato, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Entretanto, se for matéria de direito ou sendo o caso de revelia, o juiz, logo após a fase postulatória, decidirá o feito.

## 2 - DA TUTELA ANTECIPADA

### 2.1 - Conceito de tutela antecipada

A tutela antecipada foi introduzida na nossa legislação processual civil pela Lei nº 8.952, de 13.12.99. Entretanto, essa antecipação possui um caráter genérico, e é justamente esse fato que consiste uma inovação. Isso porque, anteriormente, somente havia liminares que antecipavam a tutela em determinados casos específicos.

Uma das hipóteses mais antigas de tipicidade das antecipações de tutela seria a liminar pleiteada em sede de ação possessória. Nessa hipótese, como em outros casos de antecipações típicas, não há ligação com o requisito do *periculum in mora*, sendo somente mister a aparência do bom direito para que as liminares sejam concedidas.

Podemos definir a tutela antecipada como a possibilidade de o juiz conceder, de imediato, à parte autora o direito material reclamado, o qual é objeto da ação. Vale ressaltar que a antecipação da tutela é pleiteada nos autos do processo principal.

O juiz, antes que se complete a instrução ou o debate da causa, antecipa a decisão de mérito, total ou parcialmente, em caráter provisório. O instituto da antecipação de tutela tem por escopo evitar que a demora do processo comprometa gravemente a eficácia da prestação jurisdicional e que este fato signifique uma denegação da justiça. Ademais, antes da prolação da sentença de mérito, a antecipação da tutela já promove uma execução provisória do pedido, fato que, de

ordinário, só ocorreria após a prolação da sentença e no plano do processo executivo.

### 2.2 - Características e pressupostos da tutela antecipada

A primeira e mais relevante característica que diz respeito a tutela antecipada é, justamente, o fato de a mesma possuir natureza satisfativa, ou seja, a mesma assegura de imediato o direito material pleiteado.

A tutela antecipada, para que seja deferida pelo magistrado, dependerá dos seguintes requisitos:

- 1 - requerimento da parte;
- 2 - produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- 3 - convencimento do juiz em torno da verossimilhança (quase certeza) da alegação da parte;
- 4 - fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- 5 - caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e
- 6 - possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requerer a antecipação satisfativa.

No que concerne à prova inequívoca, podemos dizer que a mesma consiste numa prova clara, portadora de alto grau de convencimento. Não se trata de simples aparência do direito. A antecipação não pode ser fundada em alegações ou suspeitas, mas, sim, apoiar-se em provas pré-existentes que sejam claras e evidentes.

Vale ressaltar que, mesmo o juiz tendo acolhido o requerimento de tutela antecipada, tal fato não significa que



posteriormente, com a contraprova do réu, o seu convencimento não possa alterar-se.

No que tange ao requisito da verossimilhança, asseveramos que a mesma consiste no convencimento do magistrado não só em relação aos fatos e ao direito pleiteado, mas, também, no que diz respeito ao perigo de dano irreparável que poderá ocorrer, caso tal medida não seja acolhida. A verossimilhança é o resultado da prova inequívoca, ou seja, o juiz, em decorrência da existência de provas inequívocas, realmente, se convence das alegações do réu, naquele momento processual. Todavia, essa prova robusta, que gera a verossimilhança, necessita de uma complementação. Tal complemento probatório será demonstrado ao longo do processo. Ademais, a verossimilhança da titularidade do direito pleiteado deve vir conjuntamente com o requisito do *periculum in mora* ou com a alegação de manifesto propósito protelatório.

O fundado receio de dano significa que as alegações do réu não foram fundadas em suposições ou situações de simples temor, mas, sobretudo, embasadas em provas inequívocas.

Quanto ao abuso do direito de defesa, podemos dizer, em suma, que se caracteriza pelo fato de as alegações do réu serem totalmente infundadas.

Importante destacar que, o deferimento da antecipação depende do fato de serem reversíveis os seus efeitos. Ademais, na sua decisão, o juiz deverá justificar o seu convencimento. Devemos ressaltar, também, que a qualquer momento, o magistrado poderá revogar a tutela, desde que o faça em decisão fundamentada. Além disso, é pertinente salientar que, acolhida a pretensão provisória do autor, parte-se para atos executivos, sem que se tenha uma sentença de mérito e nenhum processo executivo.

### 3 - SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR

Inicialmente, cumpre ressaltar que, tanto a ação cautelar, quanto a antecipação de tutela, consistem em medidas que compõem o gênero da tutela de urgência, o qual visa a afastar o perigo de dano ante a demora do processo. Assim, tanto a satisfatividade quanto a cautelaridade possuem em comum o fato de serem tutelas de urgência.

O artigo 798 do Código de Processo Civil trata dos requisitos gerais que ensejam a interposição das ações cautelares. Tais requisitos, conforme esse dispositivo, seriam o fundado receio e o perigo de dano causado pela outra parte antes do julgamento do processo. No que concerne a tutela antecipada, de acordo com o inciso I do art. 273, do CPC, constatamos que a mesma só é deferida se houver, assim como na cautelar, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No plano das distinções, há diferenças relevantes, dentre as quais destacamos que a cautelar tem por pressuposto o *fumus boni iuris*. Por sua vez, a antecipação de tutela tem como requisito peculiar a prova inequívoca e a verossimilhança.

Destarte, podemos elencar várias outras distinções entre a cautelar e a antecipação de tutela:

(.....)

- 1 - sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar, a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do art. 273 do CPC;



- 2 - a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, for urgente, no entanto, garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado;
- 3 - na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para a futura execução do direito; na antecipatória há o adiantamento, total, ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para a segurança);
- 4 - na antecipação há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva;
- 5 - o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático não tem relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com a sua garantia;
- 6 - a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra do mesmo conteúdo ou natureza (ou seja, por outra medida de garantia), razão pela qual, a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo

advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.<sup>4</sup>

#### 4 - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA ANTECIPADA (PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE JURÍDICA X PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA)

Freqüentemente os princípios constitucionais se colidem mutuamente, cabendo ao legislador a tarefa de harmonizá-los. No que tange ao instituto da tutela antecipada, verifica-se que há a colisão dos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica. O princípio da efetividade dispõe que o processo tem como premissa a efetividade da tutela jurisdicional. Porém, o princípio da segurança jurídica visa a assegurar a ampla defesa à parte ré, antes que a mesma seja privada de seus bens e direitos.

Constata-se, facilmente, que o princípio da segurança jurídica só tem sentido se houver a efetividade da tutela jurisdicional, pois de nada adiantaria contraditório sem que a tutela jurisdicional tivesse eficácia. Destarte, no que tange à antecipação de tutela é mister que se privilegie o princípio da efetividade da prestação jurisdicional em detrimento do princípio da segurança jurídica pelo motivo exposto anteriormente. Contudo, não significa que a segurança jurídica seja desprezada, mas apenas será prestigiada em um segundo momento, após a satisfação do direito material da parte autora.

<sup>4</sup> Apud SOARES, Evanna. *Tutela Antecipada e Liminar em Cautelar: Traços Distintos. Comentário Crítico ao Acórdão STJ - Resp nº 159399-SP*. Disponível em < [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3455](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3455) > Acesso em 29/05/2004 às 14:40 hs.



## 5 - DA FUNGIBILIDADE ENTRE A MEDIDA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

Tanto a medida cautelar quanto a tutela antecipatória pertencem ao gênero comum da tutela de prevenção, pois visam a evitar que um dano possa ocorrer pela demora do processo de conhecimento e resultando na inutilidade da prestação jurisdicional. Todavia, a cautelar possui uma função instrumental, vez que, somente tem por escopo assegurar a eficácia da prestação jurisdicional do processo principal, já a tutela antecipada antecipa a pretensão material.

Fácil é constatar-se que os requisitos da cautelar são bem menos rígidos que os da tutela antecipada.

Além disso, há que se convir que a distinção teórica entre ação cautelar e antecipação de tutela é significativa. Ovídio Baptista da Silva defende:

Serem absolutamente inconfundíveis as medidas cautelares (que representam, simplesmente, medida de segurança para execução) e as medidas antecipatórias (medidas de execução para a segurança)<sup>5</sup>.

Contudo, não obstante essa distinção significativa, na prática, freqüentemente, há dificuldades nessa diferenciação. Em decorrência de tal fato, o juiz pode denegar uma medida de urgência no apego às questões formais e isso resultar na inutilidade do processo e da prestação jurisdicional. Sendo assim, a parte autora fica sem ter assegurado o seu direito substantivo. Visando evitar essa situação, o legislador, através da Lei 10.444 de 07.05.02, a qual acrescentou o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil, instituiu a fungibilidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada. Tal fenômeno consiste, no deferimento de pedido de natureza cautelar, o

<sup>5</sup> Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II, p. 535.

qual foi pleiteado nos moldes e a título de uma antecipação de tutela, desde que se atenda aos requisitos legais das ações cautelares. Vale acrescentar que, ocorrendo a fungibilidade, o juiz deferirá o pedido como se fosse uma medida cautelar incidental.

O direito comparado nem sequer faz distinção entre cautelar e tutela antecipada, tratando, tanto uma quanto outra, sob a denominação de medida cautelar de natureza satisfativa ou conservativa. Isso decorre do fato de o direito comparado não se preocupar com questões procedimentais ou formais, mas, sobretudo, em evitar o dano ao processo ou ao direito material em decorrência do *periculum in mora*. O que se procura garantir, no direito de outras nações, é a eficácia da prestação jurisdicional que é o objetivo maior do processo. Sendo assim, não se deve ter apego às questões formais quando, o que está em jogo, é um dano efetivo ao processo ou ao direito material. Por outro lado, não devemos desprezar a questão formal e classificatória presente no nosso direito, tendo em vista que visa evitar manobras de má fé no sentido de se utilizar um procedimento mais flexível tendo por fim a obtenção de liminar satisfativa.

Devemos ter em mente que a antecipação de tutela assegura, *inaudita altera pars*, o próprio direito substantivo, com a eficácia do mesmo, sem que haja um processo de execução. Em decorrência desse fato, faz-se necessária a presença de requisitos mais rígidos do que os da medida cautelar. Portanto, é importante que haja uma distinção nos requisitos legais da cautelar e da antecipação.

Ocorre que o §7º do art. 273 do CPC menciona o caso de um pedido de natureza cautelar ser pleiteado através do procedimento próprio da tutela antecipada, a título desta última e não por meio de um processo cautelar autônomo ou de conhecimento, sob a forma e denominação de medida cautelar incidental. Então, indagamos, caberia a propositura



de um pedido de natureza satisfativa por meio do procedimento cautelar? Como já ressaltamos, há casos em que é difícil distinguir se se trata de um pedido de natureza cautelar ou de um pedido de natureza satisfativa.

A doutrina diverge na solução, entretanto, a sua grande maioria defende que seria possível, sim, vez que, não se deve ter apego ao formalismo para que prevaleça a realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da garantia da efetividade da tutela jurisdicional. Todavia, a doutrina ressalta que não se deve esquecer dos pressupostos próprios, tanto da tutela antecipada, quanto da medida cautelar. Tais pressupostos, devem ser atendidos, na hipótese de flexibilização dos procedimentos. Assim, se foi proposto um pedido de natureza cautelar mediante procedimento e a título de tutela antecipada, o magistrado deverá verificar se os pressupostos da cautelar foram atendidos. Do mesmo modo, se foi proposto um pedido de natureza satisfativa através de um procedimento cautelar, o juiz deverá ater-se no preenchimento dos pressupostos próprios da antecipação de tutela constantes no artigo 273 e não somente nos do artigo 798, ambos do Código de Processo Civil.

Portanto, os requisitos particulares de ambos os institutos jurídicos não devem ser desprezados jamais. Pois, o que está em discussão, em se tratando de pedido natureza satisfativa/procedimento cautelar, é a execução antecipada dos efeitos de uma sentença tida como procedente. Contudo, caso o juiz constate manobra na utilização do procedimento cautelar na intenção de se obter antecipação de tutela dentro apenas das exigências menos rigorosas do art. 798 do CPC, é prática que deverá energeticamente coibir<sup>6</sup>.

Eis o posicionamento de Nelson Nery Júnior a respeito da fungibilidade:

<sup>6</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 35. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.II, p. 541.

(....) quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para a obtenção de tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*)<sup>7</sup>.

No que tange ao fato de se pleitear um pedido de natureza antecipatória através do procedimento cautelar, Nelson Nery afirma que:

(....) a recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze a ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser o caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 652.

<sup>8</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.653



Concordamos com o posicionamento de Nelson Nery, o qual reflete bom senso, quando afirma que o juiz não deverá extinguir o feito se for pleiteado requerimento de antecipação de tutela através do procedimento cautelar, desde que o autor adapte tal pedido aos requisitos da antecipação.

Segundo Theotônio Negrão, “o § 7º, acertadamente, passou a admitir a fungibilidade das duas pretensões, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados”<sup>9</sup>.

Entretanto, Humberto Theodoro Júnior discorda de Negrão, afirmando que, no caso da fungibilidade do §7º do art. 273 do CPC, “se o autor pedir antecipação que de fato corresponde à providencia cautelar, o processamento da cautelar dar-se-á no bojo do único processo existente, isto é, o processo principal como simples incidente”<sup>10</sup>.

Concordamos com esse último entendimento, vez que o juiz poderá recorrer à fungibilidade apenas determinando a conversão do pedido, intitulado de tutela antecipada, para medida cautelar incidental, caso estejam presentes os requisitos das cautelares. Importante acrescentar que a própria lei, no § 7º do art. 273 do CPC, ressalta isso que foi dito anteriormente.

Wambier também admite a fungibilidade, tanto no que diz respeito ao pedido de natureza cautelar a título de tutela antecipada, como, também, em relação ao pedido de natureza satisfativa via processo cautelar<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 35. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003. p.378.

<sup>11</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3, p. 31-32.

João Roberto Parizzato<sup>12</sup> defende que o juiz poderá deferir o pedido de natureza cautelar e aplicar o § 7º do art. 273. Todavia, Wambier assevera que o juiz tem o dever de aplicar a fungibilidade quando se fizer necessário. Concordamos com Wambier pois, se assim não for, uma situação de indeferimento, estando demonstrados os pressupostos da medida correta, poderia acarretar um grave prejuízo à parte autora. De que adianta um pedido tido como procedente, sem que seja útil a tutela jurisdicional? Estar-se-ia denegando o direito do autor de ter uma tutela justa, isto é, efetiva. Destarte, efetividade da prestação jurisdicional significa justiça, sem efetividade não há justiça em sentido amplo.

Na hipótese do § 7º do art. 273 do CPC, não precisaria a correção para o deferimento, tendo em vista que, o autor, ao fundamentar o seu pedido de natureza cautelar, estaria cumprindo com os requisitos e pressupostos das cautelares que são menos rígidos que os da antecipação de tutela.

Carreira Alvim<sup>13</sup> aduz que, se a tutela antecipada, a qual importa numa providência satisfativa, pode ser pleiteada no processo de conhecimento, a cautelar, que não consiste numa antecipação do direito material, poderia perfeitamente ser requerida dentro do processo de conhecimento, considerando a regra do “quem pode o mais, pode o menos”. Com esse posicionamento, nos parece que Alvim defende a extinção do processo cautelar incidental, então indagamos: Será que o fenômeno da fungibilidade ensejaria a extinção da ação cautelar incidental? No nosso entender, isso não

<sup>12</sup> Apud SILVA, Bruno Campos. Comentários ao Novo §7º do art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002. Disponível em [www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=3392](http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=3392)> Acesso em 29/05/2004 às 15:40 hs.

<sup>13</sup> ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada com as Reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. 3. ed. Curitiba:Juruá, 2004. p. 129.



ocorreria porque anteriormente ao acréscimo do §7º no art. 273, já se utilizava, com freqüência, medidas cautelares incidentais em qualquer processo, seja ele cautelar ou de conhecimento.

Deve-se evitar, contudo, a utilização das medidas cautelares incidentais, observando-se, com atenção, a natureza do pleito, tendo em vista que o CPC prevê procedimentos distintos para a cautelar e para a antecipação de tutela. Defendemos que não se deve abusar das medidas cautelares incidentais e do fenômeno da fungibilidade, já que a lei prevê o processo cautelar e o instituto da antecipação de tutela. Todavia, se não houvesse previsão de tal processo ou em uma eventual revogação do mesmo, tendo em vista a utilização das medidas cautelares incidentais ou do fenômeno da fungibilidade, seria positivo, pois, estar-se-ia privilegiando o princípio da economia processual.

Tivemos a oportunidade de observar, em outras monografias, que não seria cabível o fenômeno da fungibilidade, no que tange ao pedido de natureza satisfativa/procedimento cautelar. O que motiva tal posicionamento é o fato de que tal hipótese não estaria prevista legalmente e poderia causar um prejuízo ao réu já que se estaria concedendo o direito material apenas na observância dos requisitos menos rígidos da cautelares.

Discordamos de tais argumentações porque, como ressaltamos anteriormente, não se pode denegar um pleito, o qual tenha por finalidade assegurar a eficácia de uma prestação jurisdicional. Ademais, como já salientamos, mesmo no caso de pedido satisfativo/procedimento cautelar, deverá ser deferido o pedido, desde que sejam observados os requisitos e pressupostos da tutela antecipada. Temos esse entendimento por levar em consideração o princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional e o da inafastabilidade da prestação jurisdicional, consubstanciado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

## 5.1 - Das cautelares satisfativas

Antes do advento do instituto da tutela antecipada, os advogados, em uma situação de perigo de dano, o qual decorresse da demora do processo de conhecimento, recorriam às ações cautelares inominadas, requerendo a antecipação do direito material pleiteado.

Embora vozes abalizadas tenham sido favoráveis à existência das cautelares satisfativas, a opinião que prevaleceu, na jurisprudência, foi a de que não caberia essa função às ações cautelares e, sim, apenas a função conservativa. Vários doutrinadores, dentre os quais, Marinoni<sup>14</sup>, Luiz Fux, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>15</sup>, defendem que a tutela satisfativa não pode ser definida como cautelar.

Na realidade, a lei não fala sobre se poderia, ou não, requerer em sede de cautelar, pedidos de natureza satisfativa. Entretanto, no momento em que foi instituída a tutela antecipada, pleitos dessa natureza somente são pertinentes a esse instituto e não às cautelares.

Hodiernamente, vale ressaltar que, havendo cautelares satisfativas, o juiz poderá recorrer ao fenômeno fungibilidade se constatar que não há má fé do requerente. Até mesmo na Itália, onde a tutela antecipada encontra o seu fundamento no mesmo artigo das cautelares, não são poucas as advertências no sentido de se evitarem confusões no que tange ao fato de se pensar como cautelar a tutela que satisfaz o direito material.

<sup>14</sup> Apud SILVA, Bruno Campos. Comentários ao Novo § 7º do Art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, acrescentado pela Lei 10.444/2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3392> Acesso em 29/05/2004 às 15:30 hs.

<sup>15</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



Outro aspecto que merece destaque é que já observamos, em algumas monografias acadêmicas, a argüição de que algumas cautelares típicas consistem, na realidade, em pleitos de natureza satisfativa, os quais são deferidos apenas se exigindo a observância dos requisitos menos rígidos das cautelares. Humberto Theodoro Júnior<sup>16</sup> e Rocco<sup>17</sup> discordam desse entendimento, vez que defendem que a medida preventiva, em nenhum caso, deve comportar uma antecipação da providência de mérito. Concordamos, plenamente, com o posicionamento dos mencionados doutrinadores porque o escopo da cautelar é conservar os elementos da lide e não a antecipação do direito material, a qual cabe ao instituto da antecipação de tutela.

## 6 - CONCLUSÃO

Considerando o que fora exposto anteriormente, reiteramos o nosso posicionamento a respeito do tema em tela, no sentido de que é perfeitamente possível o deferimento de um pedido de natureza satisfativa que seja pleiteado mediante procedimento cautelar, se forem demonstrados os pressupostos intrínsecos ao instituto da antecipação de tutela.

Contudo, se não forem atendidos tais pressupostos e o juiz perceba que se trata de manobra de má fé, deverá coibir tal prática. Vale ressaltar que a verificação dos pressupostos cabe tanto para pedido de natureza cautelar, a título de antecipação de tutela, quanto para pedido de natureza satisfativa via processo cautelar. Quanto a essa última hipótese, temos o entendimento de que o magistrado somente deverá deferir a liminar ou determinar a procedência da

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II, p. 365.

<sup>17</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 365.

ação cautelar se forem demonstrados anteriormente os requisitos e pressupostos peculiares à antecipação de tutela.

Na nossa opinião, o juiz tem o dever e não a faculdade de deferir a medida urgente se estiverem presentes os pressupostos inerentes à natureza do pedido, vez que, o que está em risco é a efetividade da prestação jurisdicional.

Posicionamo-nos no sentido de que não se deve abusar de medidas cautelares incidentais e nem do fenômeno da fungibilidade, pois a lei prevê o processo cautelar e o instituto da antecipação de tutela.

Hodiernamente, não se concebe mais que pedidos de natureza satisfativa, propositalmente, sejam requeridos mediante cautelares inominadas, tendo em vista a existência do instituto da tutela antecipada.

## 7 - REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E Carreira. *Tutela Antecipada com as Reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Cautelares Satisfativas?* Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3412> Acesso em: 29/05/2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Iana Gonçalves Souto Maior. *Ação Cautelar e Tutela Antecipada e Incidência da Fungibilidade*. Olinda, 2003.

SILVA, Bruno Campos. *Comentários ao Novo § 7º do Art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, Acrescentado pela Lei nº 10.444/2002*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3392> Acesso em 29/05/2004.

SOARES, Evanna. *Tutela Antecipada e Liminar em Cautelar: Traços Distintos. Comentário Crítico ao Acórdão STJ - Resp nº 159399-SP*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3455> Acesso em 29/05/2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II

## RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO E DO ADMINISTRADOR DE EMPRESAS

*Rossana Malta de Souza Gusmão*

Advogada. Mestre em Direito. Especialista em Direito Tributário. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Atual de Pernambuco-FAPE. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade Metropolitana.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 - A PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA: PROTEÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO; 2 - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA; 3 - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CTN; 4 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS; 5 - RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES E GERENTES; 6 - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS ADMINISTRADORES DIANTE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA; 7 - RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DO ADMINISTRADOR INFRATOR; 8 - CONCLUSÃO; 9 - REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

A carga tributária, nos últimos anos, tem apresentado crescimento expressivo acima da inflação, atingindo, atualmente, 37% do PIB, dado este que coloca o Brasil em posição de destaque entre os países de primeiro mundo, nos quais, nisto, encontra paralelo. Em relação ao ônus tributário que recai sobre as empresas, os tributos correspondem a



23% do PIB contra apenas 14% nos Estados Unidos. Tudo isso influencia decisivamente as empresas no momento do recolhimento de tributos, uma vez que não pagá-los representa uma vantagem de até 30% no preço final.<sup>1</sup>

A via da sonegação, então, tem sido o caminho escolhido pelas empresas como válvula de escape da alta tributação, todavia transforma a concorrência saudável numa disputa injusta e desleal, já que termina por afetar a competitividade daquelas que arcam com suas obrigações tributárias em dia. Como meio de evasão das obrigações fiscais, são utilizados, entre outros, fraudes, simulações e a ocultação de patrimônio, contrariando o Direito e desvirtuando a finalidade societária. Diante de tais condutas, o legislador estabeleceu hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios e administradores, prezando pela regular satisfação do crédito tributário.

O presente estudo objetiva analisar as possibilidades legais de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios e administradores de empresas como forma de garantir o cumprimento da obrigação tributária, diante da prática de atos ilícitos com consequência tributária. Saliente-se que, não obstante a alusão à empresa, os questionamentos e posicionamentos ora apresentados abrangem, certamente, as sociedades de natureza não empresarial.

O assunto focado apresenta relevância, haja vista não apenas a exigência de se privilegiar a regular satisfação do crédito tributário, porém, ainda mais, em face da necessidade de se enfatizar os contornos legais da responsabilização pessoal diante do descuido do Poder Judiciário em imputar, em algumas situações, de forma indevida, aos sócios e administradores, a responsabilidade pelos débitos da pessoa jurídica.

<sup>1</sup> LAHÓS, André: Uma luz sobre o Brasil das Sombras. *Revista Exame*. São Paulo: Abril, n. 11, jun. 2004. p. 20-29.

O tema suscita alguns problemas sobre os quais se discorrerá. Primeiramente, examinam-se as hipóteses legais de alcance do patrimônio pessoal dos sócios e administradores, com fundamento na Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, como ela encontra-se configurada no Novo Código Civil, em confronto com o ordenamento tributário.

Dando continuidade, analisam-se as disposições do Código Tributário Nacional que versam sobre a matéria ora discutida, verificando em que circunstâncias o legislador permitiu investidas sobre o patrimônio dos sócios, além do comprometimento dos bens societários.

Em seguida, parte-se para o estudo da responsabilidade pessoal do sócio e do administrador, tal qual disposta no Código Tributário Nacional. Perquire-se a quem poderá ser imputada tal responsabilidade, averiguando-se que condutas praticadas resultam no alcance do seu patrimônio pessoal. Discute-se, então, se a responsabilidade em questão surge, indiscriminadamente, diante do mero inadimplemento tributário e se ela se reveste de exclusividade.

A escassez de referência ao tema focado constituiu uma dificuldade no estudo ora proposto, todavia a pesquisa na jurisprudência colaborou para confirmar os entendimentos expostos, o que se percebe nas referências às decisões dos tribunais sobre a temática abordada. Saliente-se, ainda, a complexidade do assunto abordado, a qual, por si só, afastou qualquer pretensão de esgotamento da matéria no trabalho ora desenvolvido.

## 1 - A PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA: PROTEÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO

A temática da responsabilização dos sócios, diretores e gerentes por débitos tributários da pessoa jurídica intro-



duz no debate a discussão sobre dois pontos jurídicos de grande importância: a necessária cobertura do crédito tributário estatal, de um lado, e, do outro, a consagrada separação entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas que as integram e as dirigem.

Concebe-se a pessoa jurídica como uma realidade, não a realidade física, mas a realidade das instituições jurídicas, sendo dotada, no âmbito do direito, do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas.

Referindo-se às sociedades empresariais, Fábio Ulhoa Coelho afirma que sua personalização tem em três consequências:

1) titularidade negocial: a sociedade, ao realizar um negócio jurídico, assume um dos pólos da relação negocial, pois é uma pessoa jurídica, um sujeito de direito autônomo, personalizado. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico.

2) responsabilidade patrimonial: a sociedade terá patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio de cada um de seus sócios. Como sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir.

3) titularidade processual: a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual.<sup>2</sup>

É da pessoa jurídica, portanto, o ônus do cumprimento das obrigações por si assumidas, não havendo de se falar em responsabilidade das pessoas naturais que a integram ou a representam; não, ao menos, num primeiro momento. É bem verdade que, em determinados tipos societários, os sócios respondem ilimitadamente pelos haveres sociais. Toda-

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113/114.

via, é importante que se frise, a obrigação é sempre da pessoa jurídica, recaindo a responsabilidade, primeiramente, sobre si e, apenas, num segundo momento, quando seu patrimônio não mais suporte a satisfação do débito, é que se pode falar em responsabilidade dos sócios. Observe-se que o Código Civil (CC) estabelece a responsabilidade subsidiária dos sócios ao dispor no artigo 1.024 que "os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais".

A despeito da clássica distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a das pessoas físicas que a compõem, muitas vezes, a personificação da pessoa jurídica tem sido utilizada como objeto de fraudes que a desviam do objetivo para o qual o Direito a criou. Em algumas situações, verifica-se que a constituição de uma pessoa jurídica representa um mero artifício para alcançar fim diverso daquele a que sua formação se propunha. Em vista de tal abuso, foi elaborada, por construção jurisprudencial, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard of Legal Entity*), também denominada de Doutrina do Superamento da Personalidade Jurídica ou, ainda, *Lifting the Corporate Veil* (erguendo-se a cortina da pessoa jurídica com o intuito de verificar o real interesse na sua constituição). Visa tal teoria coibir os abusos verificados à personalidade da pessoa jurídica. Anota Rubens Requião que esta teoria foi, num primeiro momento, esboçada nas jurisprudências inglesa e norte-americana, pretendendo penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.<sup>3</sup>

No Brasil, o legislador, passou a dispor sobre o assunto. O Código de Defesa do Consumidor prevê hipótese ex-

<sup>3</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989. p. 283



duz no debate a discussão sobre dois pontos jurídicos de grande importância: a necessária cobertura do crédito tributário estatal, de um lado, e, do outro, a consagrada separação entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas que as integram e as dirigem.

Concebe-se a pessoa jurídica como uma realidade, não a realidade física, mas a realidade das instituições jurídicas, sendo dotada, no âmbito do direito, do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas.

Referindo-se às sociedades empresariais, Fábio Ulhoa Coelho afirma que sua personalização tem em três consequências:

1) titularidade negocial: a sociedade, ao realizar um negócio jurídico, assume um dos pólos da relação negocial, pois é uma pessoa jurídica, um sujeito de direito autônomo, personalizado. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico.

2) responsabilidade patrimonial: a sociedade terá patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio de cada um de seus sócios. Como sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir.

3) titularidade processual: a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual.<sup>2</sup>

É da pessoa jurídica, portanto, o ônus do cumprimento das obrigações por si assumidas, não havendo de se falar em responsabilidade das pessoas naturais que a integram ou a representam; não, ao menos, num primeiro momento. É bem verdade que, em determinados tipos societários, os sócios respondem ilimitadamente pelos haveres sociais. Toda-

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113/114.

via, é importante que se frise, a obrigação é sempre da pessoa jurídica, recaindo a responsabilidade, primeiramente, sobre si e, apenas, num segundo momento, quando seu patrimônio não mais suporte a satisfação do débito, é que se pode falar em responsabilidade dos sócios. Observe-se que o Código Civil (CC) estabelece a responsabilidade subsidiária dos sócios ao dispor no artigo 1.024 que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

A despeito da clássica distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a das pessoas físicas que a compõem, muitas vezes, a personificação da pessoa jurídica tem sido utilizada como objeto de fraudes que a desviam do objetivo para o qual o Direito a criou. Em algumas situações, verifica-se que a constituição de uma pessoa jurídica representa um mero artifício para alcançar fim diverso daquele a que sua formação se propunha. Em vista de tal abuso, foi elaborada, por construção jurisprudencial, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard of Legal Entity*), também denominada de Doutrina do Superamento da Personalidade Jurídica ou, ainda, *Lifting the Corporate Veil* (erguendo-se a cortina da pessoa jurídica com o intuito de verificar o real interesse na sua constituição). Visa tal teoria coibir os abusos verificados à personalidade da pessoa jurídica. Anota Rubens Requião que esta teoria foi, num primeiro momento, esboçada nas jurisprudências inglesa e norte-americana, pretendendo penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.<sup>3</sup>

No Brasil, o legislador, passou a dispor sobre o assunto. O Código de Defesa do Consumidor prevê hipótese ex-

<sup>3</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1989. p. 283



pressa de autorização para desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28). A Lei 9.605/98, semelhantemente, ao tratar da responsabilidade por danos ao meio ambiente, dispõe, em seu art. 4º, que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

O novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003, dispôs expressamente sobre a superação da personalidade da pessoa jurídica em seu artigo 50, segundo o qual "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Exigiu, pois, o novo diploma civil, para a penetração no patrimônio pessoal dos sócios ou administradores, que haja uma obrigação de cunho patrimonial, pré-existente, obrigação tal que não encontra satisfação nos bens da pessoa jurídica em razão do abuso da personalidade jurídica, diante do desvio de sua finalidade ou de confusão patrimonial. Atendidas tais condições, é mister salientar que a desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento no dispositivo legal descrito, deverá ser feita diante do caso concreto e apenas para o efeito de ataque aos bens particulares dos sócios e administradores. Percebe-se, assim, que, para os demais efeitos, a personalidade da pessoa jurídica permanecerá incólume.

Desse modo, de acordo com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito do sócio ou administrador de ver inatingível seus próprios bens em face das obrigações da sociedade não é mais um direito absoluto<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 258.

uma vez que, havendo fraude ou abuso de direito cometido por meio da personalidade jurídica que a sociedade representa, será permitida a desconsideração dessa personalidade, para que seus integrantes sejam responsabilizados pela prática daquele abuso.

Saliente-se, ainda, que, paralelamente ao art. 50, alguns dispositivos do próprio Código Civil autorizam o redirecionamento da responsabilidade por débitos para a pessoa dos administradores. O art. 1.016 estabelece que *os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções*.<sup>5</sup> No que tange aos sócios, o art. 1.080 determina que *as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovam*.

Essa mitigação da limitação da responsabilidade dos sócios e administradores tem levado muitos a recorrerem aos seguros de responsabilidade civil, chamados de D&O (Directors and Officers), na tentativa de abrandar eventuais perdas econômicas, no caso da prática de atos que resultem no comprometimento de seus bens pessoais. Em muitos casos, tais seguros já fazem parte da política de contratação das empresas, arcando a sociedade com seus custos.

## 2 - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Cumpra, neste momento, analisar a possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade

<sup>5</sup> O art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6404/76, já trazia disposição semelhante: "o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto."



Jurídica no campo tributário. Perquire-se se tal teoria, como formulada no artigo 50 do Código Civil, pode ser aplicada em se tratando de obrigação tributária.

Pode-se argumentar que a Constituição Federal, ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, exigiu a categoria de lei complementar para o trato de normas gerais em matéria tributária, ato normativo este distinto do Código Civil, lei ordinária. Ademais, o Código Civil tem natureza de norma genérica, não se aplicando à matéria tributária, de cunho específico. Diante de tal ilação, poder-se-ia afirmar que a regra estabelecida no art. 50 do Código Civil não seria empregada em se tratando de obrigação de cunho tributário.

Todavia, a discussão sobre a aplicação ou não do artigo 50 do Código Civil à matéria tributária perde sua razão de ser, na medida em que se reconhece que o Código Tributário Nacional (CTN) já possui disposições específicas que autorizam, em determinadas situações, a agressão ao patrimônio particular do sócio/administrador, caindo por terra a problemática levantada. Sem que se socorram da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, os artigos 134 e 135 do CTN, a seguir tratados, já disciplinam suficientemente a matéria.

As normas do Código Tributário Nacional preveem a responsabilidade do sócio, que responderá pessoal ou subsidiariamente, não se confundindo tal normativa com a desconsideração da pessoa jurídica, já que seus pressupostos são diversos. Nesta segunda hipótese (desconsideração da personalidade jurídica), o abuso protegido pelo princípio da separação patrimonial é contestado, pois, se o patrimônio da sociedade, que também responde pela dívida no caso, não é suficiente para satisfazer os credores, desconsidera-se a sua personalidade, para considerar o ato abusivo da personalidade jurídica como ato do sócio ou do administrador, ficando este, a partir de então, respon-

sável pelo cumprimento da obrigação com o seu patrimônio pessoal.

Na primeira hipótese, art. 134 e 135 do CTN, a pessoa jurídica não é “desconsiderada”, permanecendo intactas suas características (personalidade e patrimônio próprios), todavia a lei prescreve que, dadas determinadas situações expressas, que não necessariamente refletem abuso da personalidade jurídica, a responsabilidade pela satisfação do crédito tributário será imputada aos sócios. Como esclareceu Fábio Ulhoa Coelho, não se pode confundir responsabilidade legal expressa dos sócios por obrigações da sociedade com a desconsideração da pessoa jurídica que não se baseia em responsabilidade específica predefinida em lei.<sup>6</sup>

Em vista das considerações ora tecidas, convém, antes de explanar sobre as referidas disposições do CTN, analisar a configuração, no código, da responsabilidade dos terceiros que passam a figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

### 3 - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CTN

Consoante o Código Tributário Nacional, o sujeito passivo da obrigação tributária é posto como gênero, abrangendo duas espécies: o contribuinte e o responsável. Com efeito, nas palavras do Código, o sujeito passivo apresenta-se como contribuinte “quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” (art. 121, parágrafo único, I).

Deixando de lado o contribuinte, será enfatizada, adiante, a figura do responsável na obrigação tributária. Alerte-

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Devido Processo Legal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3, São Paulo, IOB, jan, p. 48-3, 2000.



Jurídica no campo tributário. Perquire-se se tal teoria, como formulada no artigo 50 do Código Civil, pode ser aplicada em se tratando de obrigação tributária.

Pode-se argumentar que a Constituição Federal, ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, exigiu a categoria de lei complementar para o trato de normas gerais em matéria tributária, ato normativo este distinto do Código Civil, lei ordinária. Ademais, o Código Civil tem natureza de norma genérica, não se aplicando à matéria tributária, de cunho específico. Diante de tal ilação, poder-se-ia afirmar que a regra estabelecida no art. 50 do Código Civil não seria empregada em se tratando de obrigação de cunho tributário.

Todavia, a discussão sobre a aplicação ou não do artigo 50 do Código Civil à matéria tributária perde sua razão de ser, na medida em que se reconhece que o Código Tributário Nacional (CTN) já possui disposições específicas que autorizam, em determinadas situações, a agressão ao patrimônio particular do sócio/administrador, caindo por terra a problemática levantada. Sem que se socorram da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, os artigos 134 e 135 do CTN, a seguir tratados, já disciplinam suficientemente a matéria.

As normas do Código Tributário Nacional preestabelecem a responsabilidade do sócio, que responderá pessoal ou subsidiariamente, não se confundindo tal normativa com a desconsideração da pessoa jurídica, já que seus pressupostos são diversos. Nesta segunda hipótese (desconsideração da personalidade jurídica), o abuso protegido pelo princípio da separação patrimonial é contestado, pois, se o patrimônio da sociedade, que também responde pela dívida no caso, não é suficiente para satisfazer os credores, desconsidera-se a sua personalidade, para considerar o ato abusivo da personalidade jurídica como ato do sócio ou do administrador, ficando este, a partir de então, respon-

sável pelo cumprimento da obrigação com o seu patrimônio pessoal.

Na primeira hipótese, art. 134 e 135 do CTN, a pessoa jurídica não é “desconsiderada”, permanecendo intactas suas características (personalidade e patrimônio próprios), todavia a lei prescreve que, dadas determinadas situações expressas, que não necessariamente refletem abuso da personalidade jurídica, a responsabilidade pela satisfação do crédito tributário será imputada aos sócios. Como esclareceu Fábio Ulhoa Coelho, não se pode confundir responsabilidade legal expressa dos sócios por obrigações da sociedade com a desconsideração da pessoa jurídica que não se baseia em responsabilidade específica predefinida em lei.<sup>6</sup>

Em vista das considerações ora tecidas, convém, antes de explanar sobre as referidas disposições do CTN, analisar a configuração, no código, da responsabilidade dos terceiros que passam a figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

### 3 – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CTN

Consoante o Código Tributário Nacional, o sujeito passivo da obrigação tributária é posto como gênero, abrangendo duas espécies: o contribuinte e o responsável. Com efeito, nas palavras do Código, o sujeito passivo apresenta-se como contribuinte “quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” (art. 121, parágrafo único, I).

Deixando de lado o contribuinte, será enfatizada, adiante, a figura do responsável na obrigação tributária. Alerte-

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Devido Processo Legal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3, São Paulo, IOB, jan, p. 48-3, 2000.



se, primeiramente, que o conceito legal de responsável afi-gura-se tecnicamente pobre e nada esclarecedor. Dispõe o art. 121, parágrafo único, II, que o sujeito passivo será responsável "quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

De início, percebe-se que a noção contida no dispositivo (no sentido de que o responsável há de ser obrigado por expressa disposição legal) é desnecessária, já que o contribuinte, também, obrigatoriamente, precisa conter-se na lei, por força do artigo 97 do CTN, que proclama o princípio constitucional da legalidade ao dispor que somente a lei poderá definir o sujeito passivo da obrigação principal.

O responsável apresenta-se, na relação jurídico-tributária, como um *terceiro*, que não participa do binômio fisco-contribuinte. Ao contrário do contribuinte, o responsável não participa pessoalmente (e naturalmente) do acontecimento fático que representa a materialidade do fato gerador. O terceiro é eleito, pela lei, para figurar no pólo passivo da obrigação tributária por razões de conveniência e oportunidade. É bem verdade que a responsabilidade em comento não deve recair sobre qualquer terceiro. O próprio CTN, mais adiante, no art. 128, exige que a lei, ao eleger o responsável, atente para a existência de vínculo entre o terceiro escolhido e o fato gerador. Para que o terceiro assuma tal posição na obrigação tributária, é necessário que exista um liame entre o mesmo e o fato gerador, vínculo este que o permita, inclusive, "fornar-se" do ônus econômico que arcará ao recolher o tributo ou que o possibilite agir no sentido de evitar tal gravame ou, ainda, o permita diligenciar no sentido de que o tributo seja recolhido à conta do indivíduo que seria eleito como contribuinte. Desse modo, o ônus tributário não pode ser deslocado arbitrariamente pela lei para qualquer pessoa.

Fixados os pressupostos da sujeição passiva do responsável, há de se analisar o tratamento que lhe conferiu o CTN.

Após conceituar as figuras do contribuinte e do responsável, em seu Capítulo IV, Título II, Livro Segundo, o CTN introduz o Capítulo V denominado "Responsabilidade Tributária". Prevê, inicialmente, a possibilidade da lei estabelecer outras situações, além das que adiante especifica, em que um terceiro, vinculado ao fato gerador, seja eleito como responsável (art. 128). Dando continuidade, o CTN abre uma seção intitulada "Responsabilidade dos Sucessores" (arts. 129 a 133) e, somente, depois, reserva, para algumas situações, o título de "Responsabilidade de Terceiros" (arts. 134 e 135). Não atentou o legislador, no entanto, para o fato de que, no caso de responsabilidade dos sucessores, há, também, a figura do terceiro que passa a figurar como sujeito passivo da obrigação tributária em lugar daquele que "naturalmente" seria o contribuinte. Advirta-se, ainda, que o legislador estabeleceu no capítulo anterior (Capítulo IV) as hipóteses de solidariedade da obrigação tributária, sem, contudo, se dar conta que, do mesmo modo, aqui, o sujeito passivo, também, poderá ser um terceiro.

Já foi suficientemente demonstrado que o responsável será sempre um terceiro (alguém situado fora do binômio fisco-contribuinte). Em sentido contrário, havendo o posicionamento de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, tratar-se-á, sempre, de responsável tributário.

Preterindo-se os casos de solidariedade e de responsabilidade por sucessão, tratar-se-á adiante das hipóteses que o CTN denominou de responsabilidade de terceiros, precisamente a responsabilidade dos sócios e administradores de pessoas jurídicas, configurada nos arts. 134 e 135 do CTN.

#### 4 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS

Estabelece o CTN no artigo 134 e seu inciso VII:

"Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do



cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

...

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”.

Antes de adentrar no cerne da discussão sobre a responsabilização do sócio, convém, de início, esclarecer um equívoco do legislador. Em tal dispositivo legal, o Código Tributário rotula como responsabilidade *solidária* os casos que especifica, todavia estabelece que tal responsabilidade apenas se configuraria na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Trata-se, na verdade, de responsabilidade *subsidiária*, de acordo com o que o próprio Código estipula em seu enunciado.<sup>7</sup> Desse modo, não há de se falar em responsabilidade *solidária* nas situações arroladas no artigo 134. A responsabilidade, com fundamento no referido dispositivo, apenas surge em não sendo possível o adimplemento da obrigação tributária pelo contribuinte. Antes de atendida tal condição, não cabe ao credor exequente optar, aleatoriamente, entre dirigir a execução contra o contribuinte ou contra os responsáveis apontados no art. 134.

Ademais, a problemática que levanta a disposição legal transcrita, diz respeito à definição do que vem a ser sociedade de pessoas em oposição à sociedade de capital para o fim de responsabilização do sócio. As sociedades de pessoas são aquelas em que a pessoa do sócio tem papel preponderante, ficando sua existência subordinada à pessoa dos sócios. Por sua vez, nas sociedades de capital, a importância principal não está na pessoa dos sócios, mas sim, no capital da sociedade.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 309.

<sup>8</sup> MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 161.

A doutrina preconizada por Aliomar Baleeiro entende que sociedades de pessoas, no artigo 134 do CTN, são as em nome coletivo e outras, que não se enquadram nas categorias de sociedade anônima ou de cotas de responsabilidade limitada<sup>9</sup>, opinião tal corroborada por decisão recente do STJ que entendeu que as sociedades limitadas não são sociedades de pessoas e, por isso, o inciso VII do artigo 134 do CTN não pode ser invocado para a responsabilização de seus sócios gerentes.<sup>10</sup>

Verifica-se, neste diapasão, que, apenas em se tratando de sociedades cujos sócios possuem responsabilidade limitada pelos haveres sociais, é que se há de falar em responsabilidade tributária subsidiária. Para tanto, faz-se necessário investigar os limites da responsabilidade do sócio como configurados na legislação societária.

Interessante perceber, ainda, que, de acordo com a legislação aplicável às sociedades, em regra, os sócios, nas sociedades de pessoas, já respondem ilimitadamente e subsidiariamente pelos haveres da sociedade, independentemente da natureza dos débitos, não restringindo, a lei, o caráter das dívidas. Assim, pouco interessa saber se a responsabilidade do sócio originou-se ou não em atos (omissivos ou comissivos) por ele praticados, embora a redação do art. 134, *caput*, aluda a “atos em que intervierem” e “omissões de que forem responsáveis”. À luz de uma interpretação sistemática entre a legislação societária e o CTN, os sócios das sociedades de pessoas, independentemente de sua conduta, respondem, subsidiariamente, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da sociedade.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 434.

<sup>10</sup> STJ, 2ª Turma, EDcl.no REsp. nº 109143/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 14.12.04.

<sup>11</sup> Saliente-se que o Código Civil excetua os sócios comanditários na Sociedade em Comandita Simples que respondem apenas pelo valor de sua quota (art. 1.045).



No que tange aos débitos tributários para com a Seguridade Social, o entendimento jurisprudencial vai mais além.<sup>12</sup> Ao disciplinar a organização da Seguridade Social e dos Planos de Benefícios da Previdência Social, a Lei 8.620/93, que alterou as leis 8.212 e 8.213, de 1991, estabeleceu, em seu artigo 13, a responsabilidade dos sócios pelos débitos da Seguridade Social, incluindo os sócios das sociedades de responsabilidade limitada. Eis a redação do referido dispositivo:

“Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.”

A jurisprudência entende que, nos casos de débitos junto à Seguridade Social, a responsabilidade atribuída pelo citado dispositivo ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124 do CTN, o qual definiu, em seu inciso II, como hipótese de responsabilidade solidária, a das pessoas expressamente designadas por lei, a saber:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - (omissis);

II - as pessoas expressamente designadas por lei.”

Assim, conforme o entendimento jurisprudencial, a perda da limitação da responsabilidade de todo e qualquer sócio, inclusive o cotista, é imposta por determinação legal. Não se pode esquecer, contudo, que o próprio CTN, como já observado anteriormente, prescreve, no artigo 128, que o legislador, ao eleger o responsável pela obrigação tributária, atente para a existência de vínculo entre o terceiro escolhido e o fato gerador. Não permite tal dispositivo legal que a escolha do responsável pela obrigação tributária se faça aleatoriamente.

<sup>12</sup> Ver STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp Nº 410.080 / PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.03.2004. STJ, 1ª Turma, Resp. 611396/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 01.06.04.

Desse modo, apresenta-se temerária a interpretação isolada do art. 124, como quer a jurisprudência, sem cotejo com o art. 128 do CTN. Fora das hipóteses expressamente tratadas pelo CTN (como no caso de art. 134, VII, e art. 135, adiante comentado), não há como se responsabilizar o sócio de uma sociedade limitada se não se vê configurado entre ele e o fato gerador um liame que justifique o surgimento da sua responsabilidade. Tal vínculo restaria caracterizado se, ao sócio quotista, fosse conferida a oportunidade de agir no sentido de evitar legalmente o gravame tributário ou pudesse diligenciar no sentido de que o tributo fosse recolhido regularmente à conta do indivíduo que seria, em princípio, eleito como contribuinte, caso contrário, apenas continuará respondendo pelo valor de sua quota.

Diversamente, na sociedade de pessoas, de acordo com a própria natureza da sociedade, os sócios já respondem ilimitadamente pelas dívidas da sociedade, independentemente de terem ou não poder de impedir a ocorrência do fato gerador ou de velar pelo regular recolhimento dos tributos.

## 5 - RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES E GERENTES

O artigo 135 do Código Tributário Nacional introduz a responsabilidade tributária, de modo pessoal, na esfera jurídica do responsável, afastando a responsabilidade do contribuinte. Conforme a referida disposição, uma terceira pessoa, que não aquela que estaria em relação pessoal e direta com o fato gerador, estará obrigada ao cumprimento da obrigação tributária. Tal responsabilidade se configura, de acordo com a lei, quando tais terceiros, no desempenho de suas funções vinculadas aos supostos contribuintes, praticarem atos evadidos de excesso de poder, ofendendo a lei ou o contrato social ou estatutos.



Dispõe o art. 135:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Note-se, primeiramente, que, embora o art. 135, *caput*, dê a entender a existência de uma dupla possibilidade de surgimento da responsabilidade pessoal, já que aduz a uma suposta hipótese de ato praticado com “excesso de poderes” “ou” “infração de lei, contrato social ou estatutos”, invoca-se para o dispositivo legal uma interpretação coerente. *Excesso de poder*, por uma questão de lógica, só poderá existir na medida em que haja a exata delimitação deste poder, seja na lei ou nos contratos e estatutos sociais. Desse modo, o *excesso de poder* das pessoas referidas no art. 135 é aquele que decorre tanto de atos praticados com infração de lei como daqueles que importem em infração às normas próprias da sociedade.

O artigo 134, inciso VII, do CTN, já comentado, regula a responsabilidade subsidiária específica dos sócios na liquidação de sociedade de pessoas. O art. 135, acima transcrito, por sua vez, em seu inciso I, impõe que as pessoas referidas no artigo anterior, art. 134 (entre elas os sócios de sociedades de pessoas), tenham sua responsabilidade agravada quando praticarem atos com excesso de poderes, vez que, neste caso, excluí-se da responsabilidade a subsidiariedade, passando os sócios a responderem pessoalmente pelas dívidas. O referido dispositivo parece pretender que, havendo infração à lei ou às normas societárias, somente os sócios que praticarem tais atos assumirão pessoalmente a responsabilidade, não se responsabilizando pessoalmente os demais, ainda que sua responsabilidade seja ilimitada.

O inciso III do art. 135 fixa a responsabilidade de todos os que são nomeados pelas sociedades para em seu nome exercer direitos ou contrair obrigações, sejam sócios ou terceiros estranhos ao quadro societário. O referido dispositivo suscita alguns questionamentos, os quais serão ora enfrentados, ainda que sem a intenção de esgotar a discussão sobre a matéria, já que a doutrina e a própria jurisprudência encontram-se vacilantes. Tais são os problemas:

1) em primeiro lugar, cumpre verificar se o art. 135 pode alcançar um sócio indiscriminadamente e independentemente de sua atuação na sociedade;

2) em seguida, perquire-se quais atos praticados pelos administradores, sócios ou não, poderão gerar sua responsabilidade;

3) definidos os atos aludidos no item anterior, indaga-se se o mero inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica é causa bastante para a responsabilização do administrador;

4) por fim, deve-se investigar se, uma vez responsabilizado pessoalmente o administrador, a pessoa jurídica teria, no caso, sua responsabilidade excluída.

Quanto ao primeiro dos questionamentos acima arrolados, sobre a que espécie de sócios poderá ser atribuída a responsabilidade pessoal, deve-se observar que, para a configuração da responsabilidade tributária, tal qual prevista no art. 135 do CTN, exige-se que as obrigações tributárias surjam de atos praticados por quem administra a sociedade. Esta é a exegese que se constrói da leitura do inciso III do referido artigo que se refere a *diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*, ou seja, aos administradores da sociedade. Cumpre, então, comentar sobre a figura do administrador.

A Lei 4.769/65, em seu art. 2º, ao dispor sobre o profissional administrador, estabelece que atividades constituem objeto da profissão de administrador:



"Art. 2º - A atividade profissional de Administrador será exercida como profissão liberal ou não, mediante:

a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controles dos trabalhos nos campos da Administração, como Administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos."

Todavia, o sentido que quer emprestar o CTN, na medida em que se refere a *diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*, é o de que o responsável pela obrigação tributária é aquele que pratica atos de gestão, possuindo poder de decisão sobre a gerência administrativa da pessoa jurídica. A ele é atribuído o comando financeiro e comercial da pessoa jurídica, tendo, ainda, o poder de decidir sobre o recolhimento de tributos. Portanto, para fins de imputação da responsabilidade pessoal, não se pode considerar administrador o mero diretor de departamento técnico que sequer opina sobre questões financeiras.<sup>13</sup>

Desse modo, quanto aos sócios, a responsabilidade pessoal apenas pode ser imputada ao sócio administrador. Se o sócio não é diretor, nem gerente e sequer pratica atos de gestão, não terá responsabilidade pelos atos da empresa (MACHADO, 2000).<sup>14</sup> Ensina Vittorio Cassone que não será correto penalizar os demais sócios (em Limitada) ou acionis-

<sup>13</sup> Ver decisão do TRF 4ª Região que excluiu da relação tributária sócio unicamente responsável por departamento técnico da empresa. (TRF 4ª Região, 1ª Turma, AC 91.04.03029-PR, Rel. Juiz Volkner de Castilho, DJU de 15.01.97)

<sup>14</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 122.

tas (em Sociedade Anônima), por ato doloso e ilegal cometido por outrem - que deve, por isso, responder pessoalmente pelos excessos não autorizados.<sup>15</sup> A jurisprudência, inclusive, confirmando tal entendimento, já decidiu que a responsabilidade pela prática de atos contrários à lei ou com excesso de mandato não se expande aos meros quotistas da sociedade limitada, induzindo responsabilidade apenas de quem tenha administrado a sociedade.<sup>16</sup>

Nesse contexto, não há que se falar em responsabilidade tributária pessoal de ex-sócio. A responsabilidade do sócio-gerente ou do administrador, a título de infração à lei, somente se verificará no tocante aos atos por eles praticados durante sua gestão, não respondendo, os demais sócios, pelos atos praticados por outros administradores, o que leva ao entendimento lógico de que as dívidas anteriores (ou posteriores) à permanência do sócio na administração da sociedade não podem atingi-lo.

Argumente-se, ainda, no sentido de que, do ponto de vista lógico da relação jurídico-tributária, não há o liame necessário entre o ex-sócio e os fatos geradores dos períodos anteriores ou posteriores a sua permanência na empresa.<sup>17</sup>

Em relação ao segundo questionamento, para se precisar quais atos praticados poderão gerar a responsabilidade pessoal do administrador, sócio ou não, deve-se reconhecer que o artigo 135 retromencionado fixa a responsabilidade

<sup>15</sup> CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 158.

<sup>16</sup> Ver STJ, 2ª Turma, Resp 33526/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.05.96; STJ, 1ª Turma, Resp 27234/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15.12.93.

<sup>17</sup> A jurisprudência corrobora o entendimento referido. Ver STJ, 1ª Seção, AgRg no EREsp. 109639/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 06.12.99.; STJ, 1ª Turma, AgRg no Resp 637247/AL, Rel. Min. José Delgado, j. 21.10.04; STJ, 1ª Turma, EDcl no AG 603226/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 21.11.04.



peçoal das pessoas a que refere quando da realização de atos que extrapolam as suas atribuições definidas nos atos constitutivos das sociedades ou nas leis, atos estes denominados de atos *ultra vires*.

Por outro lado, o comando legal do artigo 135 não esclarece qual a lei infringida que autoriza as conseqüências nele previstas, do que se poderia pressupor sejam as leis tributárias e aquelas que regem a sociedade, sua constituição e funcionamento. Todavia, este não é o entendimento consentâneo com o ordenamento jurídico.

Os administradores de sociedades, além dos deveres prescritos no contrato social ou estatutos, possuem, também, deveres legais, os quais encontram-se expressos e implícitos na legislação civil e comercial, deveres tais que exigem que o administrador aja dentro de padrões diligentes e éticos sociais. Observe-se, por exemplo, o art. 1.011 do Código Civil que exige do administrador prudência, integridade, retidão, honestidade, enfim probidade, ao desempenhar suas funções.

“Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

O art. 153, da Lei 6.404/76, já se referia a tais deveres, chamando-os de deveres de diligência, acrescentando, ainda, no art. 155, deveres de lealdade.

Conclui-se que “infração à lei” no art. 135 do CTN tem relação com as normas societárias que regem o exercício da gerência, significando ofensa às normas que dizem respeito às funções dos administradores da sociedade, normas estas que estabelecem um *fazer* ou um *deixar de fazer*, cuja inobservância poderá, porventura, acarretar conseqüências no campo tributário. Pode ser que, como resultado de tais condutas, resulte, direta ou indiretamente, o nascimen-

to da obrigação tributária, ficando, então, por força do art. 135, os administradores responsáveis pelo pagamento dos tributos correspondentes. Neste sentido, Misabel Derzi aduz que a lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não a lei tributária, agindo os administradores contra os interesses da empresa contribuinte.<sup>18</sup>

Semelhantemente, ocorre no Direito argentino. A Lei 11.683, em seu artigo 18, estabelece a responsabilidade pessoal e patrimonial dos administradores, entendendo a doutrina argentina, do mesmo modo, que tal responsabilidade está condicionada ao descumprimento de seus deveres impositivos.<sup>19</sup>

Neste contexto, uma questão intrigante que se põe, relativa à exegese do artigo 135, diz respeito à discussão se o mero não-pagamento de um tributo por uma sociedade contribuinte já vincularia, por si só, seu administrador, partindo-se da premissa que, *a priori*, não pagar tributo, no tempo e no modo legais, representa uma conduta contrária à lei. A problemática que envolve tal questionamento apresenta relevância, motivo pelo qual reserva-se, no presente estudo, um item específico para o trato da matéria.

## 6 - RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DIANTE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre o alcance da responsabilidade tributária dos administradores das sociedades, sempre tendeu no sentido da responsabilidade objetiva de tais agentes diante do não pagamento

<sup>18</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 756.

<sup>19</sup> JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributário*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 389.



de tributos pela sociedade contribuinte. Sendo assim, o mero não recolhimento do tributo implicaria a "infração de lei" a que se refere o art. 135 do Código Tributário Nacional, cuja conseqüência seria a responsabilidade pessoal. Observe-se a seguinte decisão:

"O não recolhimento de tributo pela pessoa jurídica constitui infração à lei, o que enseja responsabilidade dos sócios-gerentes." (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 211.842/MG, Rel. Garcia Vieira, julgado em 06.09.99).<sup>20</sup>

Ainda que se acolha a tese de que o mero não recolhimento de tributos importa em infração à lei, deve-se admitir que tal ilícito foi praticado pela pessoa jurídica, sendo de sua responsabilidade, privilegiando-se, assim, a distinção entre sua personalidade e a de seus agentes. Imputar a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação tributária, em seu tempo, ao administrador, sócio ou não, resultaria em desprezo à distinção arcaica, clássica, entre pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõem e a dirigem preconizada pela doutrina.<sup>21</sup>

A responsabilidade apenas pode ser imputada pessoalmente ao administrador quando o inadimplemento da obrigação tributária decorrer de ato deste, praticado com excesso de poderes. O excesso de poder a que se alude restará configurado, de modo a ensejar a responsabilidade pessoal do administrador, por exemplo, quando o inadimplemento vier acompanhado da prática de atos fraudulentos praticados pelo administrador como esconder receitas, manipular documentos, forjar despesas, escamotear rendimentos, auferir caixa dois,

<sup>20</sup> Verifique-se, ainda, os seguintes julgados: STJ, 1ª Turma, REsp. nº 203.878/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.05.99; STJ, 2ª Turma, REsp. nº 7303, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 01.06.92.

<sup>21</sup> ROCHA, João Luiz Coelho. Responsabilidade de diretores, sócios, gerentes e controladores por débitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: n. 28, 1998. p. 40.

atos estes que, antes de representarem infração à lei tributária, importam em descumprimento de normas funcionais.

O artigo 135, III, do CTN deve ser interpretado no sentido de imputar ao administrador a responsabilidade pelas obrigações tributárias da sociedade somente em caso de infração aos deveres inerentes às suas funções, mas não no de mero inadimplemento obrigacional.

Não se poderia, assim, responsabilizar o administrador quando deixe de recolher tributo, devido pela sociedade, não por vontade própria, mas por dificuldade em que a mesma se encontra, tendo agido o gestor com toda diligência e ética social a que se obriga pela lei e pelas normas societárias.

Com efeito, caso o mero não pagamento de um tributo ensejasse a responsabilidade pessoal do administrador, o não pagamento de uma nota promissória no vencimento também o seria. Também o seria o atraso no pagamento da folha de salários, por violar a CLT. Do mesmo modo, a venda de um equipamento defeituoso, por conflitar com o Código de Defesa do Consumidor. O administrador, sócio ou não, seria, enfim, responsável pessoal e ilimitadamente pelo cumprimento de todo e qualquer dever jurídico da sociedade, já que todo ato não cumpridor de ditames legais ou obrigacionais é infrator à lei, caso se leve em conta o princípio genérico que determina o cumprimento das obrigações. Não haveria, assim, nenhum caso em que a sua responsabilidade se configuraria limitada, restando inócuo o tipo societário escolhido.

Saliente-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça tem afastado, em decisões recentes, a posição tomada, na decisão acima transcrita, entendendo que o simples inadimplemento tributário não constitui infração à lei para fins de responsabilização dos sócios-gerentes.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> STJ, 2ª Turma, Resp 335404/SE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 17.05.05; STJ, 1ª Turma, EDcl no Ag 603226/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.11.2004. STJ, 1ª Seção, EResp 260107, Rel. Min. José Delgado, j. 10.03.04.



de tributos pela sociedade contribuinte. Sendo assim, o mero não recolhimento do tributo implicaria a "infração de lei" a que se refere o art. 135 do Código Tributário Nacional, cuja conseqüência seria a responsabilidade pessoal. Observe-se a seguinte decisão:

"O não recolhimento de tributo pela pessoa jurídica constitui infração à lei, o que enseja responsabilidade dos sócios-gerentes." (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 211.842/MG, Rel. Garcia Vieira, julgado em 06.09.99).<sup>20</sup>

Ainda que se acolha a tese de que o mero não recolhimento de tributos importa em infração à lei, deve-se admitir que tal ilícito foi praticado pela pessoa jurídica, sendo de sua responsabilidade, privilegiando-se, assim, a distinção entre sua personalidade e a de seus agentes. Imputar a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação tributária, em seu tempo, ao administrador, sócio ou não, resultaria em desprezo à distinção arcaica, clássica, entre pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõem e a dirigem preconizada pela doutrina.<sup>21</sup>

A responsabilidade apenas pode ser imputada pessoalmente ao administrador quando o inadimplemento da obrigação tributária decorrer de ato deste, praticado com excesso de poderes. O excesso de poder a que se alude restará configurado, de modo a ensejar a responsabilidade pessoal do administrador, por exemplo, quando o inadimplemento vier acompanhado da prática de atos fraudulentos praticados pelo administrador como esconder receitas, manipular documentos, forjar despesas, escamotear rendimentos, auferir caixa dois,

<sup>20</sup> Verifique-se, ainda, os seguintes julgados: STJ, 1ª Turma, REsp. nº 203.878/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.05.99; STJ, 2ª Turma, REsp. nº 7303, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 01.06.92.

<sup>21</sup> ROCHA, João Luiz Coelho. Responsabilidade de diretores, sócios, gerentes e controladores por débitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: n. 28, 1998. p. 40.

atos estes que, antes de representarem infração à lei tributária, importam em descumprimento de normas funcionais.

O artigo 135, III, do CTN deve ser interpretado no sentido de imputar ao administrador a responsabilidade pelas obrigações tributárias da sociedade somente em caso de infração aos deveres inerentes às suas funções, mas não no de mero inadimplemento obrigacional.

Não se poderia, assim, responsabilizar o administrador quando deixe de recolher tributo, devido pela sociedade, não por vontade própria, mas por dificuldade em que a mesma se encontra, tendo agido o gestor com toda diligência e ética-social a que se obriga pela lei e pelas normas societárias.

Com efeito, caso o mero não pagamento de um tributo ensejasse a responsabilidade pessoal do administrador, o não pagamento de uma nota promissória no vencimento também o seria. Também o seria o atraso no pagamento da folha de salários, por violar a CLT. Do mesmo modo, a venda de um equipamento defeituoso, por conflitar com o Código de Defesa do Consumidor. O administrador, sócio ou não, seria, enfim, responsável pessoal e ilimitadamente pelo cumprimento de todo e qualquer dever jurídico da sociedade, já que todo ato não cumpridor de ditames legais ou obrigacionais é infrator à lei, caso se leve em conta o princípio genérico que determina o cumprimento das obrigações. Não haveria, assim, nenhum caso em que a sua responsabilidade se configuraria limitada, restando inócuo o tipo societário escolhido.

Saliente-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça tem afastado, em decisões recentes, a posição tomada, na decisão acima transcrita, entendendo que o simples inadimplemento tributário não constitui infração à lei para fins de responsabilização dos sócios-gerentes.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> STJ, 2ª Turma, Resp 335404/SE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 17.05.05; STJ, 1ª Turma, EDel no Ag 603226/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.11.2004. STJ, 1ª Seção, EResp 260107, Rel. Min. José Delgado, j. 10.03.04.



Por outro lado, há de se demonstrar que o administrador agiu dolosamente para a violação da lei ou estatutos em prejuízo da sociedade. Portanto, dolo, ou culpa grave, que configuram improbidade gerencial, são elementos necessários para tipificar a conduta legal a responder pessoalmente pelos débitos para com o fisco, no caso do art. 135. Na configuração das circunstâncias fáticas que circundam o ilícito, torna-se indispensável a presença do elemento subjetivo, pois a simples falta de recolhimento do tributo, quando não dolosa, por si só não deve ser entendida como infração à lei. A infração a que se refere o art. 135, evidentemente, não é objetiva, ao contrário, requer a análise do elemento subjetivo dolo ou culpa.

O Supremo Tribunal Federal parece corroborar o entendimento exposto, exigindo como pré-requisito, para a responsabilização pessoal dos sócios, infração legal ou estatutária decorrente de dolo ou culpa, conforme decisão abaixo transcrita:

*“Responsabilidade tributária – Sociedade por quotas – Inexistência de conduta dolosa ou culposa. O sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato.”*(STF, 1ª Turma, RE 108.728/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 14.11.91)<sup>23</sup>

À luz do entendimento transcrito, o administrador ou sócio-gerente somente se tornarão responsáveis pelo débito em atraso caso tenham agido de forma dolosa ou culposa, devendo ser feita a prova de que agiram com excesso de poderes, ou violação do contrato social ou estatutos.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> No mesmo sentido, STF, 1ª Turma, RE 95023/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 06.10.81.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, tem decidido o STJ. Ver STJ, 1ª Turma, AgRg no Resp 638326/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 28.09.04

A tendência de entender configurada a responsabilidade pessoal do administrador, levando-se em consideração o elemento subjetivo, tem sido considerada também pela doutrina espanhola, segundo a qual a responsabilidade subsidiária do administrador das pessoas jurídicas pela dívida tributária nas infrações graves, conforme o art. 40, parágrafo 1, da Lei Geral Tributária espanhola, tem como pressuposto uma conduta culposa.<sup>25</sup>

Entretanto, o Código Tributário Nacional, de seu lado, não corrobora a posição ora defendida e ratificada pela jurisprudência. Além de não se referir, no *caput* do art. 135 a dolo ou culpa, o CTN, no art. 136, prescreve que *“a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável”*. Em nosso país, o legislador acolheu, sem restrições, na forma do art. 136 do CTN, o critério da responsabilidade objetiva para a configuração do ilícito fiscal.

Fixados os contornos da conduta infratora que dá origem à responsabilidade pessoal, faz-se pertinente agora analisar a possibilidade de imputação, também, à pessoa jurídica, da responsabilidade por ato do seu administrador infrator.

## 7 - RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DO ADMINISTRADOR INFRATOR

Embora não se configure, no art. 135 do CTN, o caráter subsidiário da responsabilidade, como ocorre no art. 134, discute-se se a pessoa jurídica, na hipótese de conduta desviada do seu administrador, poderia responder pelo débito tributário, por não haver perdido sua natureza de contribuinte.

<sup>25</sup> LARA, Sonsoles Mazonra Manrique de. *Los responsables tributários*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 111.



Há quem entenda que a responsabilidade, como delineada no artigo 135 do CTN, revela um caso de substituição passiva. A substituição tributária restaria configurada porque o referido dispositivo, ao dispor que os representantes respondem pessoalmente pelos atos praticados de forma ilícita em nome dos representados, estaria atribuindo responsabilidade exclusiva àqueles. Em resumo, responder pessoalmente equivaleria a responder exclusivamente. Desse modo, segundo tal entendimento, a responsabilidade como estabelecida no art. 135 é pessoal, plena e exclusiva das pessoas referidas em seus três incisos. A estes é, pois, transferida integralmente a responsabilidade, podendo-se afirmar, inclusive, que a pessoa jurídica representada estará liberada de qualquer responsabilidade.<sup>26</sup>

Baleeiro entende que as pessoas indicadas no art. 135 passam a ser responsáveis ao invés do contribuinte.<sup>27</sup> Na mesma trilha de raciocínio, Luciano Amaro afirma que somente o terceiro responde pessoalmente, não sendo a responsabilidade compartilhada com o devedor original, no caso, a sociedade.<sup>28</sup>

Pode-se, ainda, sustentar que a referida responsabilidade apresenta-se, antes de tudo, solidária, não havendo de

<sup>26</sup> Registre-se o equivocado entendimento em sentido contrário do STJ que insiste em vislumbrar responsabilidade subsidiária no referido artigo: "A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal." (AgReg no AG nº 246475/DF, 2ª Turma, Relª Minª. NANCY ANDRIGHI, DJ de 01.08.2000).

<sup>27</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. rev. e atual. por Flávio Baccar Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 755.

<sup>28</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 311.

se falar de exclusão da pessoa jurídica do pólo passivo da relação jurídica tributária.

Há, ainda, quem vá mais além, defendendo a idéia de que o art. 135 do CTN não trata de responsabilidade oriunda de obrigação tributária e sim de relação jurídica de índole sancionatória que liga o sujeito ativo ao passivo que não tem qualquer ligação com o fato gerador.<sup>29</sup>

Hugo de Brito Machado manifesta entendimento razoável, afirmando que a lei diz que os administradores são pessoalmente responsáveis, mas não diz que sejam os únicos. Conclui aduzindo que, quanto à responsabilidade pelo débito tributário, inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável que desapareça sem que a lei o diga expressamente.<sup>30</sup>

Através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, poderia se argumentar ser impossível exonerar a pessoa jurídica de responder em face de terceiros pelos atos praticados em seu nome pelos seus administradores, com excesso de poderes ou infração à lei. O art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas alude à responsabilidade solidária entre o administrador infrator e a pessoa jurídica, o que leva à conclusão que a sociedade não pode eximir-se das obrigações e responsabilidades que tenha contraído com terceiros, argüindo abuso de poder ou descumprimento de lei ou do estatuto por parte dos seus administradores. No mesmo sentido, o Dec. 3.708/19, art. 10, sobre a ocorrência de responsabilidade entre a empresa e o sócio-gerente, nos casos em que este pratica atos com excesso de poderes, infração da lei ou contrato.

<sup>29</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Uma relação jurídica de índole sancionatória - a responsabilidade dos diretores, gerentes e administradores prevista no enunciado do art. 135, III do CTN. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 76, p. 204, 2000.

<sup>30</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



Buscam, os referidos dispositivos legais, afastar a incidência da teoria *ultra vires*, segundo a qual a sociedade somente se vincula aos atos praticados pelo gerente caso os mesmos tenham pertinência com o seu objeto social, ou seja, se o ato praticado extrapolar os limites contratuais, a sociedade não será obrigada a arcar com seus efeitos.

O Novo Código Civil parece contemplar, todavia, a aplicação da teoria *ultra vires*, conforme a redação do parágrafo único do art. 1.015 que estabelece como regra geral a responsabilidade solidária da sociedade e do administrador infrator, estabelecendo que “o excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II – provando-se que era conhecida do terceiro;

III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.”

Por outro lado, não se pode admitir que as pessoas jurídicas se exonerem completamente do cumprimento de obrigações quando se sabe que, em algumas situações, seus diretores, administradores, gerentes ou prepostos, com poucos bens ou até sem eles, praticam tais atos, com excesso de poder ou infração da lei ou contrato, em proveito da sociedade. Neste caso, a exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas importaria em injustiça.

Não parece que tenha a lei, no caso do art. 135 do CTN, desejado eximir a pessoa jurídica da responsabilidade tributária, atribuindo-a exclusivamente à pessoa física que tem, em geral, menor condição econômica para arcar com o encargo fiscal, pois, se assim fosse, se instauraria um clima

de insegurança que cercaria o adimplemento da obrigação tributária.<sup>31</sup>

Poder-se-ia, ainda, ir mais além, alegando-se que a pessoa jurídica não ficaria exonerada de qualquer responsabilidade, argumentando-se que sua responsabilidade se fundaria na culpa *in eligendo*, em outras palavras, culpa por ter escolhido mal seus administradores ou representantes. Deve-se, de outro modo, perquirir quem auferiu o benefício com o ato praticado. Se for a sociedade, é justo que esta responda, também, pela obrigação tributária para que não venha se enriquecer ilicitamente, locupletando-se às custas do infrator.

Uma vez responsável a pessoa jurídica, deve-se lhe permitir, entretanto, a produção de prova da sua inocência<sup>32</sup>, ou seja, prova da sua não interferência no ato praticado com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social.

## 8 – CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente trabalho, analisar os exatos contornos da responsabilidade tributária do administrador de empresas, evidenciando-se a inaplicabilidade, em matéria tributária, da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. A responsabilidade tributária dos sócios, administradores e gerentes da pessoa jurídica encontra seu próprio fundamento no Código Tributário Nacional que estabelece

<sup>31</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório; DI CIERO, Simone Franco. É possível a exclusão da responsabilidade tributária da pessoa jurídica e a inclusão dos seus administradores em face da mera ausência de pagamento dos tributos? O que diz o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Dialética de Direito tributário*. São Paulo: n. 55, abril, p. 76, 2000.

<sup>32</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 630.



regras peculiares que permitem o alcance aos seus patrimônios pessoais.

No que pertine aos sócios de responsabilidade ilimitada, o art. 134 do CTN prevê a possibilidade do redirecionamento da responsabilidade da pessoa jurídica para o sócio que responderá, subsidiariamente, com o seu patrimônio pessoal, entrando a sociedade em liquidação, norma, inclusive, despidianda, uma vez que, de acordo com o tipo societário que foi escolhido, sua responsabilidade apresentar-se-á sempre ilimitada, independentemente da natureza do débito a solver. Nenhuma novidade, portanto, revelou o referido dispositivo legal.

Já no que tange à responsabilidade por infração, ficou assente que o art. 135 apenas fixa a responsabilidade daquele que pratica atos de administração da pessoa jurídica, sócio ou não, não podendo se atribuir responsabilidade pessoal, a qualquer título, àquele que estiver à margem dos atos de gestão.

Por outro lado, demonstrou-se a relevância de se precisar que atos contrários à lei implicam a atribuição de responsabilidade pessoal. O entendimento dominante revelou que os atos legais infringidos apenas serão aqueles em íntima relação com os deveres funcionais do gestor, atos tais que, uma vez praticados, dolosa ou culposamente, têm como efeito o surgimento da obrigação tributária.

Tal discussão terminou por inserir no debate a polêmica do inadimplemento da obrigação tributária, questionando-se se a sua ocorrência seria suficiente à imputação da responsabilidade pessoal ao administrador. O mero descumprimento da obrigação tributária não importa em ofensa à lei capaz de originar a responsabilidade pessoal do administrador infrator, conforme posicionamento pacífico da jurisprudência.

Ademais, propôs-se, no estudo ora desenvolvido, a responsabilização, também, da pessoa jurídica pela obriga-

ção tributária decorrente do ato em fraude às normas societárias, fundamentando-a na culpa *in eligendo* e no princípio basilar do Direito que coíbe o locupletamento ilícito.

De fato, inúmeras são as técnicas e os métodos evasivos que desviam o recolhimento de tributos, requerendo uma eficaz aplicação de normas tais como as previstas nos artigos 134 e 135 do CTN, visando-se ao regular cumprimento das obrigações para com o Fisco.

Saliente-se, entretanto, que não é razoável, nem jurídico e nem coerente com as disposições do CTN, que, pelo só fato de ser sócio, diretor ou gerente de pessoa jurídica, alguém seja considerado devedor em uma execução fiscal, com a constrição de seu próprio patrimônio, sem que se demonstre a ocorrência das condições legais que permitem a responsabilização pessoal. Diante disso, exige-se, para o redirecionamento do dever de cumprimento da obrigação tributária, que a responsabilização do administrador seja comprovada, no processo, pelo credor exequente.<sup>33</sup> Por outro lado, para que um devedor seja citado, em execução, seu nome deve obrigatoriamente constar do título executivo (a certidão da dívida ativa). Rechaçam-se, pois, execuções com investidas diretas sobre o patrimônio do administrador, sem que da certidão da dívida ativa conste seu nome.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Ver STJ, 1ª Turma, REsp. 272236/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.04.01; STJ, 2ª Turma, Resp. 627326/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.06.04.

<sup>34</sup> Defende-se, ainda, o entendimento no sentido de que, para que se extraia nova certidão da dívida ativa (o que é possível, se antes da sentença de 1ª instância, de acordo com a Lei 6830/80, art. 2º, § 8º), deve haver uma nova reinscrição em dívida ativa, já que a certidão deve ser cópia fiel do termo de inscrição. Por outro lado, como o termo de inscrição deve, necessariamente, espelhar o ato administrativo de lançamento, exige-se a anulação não só do termo, mas, também, do lançamento anterior, com realização de novo lançamento, reabrindo-se o respectivo processo administrativo, possibilitando ao novo devedor, agora identificado, a oportunidade de impugnar o novo ato administrativo, respeitando-se o princípio constitu-



Faz-se necessário alcançar o equilíbrio entre os deveres e os direitos do Estado arrecadador e daqueles apontados pelo fisco para responder pelo cumprimento da obrigação tributária.

## 9 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório; DI CIERO, Simone Franco. É possível a exclusão da responsabilidade tributária da pessoa jurídica e a inclusão dos seus administradores em face da mera ausência de pagamento dos tributos? O que diz o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Dialética de Direito tributário*. São Paulo: n. 55, abril, p. 76, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rev. e atual, por Flávio Baccar Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

cional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Todavia, para que um novo lançamento seja realizado, o sujeito ativo da obrigação tributária deve observar o prazo decadencial. (SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos Decadência e Prescrição no Direito Tributário do Brasil. Análise das principais teorias existentes e proposta para alteração da respectiva legislação. São Paulo: Renovar, 2001, p. 220/221). Saliente-se que o STJ, contudo, equivocadamente, em algumas decisões, vem referindo-se, na hipótese de redirecionamento da obrigação tributária para o sócio ou administrador, à observância de prazo prescricional de cinco anos entre a data do ajuizamento da execução ou da citação da empresa e a data da efetiva citação do administrador, devendo mudar seu entendimento, agora, nos termos da Lei Complementar 118/05, para considerar a data do despacho do juiz que ordenar a citação do administrador em execução fiscal. Ver STJ, 2ª Turma, REsp 138847/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.09.99; STJ, 2ª Turma, Resp. 142397/SP, Rel. Ari Parglender, j. 16.09.97; STJ, 2ª turma, Resp. 739922/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.05.05.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Devido Processo Legal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3. São Paulo, IOB, jan, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1

JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributário*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

LARA, Sonsoles Mazorra Manrique de. *Los responsables tributários*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

LAHÓS, André. Uma luz sobre o Brasil das Sombras. *Revista Exame*, São Paulo, abr. n. 11, junho, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.



NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Uma relação jurídica de índole sancionatória - a responsabilidade dos diretores, gerentes e administradores prevista no enunciado do art. 135, III do CTN. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 76, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1

ROCHA, João Luiz Coelho. Responsabilidade de diretores, sócios, gerentes e controladores por débitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, n. 28, 1998.

## O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

*Teodomiro Noronha Cardozo*

Juiz de Direito. Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape. Ex-Coordenador da ESMape. Especialista e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor titular da Esmape. Professor Universitário

### SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 1.1 - Como se estrutura este artigo 1.2 - Organização das fontes de pesquisa. 2 - CRIAÇÃO DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. 2.1 - Crimes imputados aos acusados pelo tribunal de Nuremberg. 2.2 - Fotos levados a julgamento pelo Tribunal de Nuremberg. 2.3 - Violação de documentos internacionais pelos nazistas na concepção do Tribunal. 3 - CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL MILITAR INTERNACIONAL DE TÓQUIO. 4 - CRIAÇÃO DE TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS DA EX-IUGOSLÁVIA E DE RUANDA. 5 - NECESSIDADE DE UMA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE. 6 - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 7 - O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. 8 - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 8.1 - Princípios penais constitucionais. 9 - CONCLUSÕES. 9.1 - A criação do TPI atende ao princípio da legalidade penal. 9.2 - O TPI significa grande avanço no campo do Direito Internacional Público. 9.3 - O Tribunal atende ao princípio da igualdade entre os povos. 10 - REFERÊNCIAS

### 1 - INTRODUÇÃO

#### 1.1 - Como se estrutura este artigo

O presente artigo encontra-se estruturado basicamente em torno de um único tema que é, justamente, a investi-



.....

gação bibliográfica do Princípio da Legalidade no Tribunal Penal Internacional.

## 1.2 - Organização das fontes de pesquisa

Para as citações das fontes pesquisadas, adotar-se-á a referência completa de notas de rodapé, possibilitando ao leitor acesso rápido à fonte citada. As palavras estrangeiras serão grafadas em itálico.

## 2 - CRIAÇÃO DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG

A realidade cruel da Segunda Guerra Mundial, com destaque para o holocausto que vitimou milhões de judeus pelos nazistas e a brutalidade da agressão japonesa contra os chineses, foi fator determinante para a instituição de dois Tribunais Internacionais: o de Nuremberg e o de Tóquio, denominados “tribunais ad hoc”, estabelecidos por meio de resoluções do Conselho de Segurança da ONU.

A defesa dos acusados, submetidos a julgamentos por esses tribunais, instituídos *post facto*, lançou diversas críticas. A mais grave delas foi, justamente, a do descumprimento do princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; ao princípio da imparcialidade etc. Neste aspecto, a defesa escudou-se em três pontos para impugnar os julgamentos por um tribunal que violava o princípio do Juiz Natural:

- a) o castigo *post facto* é inclusive repudiado pelo Direito das nações civilizadas;
- b) nenhuma nação soberana poderia tipificar o crime à guerra de agressão após a prática dos atos delituosos;

- c) o tipo penal de guerra de agressão não estava previsto e nenhum estatuto previa pena para esse crime e, bem assim, nenhum tribunal fora instituído antes para julgar e punir os agressores.<sup>1</sup>

Assim, os Tribunais *ad hoc* cometeram diversas violações aos direitos e garantias dos acusados, com o pretexto de punilos, a soldo da promoção da segurança e da paz da humanidade, incriminando não só fatos pretéritos, como também, fazendo tábula rasa ao princípio da territorialidade da *lex poenalis*.

A *latere*, Bradley F. Smith reconheceu a importância do Tribunal de Nuremberg no contexto histórico ao afirmar, *verbis*:

É, em parte razão da esmagadora vitória da promotoria em termos de relações públicas que se torna difícil a algumas pessoas aceitar o papel de moderador desempenhado pelo Tribunal. Essa corrente de opinião censura os juizes de Nuremberg por não terem encontrado meios para fazerem vingar as teses da promotoria. Mas não foi à Corte, ao mesmo tempo, lidar com os problemas com que se defrontava e dar um grande passo no sentido do progresso do Direito Internacional e da causa da paz. Não cedeu o Tribunal à tentação de avançar de forma dramática, mas efêmera; optou, em lugar disso, por prestar uma contribuição modesta, mas clara, a um futuro mais seguro.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 103.

<sup>2</sup> JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 60.



Ressalte-se, não obstante, que os E.U.A, para contornarem o princípio da anterioridade da lei, disciplinado no Direito Penal Comum Interno, e inexistente em seu Direito Penal Militar, forçou a denominação de "Militar" para o Tribunal de Nuremberg, conquanto todos os juizes eram juristas civis e de conhecimentos notáveis nos seus países de origem, à exceção do juiz soviético, único militar para justificar a denominação.

Com efeito, o chamado Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi instituído pelo Acordo de Londres, de 08 de agosto de 1945, celebrado entre os Governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da França e da União Soviética.

### 2.1 - Crimes imputados aos acusados pelo Tribunal de Nuremberg

Foram quatro os pontos da acusação, que na sua essência, compreendem as seguintes acusações:

- a) conspiração;
- b) crimes contra a paz;
- c) crimes de guerra; e
- d) crimes contra a Humanidade.

### 2.2 - Fatos levados a julgamento pelo Tribunal de Nuremberg.

- 1) a invasão da Polônia em 1º de setembro de 1939;
- 2) a guerra contra o Reino Unido e a França aos 03 de setembro de 1939;
- 3) contra a Dinamarca e a Noruega aos 09 de abril de 1940;

- 4) contra a Iugoslávia e a Grécia, aos 06 de abril de 1941;
- 5) contra a União Soviética, aos 22 de junho de 1941;
- 6) contra os Estados Unidos, aos 11 de dezembro de 1941.

### 2.3 - Violação de documentos internacionais pelos nazistas na concepção do Tribunal.

- 1) ao Protocolo de Genebra de 1924;
- 2) à Resolução da Assembléia Geral da Sociedade das Nações de 1927;
- 3) ao Pacto Briand-Kellog;
- 4) ao Tratado Germano-Polonês de 26 de janeiro de 1934;
- 5) ao Tratado de Ribbentrop-Molotov, de não agressão entre a Alemanha e a União Soviética de 23 de agosto de 1939.
- 6) à convenção de Haia de 1899/1907 - que proibia internacionalmente muitos dos crimes praticados pelos nazistas.

### 3 - CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL MILITAR INTERNACIONAL DE TÓQUIO

A pedra fundamental da criação de um Tribunal Militar Internacional para o Extremo - Oriente foi lançada ao 1º de dezembro de 1943, na conferência do Cairo, tendo como participantes: chineses, britânicos e americanos, que firmaram uma declaração com a finalidade de criação do Tribunal para pôr fim à agressão japonesa e objetivava levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. A Carta do Tribunal de Tóquio baseou-se no Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg e no respectivo Estatuto.



De modo diferente do que ocorreu em Nuremberg, o Tribunal do Extremo-Oriente não absolveu nenhum dos acusados. O juiz francês, o filipino e o holandês foram votos vencidos em parte. Já o juiz indiano Rahabinod M. Pal acolheu a tese de incompetência do Tribunal à luz da capitulação dos crimes e da inexistência de relação jurídica entre os juízes estrangeiros e os acusados japoneses, que deveriam submeter-se apenas à competência nacional. O magistrado da Índia entendeu também que a denúncia importava em violação ao princípio da reserva legal e, diante disso, seu voto foi de absolvição de todos os acusados.

Não obstante, as 80 (oitenta) condenações do Tribunal de Tóquio relacionavam-se com prisioneiros de guerra e somente foram julgados os mais importantes. Os homens de negócio e industriais foram libertados e novamente retornaram às suas atividades empresariais, política e alguns passaram a fazer parte da *yakusa*, a máfia japonesa.

É curioso que o Japão tenha firmado grande número de convenções pacifistas e de humanização da guerra, inclusive a de Haia de 1907, sendo que tais objetivos foram reiterados em julho de 1945, durante a conferência de Potsdam, na Inglaterra, e firmaram a Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional dando origem ao Tribunal de Nuremberg para julgar os criminosos de guerra das potências europeias do Eixo.

A principal crítica que se faz ao Tribunal Internacional de Tóquio é que ele, como o de Nuremberg, além de ter desrespeitado direitos fundamentais (princípio da legalidade), não levou a julgamento crimes praticados pelas potências aliadas. Demais disso, não foi submetido à apreciação do Tribunal o crime de lançamento das bombas atômicas em

Hiroshima e Nagasaki e o Imperador Japonês de então escapou do crivo do Tribunal.

#### 4 - CRIAÇÃO DE TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS DA EX-IUGOSLÁVIA E DE RUANDA

Desenvolvendo a linha de precedentes históricos, não poderíamos deixar de trazer à colação a criação dos Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda como resultado de um grande esforço no sentido de “institucionalizar uma justiça penal internacional”, que teve início na Segunda Guerra Mundial, com a criação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

Destarte, os Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda foram instituídos, o primeiro chamado de ICTY, para julgar os crimes atrozes cometidos no conflito envolvendo os Balcãs, que levou à desagregação da Iugoslávia, e o segundo chamado ICTR para julgamento de conflitos entre as diversas etnias de Ruanda. Esses tribunais foram criados para o julgamento de conflitos internos e não internacionais, posto que, o Conselho de Segurança da ONU, logo no início, caracterizou o conflito da Iugoslávia como doméstico.<sup>3</sup>

A história de conflito dos Balcãs na ex-Iugoslávia deita suas raízes na Idade Antiga, porquanto é um território de múltiplos povos e de disputas sangrentas. Contudo, o processo de “limpeza étnica” do ponto de vista ideológico foi desencadeado por volta de 1941, ocasião em que nazistas e alemães invadiram a Iugoslávia e fizeram uma aliança com

<sup>3</sup> EDGARD, Nassar Guier, *apud* MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 101-103.



os croatas, que iniciaram um processo de execução e deportação de sérvios.

Em 1944, o Exército do Marechal Josep Broz Tito, com a ajuda da URSS e do Reino Unido, expulsou os alemães da Iugoslávia. O grupo sob a liderança de Tito ascende ao poder e implanta o regime comunista, mas, resiste às investidas da União Soviética, que pretendia anexar seu território ao da Bulgária.

No ano de 1980, com a morte de Tito, ressurgiram velhos conflitos e a crise econômica se agravou em 1987.

A declaração de independência da Eslovênia e da Croácia, em 1991, contrárias ao governo de minoria sérvia, de Slobodan Milosevic, acirra o conflito.<sup>4</sup>

O plebiscito de 1992 resultou na independência da Bósnia e Herzegovina. Apoiados pela República Federal da Iugoslávia, os sérvios da Bósnia conquistam parte da Bósnia Ocidental.

Em 1993, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) com competência para julgar os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cometidos no território da ex-Iugoslávia, desde o ano de 1991. Registre-se que o Tribunal foi criado sob pressão da comunidade internacional.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Milosevic, indiciado pelo Tribunal Internacional da ex-Iugoslávia, declarou não reconhecer legitimidade daquela Corte Internacional para ser julgado, por ela não respeitar o princípio da territorialidade.

<sup>5</sup> MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 104.

Em 1995 o general Mládić é acusado de coordenar a execução de milhares de mulçumanos bósnios, obedecendo às ordens do líder bósnio-sérvio Radovan Karadzic, inclusive, invadindo cidades declaradas "invioláveis" como Srebrenica e Zepa. Ambos são indiciados pelo ICTY e apontados pela prática de genocídio.

Vale ressaltar que, em 1999, reacende o conflito, agora na província de Kosovo, em que rebeldes de origem albanesa lutam pela independência da região, provocando imediata reação dos sérvios. Milosevic envia suas tropas a Kosovo e a Otan inicia ataque aéreo à Sérvia durante 78 dias.

Após um acordo, a província separatista passou para a administração da Organização das Nações Unidas.

Ruanda, maior país da África, começou seu processo de emancipação nos anos 60 do século passado, período em que se percebe o início do seu processo de descolonização, fruto da mudança radical dos eixos de poder no *post* Segunda Guerra Mundial. O processo de colonização "artificial" colocou num mesmo território povos de diversas etnias e historicamente rivais. Assim, as diferenças étnicas e as dificuldades econômicas dos países da África têm gerado diversos conflitos como o de Ruanda.

De fato, as migrações forçadas, dentro e através de fronteiras, são uma das consequências mais visíveis da perseguição política e dos conflitos armados. No final dos anos oitenta, cerca de quatrocentos e oitenta mil ruandeses tinham-se refugiado, sobretudo, em Burundi (duzentos e oitenta mil), Uganda (cento e oitenta mil), Zaire (oitenta mil) e Tanzânia (trinta mil).<sup>6</sup>

<sup>6</sup> *Idem*, p. 106.



Saliente-se que o processo de redemocratização, levado a efeito nos anos noventa, gerou uma forte competição pelo poder e em 1993 foi rejeitado um acordo para que os exilados tutsis, integrantes da facção Frente Patriótica do Ruanda, regressassem àquele País. O acordo foi rejeitado por radicais do lado do governo e do FRP, gerando uma guerra civil que se agravou em 06 de abril de 1994.

Em julho de 1994, a ONU, através de Resolução do Conselho de Segurança, estabeleceu uma comissão para investigar as violações aos direitos humanitários internacionais durante a guerra civil em Ruanda. A proposta de envio de tropas de vários países para manutenção da paz e para os campos de concentração do Zaire foi rejeitada. Entretanto, por meio da Resolução 955 do CS, foi criado um Tribunal *ad hoc* para Ruanda, nos moldes daquele instituído para a ex-Iugoslávia.

Segundo Marrielle Maia, a experiência dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda foi positiva e abriu a discussão na comunidade internacional para o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional permanente.<sup>7</sup>

## 5 - NECESSIDADE DE UMA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

O século XX foi marcado por diversos conflitos no âmbito internacional, conflitos repetidos por diversas vezes em todos os quadrantes do globo terrestre e, por se tratar de conflitos armados, houve inegáveis violações aos direitos humanos. Baseado no grande número de tratados até então

<sup>7</sup> MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

firmados, na verdade, tais documentos internacionais tiveram pouca aplicabilidade prática, no sentido de não se evitar a guerra, mas de punir os excessos praticados pelas partes envolvidas em conflito bélico.

Joanisval Brito Gonçalves, docente da Universidade de Brasília, no tocante aos conflitos que marcam fortemente os destinos da humanidade, assim se expressa:

Transportando-se para uma esfera macro, as relações entre os grupos, as sociedades, as civilizações também são marcadas pela lide. Até o início do século (leia-se século passado), havia duas maneiras aceitas de conduzir-se as relações de disputa entre os povos: a política, na esfera diplomática - em busca de meios pacíficos - e a mais comum ação ente os Estados: a guerra.<sup>8</sup>

A necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional teve início na Organização das Nações Unidas já em 1948, por meio da Resolução 260, de 09 de dezembro, aprovada em Paris, criando a Convenção das Nações Unidas sobre genocídio.

Carlos Eduardo Adriano Japiassu, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, afirma:

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o sentimento de repulsa gerado em razão de toda a sorte de atrocidades cometidas no curso dessa conflagração, iniciou-se, no seio da Organização das Nações Unidas - também criada neste período - um movimento no

<sup>8</sup> GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945:1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14.



sentido de que se estabelecessem bases mais concretas para o direito penal internacional e, ao mesmo tempo, que fosse estabelecida uma jurisdição penal internacional permanente.<sup>9</sup>

O Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia (art. 3. 1, do Estatuto de Roma), e formado por 18 (dezoito juízes) (art. 36. 1, do ER), foi aprovado em 1998 na conferência de Roma, a pedido dos Estados Unidos, por 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções, cabendo registrar que o presidente dos EUA, Bill Clinton, assinou o tratado no último dia, mas não o ratificou, e o atual presidente daquele País, George W. Bush, retirou a assinatura. Tanto o Partido Republicano dos EUA quanto o Presidente Bush são contrários que nacionais seus sejam julgados por uma Corte de Justiça Internacional. O Brasil, País signatário, ratificou o Tratado que teve o seu texto aprovado pelo Decreto Legislativo n. 112, de 06 de junho de 2002 e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.<sup>10</sup>

O estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente foi refletido nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional já em 1994, que apresentou o seu projeto de convenção internacional na 49ª Sessão

<sup>9</sup> JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 75.

<sup>10</sup> Criado na "Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada na cidade de Roma, entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998, mediante a aprovação do Estatuto do Tribunal (*Rome Statute of the International Criminal Court*). O Estatuto possui natureza jurídica de tratado e entrou em vigor após sessenta Estados terem manifestado sua aceitação, ratificação, no dia 1º de julho de 2002. Site: *Javascrispt: history*. Back. Internet.

da Assembléia Geral da ONU, com a recomendação da convocação de uma conferência internacional, para aprovação do projeto e para dar início à sua implementação.

Na parte: do estabelecimento do Tribunal está escrito que a Corte será uma instituição de caráter permanente, destinada a exercer a jurisdição sobre os indivíduos, em relação aos crimes mais graves de ascendência internacional, deixando, de logo, claro, o caráter da complementaridade (art. 1º do Estatuto).

## 6 - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O TPI tem competência para julgar os chamados crimes de lesa humanidade, incluindo-se o genocídio e os crimes de guerra, tidos como graves violações aos Direitos Humanos.

Ao contrário da Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição se restringe aos Estados, o TPI exerce sua jurisdição sobre os indivíduos (art. 1º, do Estatuto).

Ademais, além do caráter repressivo, o TPI tem também o caráter preventivo, porquanto, visa a desestimular que ditadores e genocidas cometam crimes.

Desta maneira, o Tribunal supranacional tem sua competência estabelecida no art. 2º, do referido Estatuto, para julgar:

- a) crime de genocídio;
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra; e
- d) o crime de agressão.



O Estatuto define os crimes acima mencionados nos arts. 6º, 7º e 8º, (Estatuto de Roma), e no artigo seguinte, estabelece que os elementos de definição dos crimes, isto é, a tipicidade, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e aplicar tais artigos, serão adotados pela maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados-parte. (art. 9º).

## 7 - O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

Um dos princípios gerais do Estatuto é o da complementaridade (art. 1º e 17). O art. 20 trata do *ne bis in idem*, i. é, da impossibilidade de um novo julgamento por crimes pelos quais o agente já foi condenado ou absolvido pelo TPI ou por outro tribunal, por conduta prevista, igualmente, nos arts. 5º, 6º e 7º, a menos que o procedimento do tribunal nacional tenha sido realizado com o firme propósito de subtrair o agente de sua responsabilidade por crimes de competência do TPI ou se o julgamento não foi conduzido de forma independente e imparcial, em conformidade com o devido processo legal de direito internacional (art. 20, 1, 2 3, alíneas "a" e "b").

Fábio Ramazzini Bechara é de opinião que a jurisdição do TPI não antecede nem tampouco pode sobrepor-se à jurisdição nacional, tendo apenas o caráter de complementar.<sup>11</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil proíbe a extradição de nacionais, art. 5º, inciso LI, salvante as hipóteses do naturalizado, pela prática de crime comum

<sup>11</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade**. São Paulo : complexo jurídico Damásio de Jesus, dez. 2003. <[www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos)> Acesso em: 24 fev. 2004.

antes da naturalização, ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. A CF também proíbe a extradição de estrangeiros pela prática de crimes políticos (art. 5º, inciso LII).

Os arts. 59 e 89, do Estatuto, dispõem sobre a solicitação de prisão, prisão provisória e entrega por parte do Estado-parte, cujo procedimento de entrega de indivíduos ao Tribunal será de acordo com a lei nacional. Ressalvado, o caráter subsidiário do TPI, que só age se a justiça interna dos Estados-parte falhar, a Corte Internacional não seria uma jurisdição estrangeira, mas uma "extensão" do sistema jurídico nacional, razão pela qual, não há, efetivamente, dificuldade na entrega, já que a jurisdição do TPI é dependente do consentimento do Estado-parte.<sup>12</sup>

O art. 5º, § 2º, do Texto Magno, estabelece:

Art. 5º. Omissis.

§ 2º. 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. (grifo nosso).

Conclusivamente, no Brasil, a grande maioria dos autores seguem a teoria monista - em detrimento da dualista - que propugna a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno. Na senda do debate, sustenta Wenzel:

Toda modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducida-

<sup>12</sup> TOKANO, Tércio. As contradições do tribunal penal internacional. *Consulex*, n. 37, p. 26-33, jan. 2000.



de de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior.<sup>13</sup>

Pela dicção do art. 11, do Estatuto, fica ressalvada a jurisdição do Tribunal para julgar os crimes praticados após a entrada em vigor do Estatuto. No entanto, se um Estado – que não seja parte – decidir aceitar a jurisdição da Corte, esta somente poderá exercer a jurisdição unicamente sobre os crimes cometidos após a vigência do Estatuto (item 2, do art. 11), a menos que o Estado tenha feito uma declaração de aceitação, depositando-a junto ao Secretário, consentindo que o Tribunal exerça a jurisdição sobre os crimes previstos no art. 5º, do Estatuto, em conformidade com o parágrafo 3º do art. 12. Vide art. 11, 2.

## 8 – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A origem do princípio da legalidade, conquanto se reconheça o grande merecimento de Feuerbach em formular uma construção não só jurídica, como também política para o Direito, no dizer de Francisco de Assis Toledo,<sup>14</sup> na verdade é originário da *Magna Charta* de João sem Terra, promulgada no século XIII, da baixa Idade Média, no ano de 1215, que, no seu art. 39, prescrevia, *in verbis*:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem

<sup>13</sup> MELO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. v. 1, p. 115.

<sup>14</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 21.

faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Na concepção de Cláudio Brandão, a Carta Política de João sem Terra, fundada no costume inglês da *common law*, trazia no seu bojo a semente garantidora do Princípio da Legalidade, naquela sociedade estabelecida, contra o absolutismo da monarquia reinante à época.<sup>15</sup>

Todavia, alguns doutrinários referem-se que a proposição da reserva legal *nullum crimen* teve origem no Direito Romano. Sabe-se, não obstante, que o Direito Romano era sobretudo costumeiro e a tarefa de interpretar a lei cabia aos julgadores. Porém, os Romanos já distinguiam o *dolus bonus* do *dolus malus* e conheceram eles o erro de direito (*jus et facti*) estabelecendo que o erro de direito não aproveitava o agente – *error jus non excusat*, que mais tarde passou a denominar-se *error jus nocet* – o erro de direito é nocivo.

Segundo José Frederico Marques, o princípio de Direito Penal liberal da reserva legal encontra-se vinculado ao Direito Medieval:

Nas cortes de Leão, em 1186, declara AFONSO IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados “perante a Curia”. E nas Cortes de Valladolid foi proclamado, em 1299, que ninguém pode ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo o fuero e o Direito<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 26.

<sup>16</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas : Milenium, 2002. v.1, , p. 151.



## 8.1 – Princípios penais constitucionais

Com efeito, em matéria penal, estão previstos constitucionalmente, o princípio reitor da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (art. 5º, XXXIX), o princípio da não-culpabilidade: *nulla poena sine culpa* (art. 5º, LVII), o princípio do juiz natural: *nulla poena sine iudicio* (art. 5º, XXXVII), princípio do juiz competente: *nulla poena sine iudice* (art. 5º, inciso LIII), o princípio de humanidade (art. 5º, III); o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (*in malam partem*) (art. 5º, XL); o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) etc.

A previsão do Tribunal para julgar crimes praticados antes de sua vigência, ao nosso ver, não atende ao Princípio da Legalidade, porquanto destoa do próprio texto – art. 22 (*nullum crimen sine lege*) e do artigo 24, que prevê o princípio da irretroatividade *ratione personae*, conflitando ainda, por exemplo, com o art. 5º, incisos XXXIX e XL, da nossa *Magna Charta*.

Para William A. Schabas, o Princípio da Legalidade:

É um princípio básico de justiça que uma pessoa não pode ser punida se os atos incriminados, quando praticados, não eram tidos como tais, em lei. Esta regra é uma das raras que não apresenta qualquer derrogação na maior parte das convenções de direitos humanos.<sup>17</sup>

Sylvia Helena F. Steiner, juíza do TPI, no que pertine ao Princípio da Legalidade, assevera que o Estatuto de Roma,

<sup>17</sup> CHOKR, Fauzi Hassan (org). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

no seu art. 30, esclarece que cada conduta delituosa definida envolve dois aspectos: um objetivo – relativo à conduta e suas circunstâncias, outro subjetivo – se os elementos materiais do crime foram cometidos com dolo e conhecimento por parte do agente.<sup>18</sup>

## 9 – CONCLUSÕES

### 9.1 – A criação do TPI atende ao princípio da legalidade penal

A criação do TPI significa o respeito da garantia aos princípios do Direito Penal do juiz natural, da competência não-retroativa (salvo se o Estado-parte aceitar que o Tribunal julgue fatos anteriores à sua entrada em vigor, com o que não concordamos, neste aspecto) sendo, ademais, observado o princípio da complementaridade, bem como o princípio reitor da Legalidade: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, certa e stricta*.

### 9.2 – O TPI significa grande avanço no campo do Direito Internacional Público

O TPI constitui grande avanço histórico no campo do Direito Internacional Público, haja vista que um Tribunal Internacional Permanente significa, efetivamente, o fim das violações constantes aos princípios do Direito Penal, que assistimos com a criação dos tribunais *ad hoc*, trazendo a julgamento indivíduos – não Estados – que tenham cometido os chamados crimes graves internacionais: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, e crimes de agressões.

<sup>18</sup> STEINER, Sylvia Helena F. *O estatuto de Roma e o princípio da legalidade*. Disponível em <[www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br)> Acesso em: 24 fev. 2004.



## 8.1 – Princípios penais constitucionais

Com efeito, em matéria penal, estão previstos constitucionalmente, o princípio reitor da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (art. 5º, XXXIX), o princípio da não-culpabilidade: *nulla poena sine culpa* (art. 5º, LVII), o princípio do juiz natural: *nulla poena sine iudicio* (art. 5º, XXXVII), princípio do juiz competente: *nulla poena sine iudice* (art. 5º, inciso LIII), o princípio de humanidade (art. 5º, III); o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (*in malam partem*) (art. 5º, XL); o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) etc.

A previsão do Tribunal para julgar crimes praticados antes de sua vigência, ao nosso ver, não atende ao Princípio da Legalidade, porquanto destoa do próprio texto – art. 22 (*nullum crimen sine lege*) e do artigo 24, que prevê o princípio da irretroatividade *ratione personae*, conflitando ainda, por exemplo, com o art. 5º, incisos XXXIX e XL, da nossa *Magna Charta*.

Para William A. Schabas, o Princípio da Legalidade:

É um princípio básico de justiça que uma pessoa não pode ser punida se os atos incriminados, quando praticados, não eram tidos como tais, em lei. Esta regra é uma das raras que não apresenta qualquer derrogação na maior parte das convenções de direitos humanos.<sup>17</sup>

Sylvia Helena F. Steiner, juíza do TPI, no que pertine ao Princípio da Legalidade, assevera que o Estatuto de Roma,

<sup>17</sup> CHOKR, Fauzi Hassan (org). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

no seu art. 30, esclarece que cada conduta delituosa definida envolve dois aspectos: um objetivo – relativo à conduta e suas circunstâncias, outro subjetivo – se os elementos materiais do crime foram cometidos com dolo e conhecimento por parte do agente.<sup>18</sup>

## 9 – CONCLUSÕES

### 9.1 – A criação do TPI atende ao princípio da legalidade penal

A criação do TPI significa o respeito da garantia aos princípios do Direito Penal do juiz natural, da competência não-retroativa (salvo se o Estado-parte aceitar que o Tribunal julgue fatos anteriores à sua entrada em vigor, com o que não concordamos, neste aspecto) sendo, ademais, observado o princípio da complementaridade, bem como o princípio reitor da Legalidade: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, certa e stricta*.

### 9.2 – O TPI significa grande avanço no campo do Direito Internacional Público

O TPI constitui grande avanço histórico no campo do Direito Internacional Público, haja vista que um Tribunal Internacional Permanente significa, efetivamente, o fim das violações constantes aos princípios do Direito Penal, que assistimos com a criação dos tribunais *ad hoc*, trazendo a julgamento indivíduos – não Estados – que tenham cometido os chamados crimes graves internacionais: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, e crimes de agressões.

<sup>18</sup> STEINER, Sylvia Helena F. O estatuto de Roma e o princípio da legalidade. Disponível em <[www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br)> Acesso em: 24 fev. 2004.



### 9.3 – O Tribunal atende ao princípio da igualdade entre os povos

Por último, a Corte Permanente de Justiça Internacional atende ao Princípio da Igualdade entre os povos, porque não significa a justiça dos vencedores sobre os vencidos, a exemplo do que ocorreu nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

## REFERÊNCIAS

### I. LIVROS

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHOKR, Fauzi Hassan (org.). **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRO, Ana Luíza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945:1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional.** Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

MAIA, Marielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas : Milenium, 2002. v. 1

MELO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 14. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

### II. ARTIGOS

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade.** São Paulo: complexo jurídico Damásio de Jesus, dez. 2003. [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos). Acesso em: 24 fev. 2004.

STEINER, Sylvia Helena F. **O estatuto de Roma e o princípio da legalidade.** Site: Ibccrim. Acesso em: 24 fev. 2004.

Site: **Javascript: history.** Back. Internet.

TOKANO, Tércio. **As contradições do tribunal penal internacional.** *Consulex*, n. 37, p.26-33, jan. 2000.





# Artigos de alunos



# ACÇÕES AFIRMATIVAS: UMA DEFESA À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA INCLUSÃO SOCIAL DOS NEGROS NA EDUCAÇÃO<sup>1</sup>

*Cybelle Cândida do Nascimento Souza*  
Advogada. Aluna do 3º período da  
ESMAPE

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE: SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988. 1.1 – Igualdade Material e Discriminação Positiva. 1.2 – A evolução da noção de igualdade como mecanismo de inclusão das minorias. 2 – A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL, SUA ORIGEM E RETRATO ATUAL. 2.1 – O direito como agente garantidor da igualdade de condições e eficaz instrumento da luta contra o preconceito. 2.2 – O acesso à educação como ferramenta de inclusão social: rumo à igualdade de oportunidades. 3 – AS ACÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA AMERICANA COMO PRECURSORA EM FAVOR DA DIGNIDADE DOS NEGROS. 3.1 – Acções afirmativas como mecanismo viabilizador da igualdade de condições: uma arma a favor da inclusão social dos negros. 3.2 – A constitucionalidade do sistema de cotas: mecanismo de efetividade do princípio da igualdade racial na educação. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS

<sup>1</sup> Trabalho monográfico apresentado oralmente na Universidade Católica de Pernambuco para obtenção do grau em Bacharel em Direito.



## INTRODUÇÃO

A presente temática tem origem na observação, leitura e reflexão da experiência social excludente sofrida pelos negros no Brasil, numa análise voltada principalmente ao âmbito educacional dessa desequiparação, da qual aqueles, como veremos, são as vítimas em potencial.

Procuramos refletir e, principalmente, repensar os valores incutidos e arraigados em nossa cultura – herança de uma sociedade alicerçada no mito da democracia racial – que muitas vezes inviabiliza a compreensão da problemática das relações raciais brasileiras que, confortadas pelo manto do silêncio, impossibilitam o seu enfrentamento e a construção de uma mudança estrutural no trato e no respeito à diversidade.

O cerne deste estudo, e também o seu maior objetivo, é a defesa da constitucionalidade e legitimidade da implementação das ações afirmativas no contexto jurídico-político do nosso país, através de uma análise crítica sobre o mito da democracia racial, supedâneo de nossas relações raciais díspares. Nesse certame, aborda-se a naturalização da discriminação racial brasileira, dissimulada por um preconceito velado, que dificulta a realização de uma transformação social profunda em termos de igualdade de oportunidades.

Com efeito, salientamos a insuficiência de políticas universalistas voltadas a diminuição das desequiparações raciais, defendendo o enfrentamento necessário da problemática da desigualdade educacional brasileira, de forte viés racial, por meio da adoção de políticas públicas diferencialistas, ou de discriminação positiva, com ênfase ao sistema de cotas raciais, como instrumento de concretização do princípio igualitário e mecanismo de integração social dos negros.

Em vista deste objetivo de efetividade e respeito do direito à diferença, propomos o intervencionismo estatal

como meio de viabilizar e concretizar o direito fundamental à educação das minorias étnicas historicamente discriminadas.

Deste modo, a repercussão que o tema das ações afirmativas enseja nas diversas áreas das ciências sociais e, de uma forma especial, a polêmica engendrada no âmbito jurídico, nos impulsionou a um exame acurado e sem preconceitos das diversas formas de discriminação racial ainda existentes e na necessidade da efetivação de direitos que, embora constitucionalmente assegurados, carecem de urgente concretidade, sob pena de serem instrumentos de perpetuação das iniquidades sociais cometidas contra essa minoria.

Nesse sentido, pretendemos justificar, compreender e defender o papel das políticas afirmativas como mecanismo eficaz de combate ao problema da desigualdade de condições e oportunidades dos negros no sistema educacional brasileiro, como forma de impedir que a omissão e a inércia sejam instrumentos de manutenção desta exclusão social.

Verifica-se, enfim, que as chances de integração social dos negros no Brasil encontram-se intrinsecamente vinculadas às oportunidades educacionais que lhes são oferecidas, de modo que a implementação de políticas públicas diferencialistas, em conjunto com as políticas universalistas de melhoria da qualidade de vida da população, que não podem ser esquecidas, são, na verdade, medidas de promoção da igualdade e de resgate do efetivo exercício da dignidade e da cidadania.

### 1 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE: SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

O princípio da igualdade jurídica, sem dúvida, representa ainda hoje um dos temas mais complexos e mais intri-



gantes da Ciência do Direito e da Filosofia Jurídica. O debate jurídico inquietante em torno deste princípio consagrado nas constituições hodiernas não se restringe a uma formulação conceitual precisa, o cerne da controvérsia surge exatamente em assegurar sua concretização.

A problemática existente diante da aplicabilidade deste princípio igualitário repercute diretamente na própria aplicação da justiça, daí a ênfase que lhe empresta o constitucionalismo moderno.

Quando nos referimos ao reconhecimento e instituição legal dos direitos naturais dos homens, nos reportamos imprescindivelmente à *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789, que dispõe em seu art. 1º: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.<sup>2</sup>

Não à toa foi com a Revolução Francesa que o princípio da igualdade, legalmente consagrado, atingiu maior notoriedade no plano jurídico e até hoje expressa uma das concepções mais modernas a respeito do tema.

A Constituição Brasileira, influenciada pelos ideais dos revolucionários franceses, seguindo a orientação de tantas outras constituições que lhe foram anteriores, cite-se aqui a título de exemplo as Constituições americana de 1787 e francesa de 1793, erigiu em seu texto legal o princípio jurídico-político da igualdade. E, ressalte-se, nenhuma das Constituições brasileiras ficou imune a essa tendência.

Analisando-se o seu contexto jurídico, de forma ampla, entendemos, com arrimo na melhor hermenêutica e em cotejo com os demais princípios consagrados em nossa Carta Política de 1988, que esta não se limitou em estabelecer a igualdade formal, ou isonômica, e sim uma igualdade

<sup>2</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.

material, como um instrumento apto a implementar em casos reais e específicos uma igualdade efetiva, o que implica, a nosso ver, aplicar a lei com o fim de obter justiça.

Nesse sentido, desde as lições dos antigos filósofos, em consonância com as Declarações dos Direitos do Homem, verificamos ser inadmissível conceber uma igualdade absoluta entre os seres humanos, distintos pela sua própria natureza, sendo, as desigualdades, em alguns casos, não apenas *positivas*, mas esperadas porque necessárias.

É nessa perspectiva prática e específica que concebemos a igualdade formal como princípio mitigado, visualizando-se o princípio jurídico da igualdade material como sustentáculo, e ao mesmo tempo propulsor do Estado Democrático de Direito.

### 1.1 – Igualdade Material e Discriminação Positiva

A importância maior em assegurar a igualdade material é a estreita relação que mantém com o próprio conceito de justiça material, que vem consagrar a igualdade de condições como medida de realização da igualdade de oportunidades. Nesse aspecto, tiveram primordial importância as inquietações e reivindicações sociais que fizeram com que o papel do Estado fosse revisto, visando minimizar as discriminações existentes, proporcionando e assegurando medidas compensatórias de forma a concretizar essa igualdade verdadeira.

Já afirmava Bobbio, com a sapiência que lhe é indiscutível, que “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 25.



Com isso, se vem explicitar, de forma clara e destemida, não apenas o desconforto da manutenção de falsos conceitos predeterminados como o é a igualdade formal, reforçando a distância que separa as leis da realidade social, mas também, nos permite perceber que esses conceitos jurídicos, quase sempre visam perpetuar o poder, ou justificá-lo, sem que se faça contra ele oposição alguma.

Inegáveis foram as muitas conquistas já alcançadas em nome e através do princípio isonômico, o que não se pode admitir é a sua utilização como instrumento de uma retórica conservadora, em detrimento da desigualdade substancial, com a qual infelizmente convivemos, e diante da qual insistimos em silenciar.

Nesta seara, nos encorajamos em afirmar que o princípio igualitário, de forma como preceituado na Carta de 1988, "cria para o Estado a obrigação de promover a igualdade fática, através de retificações na ordem social, a fim de remover as injustiças".<sup>4</sup>

Ora, o Estado foi legal e legitimamente instituído pelo povo para nivelar as desigualdades sociais existentes, e essa concepção de Estado intervencionista busca principalmente corrigir as distorções de um processo discriminatório histórico no âmbito econômico, social e cultural.

Alguém inquirirá, todavia: não violará a Lei Maior o estabelecimento de regramentos jurídicos díspares ou de discriminação positiva? Ao contrário, responder-se-á: não necessariamente. Ora, o que a Constituição proíbe é o tratamento desigual daqueles que estão em igual situação, e com arrimo em tal afirmação aduzimos que a mera existência de discriminações, definitivamente, não é vedada pela nossa Carta Republicana, ao contrário, concluímos que o papel

<sup>4</sup> BONAVIDES *apud* CARVALHO JÚNIOR, Isaac Batista de. O princípio constitucional da isonomia. *Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos*, Recife, a. VII, n. 7, p. 78, 2001.

das leis é justamente diferenciar, estabelecendo requisitos para o alcance dos direitos que ela própria instituiu. Seguindo essa doutrina é que facilmente se distinguem dois tipos de discriminações perpetradas pelos atos normativos e administrativos, ou seja, as desigualdades permitidas e as desigualdades proibidas.<sup>5</sup>

Nessa seara, facilmente se observa que a aplicação literal do preceito isonômico, como de qualquer outra norma, pode conduzir ao cometimento de graves e odiosas injustiças, o que não constitui, nem constituirá o escopo de nossas normas jurídicas legitimamente instituídas.

Ora, sendo as normas jurídicas reflexo da valoração que a sociedade politicamente organizada atribui a determinados comportamentos, não podemos imaginar, nesse certame, tenha sido a Constituição brasileira erigida em ideologias falsas e não concretizáveis, pelo contrário, ela reflete o desejo de transformação de um povo.

## 1.2 – A evolução da noção de igualdade como mecanismo de inclusão das minorias

Numa sociedade democrática e pluralista, respeitar os direitos fundamentais do cidadão significa aceitar suas diferenças e tolerar as características de cada ser humano, proporcionando-lhe o que podemos denominar de igualdade social. A discriminação passa a existir quando, individual ou coletivamente, características particulares ou determinadas circunstâncias discrepantes são valoradas negativamente, de modo a estabelecer diferentes oportunidades ou até mesmo inviabilizá-las.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desigualdades proibidas e desigualdades permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, v.1, p. 79-83, 1993.



Daí a necessidade imperiosa de proteção a essas minorias, socialmente renegadas e economicamente exploradas, de "mecanismos de aceleração positiva, ou ação afirmativa".<sup>6</sup>

Nesse certame, tal como nos foi exposto, impossível negar que as ações afirmativas expressam o grande conteúdo democrático do princípio da igualdade, mormente porque visam atingir a eficácia desse princípio assegurado e preconizado constitucionalmente<sup>7</sup>.

Sabe-se que as ações afirmativas são desenvolvidas de maneira a aumentar a proteção aos direitos do cidadão vitimado pela discriminação, de modo a viabilizar a justiça social no Brasil, conseguida através de uma melhor distribuição de riquezas, e conseqüente maior mobilidade social, tudo isso é garantia de efetividade do princípio igualitário.

É inescandível a evolução que sofreu a noção de igualdade e a sua relevância frente aos direitos humanos. Reflexo dessa evolução é perfeitamente trazida na colocação de Bobbio, que direcionou sua obra à preocupação de que direitos positivos fossem direitos efetivos<sup>8</sup>.

Por conseguinte, ao tratarmos de materialização de direitos, oriundos de lutas sociais, ratificamos a importância de medidas públicas implementadas com a finalidade de inclusão social, ou, na excelente concepção de Joaquim B. Barbosa Gomes<sup>9</sup>, o Estado tem o dever de assumir uma posição ativa, até mesmo radical, ao tratar das questões sociais, isto significa a consciência de uma necessária renúncia à neutralidade estatal, para garantia da própria efetividade constitucional.

<sup>6</sup> SÉGUIN, Elida. Minorias. In: SÉGUIN, Elida (Org.). *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73.

<sup>7</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio constitucional da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15/96.

<sup>8</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 30.

Em resumo, garantir a participação política de todos, por meio de discriminação positiva, consiste em realizar o princípio democrático e permitir compreensão da igualdade constitucional como a igualdade democraticamente inclusiva.

## 2 - A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL, SUA ORIGEM E RETRATO ATUAL

Cada vez mais e mais criticamente se questiona a decantada democracia racial brasileira, mormente quando evidenciada está a desigualdade de raças presente em nossa sociedade. O Brasil revela, embora de forma velada, um modelo ontologicamente desigual no tratamento de relações raciais.

Tal afirmativa é facilmente verificada com uma análise, ainda que perfunctória dos indicadores sociais, que mostram a irrefragável diferença de direitos e oportunidades em desfavor da população negra brasileira.

O problema da discriminação racial tem raízes muito profundas que não podem ser tratadas em sua inteireza, em virtude da sua complexidade, porém questões como a injusta distribuição de renda no Brasil, bem como a vergonhosa miserabilidade de seus habitantes são temas que não podem passar despercebidos, pois a intensa desigualdade social, que assola grande parte dos brasileiros, não os priva apenas do pão de cada dia, também exclui deles direitos e oportunidades, e retira-lhes a própria cidadania.

Deste modo, enfocamos que, além da condição sub-humana dos brasileiros, produto de um conjunto de fatores históricos e políticos, como a tardia abolição da escravatura, a falta de coragem para admitir, enfrentar e combater a questão da desigualdade racial no Brasil, talvez seja mais grave que o próprio problema social, dificultando a sua solução.



Alguns brasileiros edificaram concepções ou preconceitos consubstanciados num pseudo-ideal de sociedade democrática. Muitos acreditam na inexistência de discriminação racial em nosso país, e nesse certame fazem alusão não só à grandiosa miscigenação existente, mas também à espécie de colonização que tivemos, que diferentemente daquela feita pelos europeus, arraigada em um racismo patente, foi alicerçada neste mesmo sentimento de aversão, porém camuflado de aceitação e respeito, enfim, não menos ignóbil.

A crença de que constituímos uma sociedade-exemplo para as demais nações é explícita na célebre obra de Gilberto Freyre que assevera: "híbrida desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que se constituiu mais harmonicamente quanto às relações de raça".<sup>10</sup>

Malgrado o otimismo presente na obra Freyriana, Ricardo Henriques critica veementemente que "a persistência da desigualdade no Brasil está diretamente associada à naturalidade com que é encarada, como se fosse decorrência de um processo histórico específico ou uma construção econômica, social e política".<sup>11</sup>

Nessa seara, nos orgulhamos em não provarmos da experiência vivida na Alemanha nazista ou na África do Sul, nem termos, sob pena de total inconstitucionalidade, legislações racistas, como as ainda existentes nos Estados Unidos da América, porém, nosso *apartheid* é focado em dados em-

<sup>9</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência nos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>10</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 198. p. 91.

<sup>11</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p.13.

píricos, que retratam uma exclusão racial decorrente de fatores históricos, econômicos e políticos.

A chamada democracia racial brasileira evidencia verdadeiramente uma falácia, e os mais fervorosos autores que neguem a existência do racismo vêem que tal afirmação esbarra em uma barreira intransponível, a realidade!

Falar sobre discriminação racial é, antes de tudo, um desafio, mormente quando se verifica que este problema tem raízes afincadas histórica e socialmente. Ressalte-se que a complexidade e polêmica do tema são agravadas pela absurda naturalidade com que é encarada por todos.

Enraizada fortemente na cultura brasileira, essa estratégia de fuga da realidade, que é a discriminação racial silenciosa, obstaculiza a reversão do problema e o preserva, pois "deixa de ser enfrentado em função da idéia de não existir [...] sendo assim, a ideologia de que vivemos num país em que as diferenças são aceitas e valorizadas, um verdadeiro exemplo para as outras nações, encobre o problema".<sup>12</sup>

A população brasileira, mormente os negros, pagam um alto preço pela dissimulação existente, de que o critério racial jamais foi relevante para definir as chances de ascensão social de qualquer pessoa, haja vista que as chances são igualmente asseguradas por princípios legais e constitucionais formalmente estipulados em nosso sistema normativo vigente.

A ausência do enfrentamento necessário e combate a esse preconceito velado dificulta e até mesmo impede a elaboração de leis, perpetração e concretização de outras ações viáveis para discutir, e quiçá superar as dificuldades existentes, pondo óbices à formulação e implementação de políticas efetivas de reversão do problema.

<sup>12</sup> FERREIRA, Ricardo Franklin. O brasileiro, o racismo silencioso e a emancipação do afro-descendente. *Psicol. Soc.[online]*. jan/jun. 2002, v.14, n.1, p. 69-86. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_home/Ing_pt/nrm_iso)> Acesso em: 29 set. 2003.



Nessa seara, outra conclusão não há senão que o reconhecimento do preconceito racial no Brasil significará a oportunidade de correção das desigualdades existentes, e a reversão desse quadro desumano e discriminatório que assola quase metade da população brasileira.

Nesse diapasão, os grupos socialmente marginalizados estão colocados à margem não apenas do mercado capitalista, mas, no momento em que lhes são negados os direitos de participação social e política, num sentido holístico, excluídos estão do exercício de sua cidadania, e sem esta não há que se falar em dignidade humana, e menos ainda em democracia.

Ao traçar um diagnóstico das desigualdades raciais no Brasil, identifica-se, por meio de um conjunto de indicadores socioeconômicos, a magnitude e à evolução da discriminação entre brancos e negros, no que se refere à evolução das condições de vida da população, principalmente no que se refere à perversa distribuição de renda, geradora que é da desigualdade – maior problema estrutural do Brasil – que o coloca diante do cenário mundial, muito distante de qualquer padrão razoável em termos de justiça distributiva.<sup>13</sup>

## 2.1 – O direito como agente garantidor da igualdade de condições e eficaz instrumento da luta contra o preconceito

O direito deve atuar como guardião dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, primordialmente da sua dignidade. Sua função é servir de instrumento de efetividade aos princípios e normas jurídicas, não podendo, ao contrário, obstaculizar o seu desenvolvimento.

<sup>13</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n.807. Rio de Janeiro. 2001. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/temas\\_especiais/desigualdade\\_racial](http://www.ipea.gov.br/temas_especiais/desigualdade_racial)> Acesso em: 30 nov. 2003.

Quando uma pessoa é impedida de desenvolver suas potencialidades, seja pela inexistência de oportunidades, ou se estas foram demasiadamente restritas, tolhe-se a sua própria dignidade, levando-a à marginalidade.

O aprofundamento das diferenças sociais e econômicas existentes retratam um repúdio ao formalismo exacerbado e ao mesmo tempo uma busca incansável de efetividade normativa, que se revela na realização de ações pontuais e direcionadas a desequiparar para igualar, ao mesmo tempo em que contribui para a otimização das normas jurídicas, no sentido de possibilitar o desenvolvimento da pessoa humana e a plenitude da sua cidadania.

Ao discutirmos a questão da efetividade das normas, à evidência, falamos na atuação do operador do Direito, na hermenêutica das disposições normativas, e na interpretação que lhes são dadas face à visão de mundo do jurista. O operador de Direito, ao assumir seu papel social de desvitalizar as minorias, transforma-se em Operador de Justiça<sup>14</sup>.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que no Brasil, além da farta legislação que protege grupos e pessoas contra a discriminação negativa, temos uma das mais completas constituições do mundo, que proíbe o preconceito em razão de cor, sexo, religião, raça etc., garantindo punição severa à violação do respeito às minorias.

A intenção de discriminar com o fim de minimizar diferenças, em que pese ser assunto tão polêmico até os dias atuais, consiste em um dos mais antigos problemas na filosofia e no Direito. Talvez o sentido mais polêmico da questão aqui suscitada diga respeito exatamente em sair de uma perspectiva abstrata, eminentemente teórica e filosófica, para a sua aplicabilidade prática, que é, em outras palavras, a real

<sup>14</sup> SÉGUIN, Elida. *Minorias*. In: SÉGUIN, Elida (Org.). *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 74.



possibilidade de concretização do princípio igualitário, coerente e contrastante em si mesmo.

Ao tratarmos da problemática da efetivação de direitos, cabe-nos destacar que o nosso maior desafio, enquanto juristas ou apenas estudiosos do assunto, é impedir que sejam continuamente violados<sup>15</sup>.

O mundo assiste e continua assistindo aos discursos do direito e do respeito à alteridade, das várias aceitações do outro sem racismo ou discriminação, e esquece de implementar programas, de concatenar reações e movimentos. Falta, enfim, participação, sob pena de o mundo permanecer apenas e tão somente assistindo!

## 2.2 – O acesso à educação como ferramenta de inclusão social: rumo à igualdade de oportunidades

A educação constitui um dos principais fatores de reprodução das desigualdades raciais, uma vez que para o autor aquela representa decisivamente as chances de integração do indivíduo na sociedade e de sua capacidade de mobilidade ou ascensão social<sup>16</sup>.

Não diferentemente propõe Ricardo Franklin Ferreira quando aduz que a importante contribuição que a educação formal pode oferecer é possibilitar a discussão e a reversão do preconceito, que parte da própria reconstrução histórica do processo de formação do povo brasileiro, desde sua base – a escola. Assim, completa: “cabe aqui a proposta de um amplo debate, em termos educacionais, sobre o preconceito, as práticas discriminatórias e maneir

<sup>15</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 25.

<sup>16</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 15.

ras de superá-los, pois a escola é um núcleo estruturante formador de futuros adultos”.<sup>17</sup>

Tem-se, portanto, que ao mesmo tempo em que a educação tem peso decisivo à mobilidade e reconstrução social, ela também é usada como instrumento de ocultação das consequências sociais resultantes de práticas discriminatórias existentes no próprio sistema educacional, que, por sua vez, tem o dever de revertê-las.

Para a construção da igualdade racial na educação, faz-se imprescindível, *a priori*, compreender em que medida os negros se encontram em desvantagem em relação aos brancos, e com isso fazer uma análise acurada da magnitude, evolução e estagnação da desigual distribuição das oportunidades sociais no Brasil.

Ao traçarmos parâmetros e estratégias de implementação de políticas públicas de inclusão social da população afro-descendente na educação, nos deparamos com a necessidade de esclarecer, por meio de dados empíricos, os vários impedimentos existentes ao desenvolvimento das potencialidades e do progresso social dessa minoria.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostras em Domicílio (PNAD), realizada anualmente pelo IBGE, em 1999<sup>18</sup>, 34% da população brasileira (aproximadamente 53 milhões de pessoas) vivem com renda inferior à linha de pobreza, e 14% (quase 22 milhões de indivíduos) são indigentes.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> FERREIRA, Ricardo Franklin. O brasileiro, o racismo silencioso e a emancipação do afro-descendente. *Psicol. Soc.[online]*, jan/jun.2002, v.14, n.1, p. 69-86. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php/script\_sci\_home/Ing\_pt/nrm\_iso> Acesso em: 29 set. 2003.

<sup>18</sup> Fonte: CENSO 2000 IBGE. Disponível em: <http://www.censo.gov.br/>. Acesso em: 14 Abr. 2004.

<sup>19</sup> A linha de pobreza se refere aos custos mínimos com alimentação, incluindo despesas com vestuário, habitação e transporte; enquanto a indigência diz respeito aos custos de uma cesta alimentar, que atenda tão somente o consumo calórico mínimo para a sobrevivência do indivíduo.



Cabe aqui a pertinente indagação feita por Henriques: será que a pobreza e a indignância estão 'democraticamente' distribuídas entre as raças? Ou a condição socioeconômica brasileira demonstra viés racial?<sup>20</sup>

Infelizmente a resposta à última pergunta é positiva. Verificamos claramente que os negros representam 45% da população brasileira, mas correspondem a 64% da população pobre e 69% da população indigente. Enquanto em relação aos brancos esse percentual baixa drasticamente, como vimos, eles compõem 54% da população total, mas são 36% pobres e 31% indigentes.<sup>21</sup>

Assim, compreendemos o coerente desabafo daquele autor, quando afirma: "A pobreza no Brasil tem cor. A pobreza no Brasil é negra. Nascer negro no Brasil está relacionado a uma maior probabilidade de crescer pobre".<sup>22</sup>

Além de inaceitável, o padrão de pobreza do país é determinado pela desumana distribuição de recursos, e não pela sua escassez. O mais revoltante dado, por mais incrível que pareça, não é a sobre-representação da pobreza entre os negros brasileiros, mas a estabilidade dessa situação ao longo dos tempos, reflexo da patente naturalização da desigualdade.

No que se refere à distribuição de renda no país, a situação não é diferente, ratificando que a exclusão econômica e a racial se confundem.

No que tange à discriminação educacional, cerne do nosso estudo, esses dados são ainda mais lamentáveis, o que

<sup>20</sup>HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial...*, op. cit., p. 3.

<sup>21</sup> Idem., *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 22.

<sup>22</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 29.

nos legitima a defender fervorosamente "um panorama de propostas de políticas educacionais direcionadas para a igualdade de oportunidades e tratamento no sistema de ensino".<sup>23</sup>

A educação assume um papel primordial na explicação e apreensão da desigualdade racial e de renda no Brasil, tanto é que, a melhoria no nível de escolaridade da população e da qualidade de ensino implica um aumento sensível no desenvolvimento do processo de igualdade racial e social do país.<sup>24</sup>

A intensidade da discriminação racial também se faz clara nesse tópico. Enquanto a média de escolaridade do jovem negro é perto de 6,1 anos de estudo, o jovem branco da mesma idade tem 2,3 anos a mais que o negro, ou seja, 8,4 anos de estudo.<sup>25</sup>

Os graus de escolaridade, agravados na proporção em que avançam os seguimentos do ensino formal, mostram que os negros sempre apresentam significativa desvantagem em relação aos brancos, sendo praticamente tolhido daqueles o direito fundamental à educação. A inconsistência do preconceito de raça ou cor traduz-se pela certeza de que estes dados não seriam os mesmos se lhes fossem favoráveis as oportunidades.

É evidente a constatação da precariedade e sucateamento do sistema educacional nos moldes em que se encontra e, com mais nitidez, vê-se a inércia do padrão de discriminação racial em todos os níveis do sistema de ensino.

<sup>23</sup> SILVA JÚNIOR, Hélio. *Discriminação racial nas escolas: entre a lei e as práticas sociais*. Brasília: Unesco, 2002. p. 12.

<sup>24</sup> Segundo Ricardo Henriques (2001, p. 26), cerca de 55% do diferencial salarial entre brancos e negros está associado à desigualdade educacional.

<sup>25</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n. 807. Rio de Janeiro. 2001, p. 26. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/temas\\_especiais/desigualdade\\_racial](http://www.ipea.gov.br/temas_especiais/desigualdade_racial)> Acesso em: 30 nov. 2003.



As estatísticas se mostram absolutamente úteis à desmistificação do discurso oficial da “democracia racial” que impera em nosso país, e mais, nos alerta para a necessidade de formulação e implementação urgentes de políticas públicas de enfrentamento da desigualdade racial.

Nessas perspectivas, propomos a junção de políticas ditas “universalistas”, imprescindíveis à melhoria das condições de vida da população brasileira, com políticas “diferencialistas”, ou de discriminação positiva, como são conhecidas, para a desconstrução do processo de naturalização da desigualdade. Alguns elementos relevantes são trazidos para definir a importância das ações afirmativas no contexto social hodierno, vejamos:

Faz-se necessário redefinir os horizontes de igualdade de oportunidades, de condições e de resultados, fazendo dispor, entre outros, de políticas explícitas de inclusão social. A redução da desigualdade entre brasileiros brancos e brasileiros afro-descendentes apresenta-se como prioridade para constituirmos uma sociedade democrática, livre, economicamente eficiente e socialmente justa.<sup>26</sup>

Como vimos, é nítido o viés racial existente no problema da discriminação educacional, problema este complexo e cercado de fatores determinantes, ressalte-se, o mais grave deles, a falta de vontade política em mudar toda essa conjuntura de práticas sociais excludentes, que, quer implícita ou explicitamente, reforçam e concorrem para a permanência de uma cultura racista.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n.807. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/temas\\_especiais/desigualdade\\_racial](http://www.ipea.gov.br/temas_especiais/desigualdade_racial)> Acesso em: 30 nov. 2003, p. 47.

<sup>27</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 8.

Frise-se, nesse certame, que a desigualdade de oportunidades na educação é fator essencial à reprodução de uma hierarquia racial e também social tradicionalmente consagrada, o que indica não apenas a existência, mas a persistência desse tipo de discriminação, sentida mais fortemente nas camadas mais pobres da população.

### 3 – AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA AMERICANA COMO PRECURSORA EM FAVOR DA DIGNIDADE DOS NEGROS

A expressão ação afirmativa foi consolidada na década de 60, nos Estados Unidos, na Ordem Executiva n.º 10.925, de 1963, assinada pelo presidente John F. Kennedy, denominação esta que significaria a promoção da integração e do bem-estar das minorias. Todavia, a implementação das primeiras políticas de ação afirmativa somente se deu após a Declaração dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*), de 1964, com o presidente Lyndon Johnson, em 1965, quando os atos de discriminação lícita foram reconhecidos como essenciais à conformação do Estado Democrático, e o drama do negro americano foi atacado vigorosamente.<sup>28</sup>

Importante resultado obtido com a implantação das ações afirmativas nos Estados Unidos foi sem dúvida o aumento significativo, em termos de representatividade dos afro-descendentes em ocupações influentes e lucrativas, antes reservadas quase que exclusivamente aos brancos.

<sup>28</sup> BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-asiáticos* [online]. 2002, v. 24, n. 2. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_home/Ing_pt/nrm_iso)> Acesso em: 29 set. 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença. Ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



Insta consignar que foram as universidades, juntamente com empresas vinculadas ao Governo Federal, uma das primeiras a reconhecer o papel da educação como instrumento fundamental no desempenho dos estudantes provenientes de minorias marginalizadas. Contudo, a integração das minorias se encontra associada também às *Voluntary Affirmative Actions*, políticas articuladas e executadas pela iniciativa privada, que tiveram importância fundamental à superação da discriminação em razão da raça.

O plano de ação afirmativa quando implementado pelo próprio Poder Judiciário visa restaurar e corrigir situação jurídica individual ou coletiva decorrente de um comportamento discriminatório ilícito.<sup>29</sup> “A essa postura construtiva do Judiciário [que pode também intervir na esfera privada se dá comumente a qualificação de ‘ativismo judicial’. Porém, ao notar que apenas por meio de casos individuais, decididos pelo Judiciário, não se teria uma mudança profunda para a reversão do preconceito, viu-se a necessidade de superação da “*State Action Doctrine*. Nesse sentido a educação teve primordial relevância para o rompimento da doutrina não intervencionista do Estado.”<sup>30</sup>

A dificuldade de classificação racial existente no Brasil constitui, sem dúvida, um aspecto extremamente negativo ao desenvolvimento e realização de políticas afirmativas para a população negra. Partimos de um ponto bem inferior àquele de que partem os norte-americanos. Lá, as medidas de discriminação positiva não objetivam a construção de nenhuma diferença, procuram apenas e tão somente alcançar o respeito a estas diferenças.

<sup>29</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência nos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58-59.

<sup>30</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa, op. cit., p. 52-55.

Ora, como se poderá definir vantagens aos brasileiros negros se eles mesmos não sabem quando poderão se autodenominar como tais? A definição da raça negra parece ser o óbice mais sério no que pertine a aplicação de ações afirmativas e do sistema de cotas. Dito de outro modo, essa recusa em admitir a existência de raças vem inviabilizando a implantação de medidas cujo objetivo é amenizar a carga discriminatória suportada pelos afro-descendentes, para a consecução da tão almejada justiça social.

Assim, quando efetivamente implantadas no contexto brasileiro, as ações afirmativas, indubitavelmente, deverão alcançar uma projeção maior do que tiveram e têm nos Estados Unidos, pois atingirão as relações raciais não somente numa perspectiva econômica, promoverão também uma transformação identitária, na medida em que serão a base de uma reforma política de valorização da identidade negra no Brasil, um verdadeiro projeto de mudança comportamental, um novo olhar às relações raciais.

A experiência positiva obtida nos Estados Unidos com a implantação das ações afirmativas contribuiu fortemente para que aqui também começássemos a discutir o tema com a seriedade necessária, e melhor, fomos além de uma discussão doutrinária e concretizamos, ainda que timidamente, políticas discriminatórias de promoção da igualdade de condições e de oportunidades para os negros brasileiros, porém, sem esquecer que ainda há um longo caminho a percorrer.

Constata-se, pois, que numa “análise imparcial da realidade – tanto quanto possível – e calcada em pesquisas recentes realizadas sobre ações afirmativas demonstra que a razão está com aqueles que lutam pela sua preservação [...]”.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001, p. 145.



No Brasil, por sua vez, as propostas de políticas “positivas” avançam a olhos vistos, embora ainda sob os holofotes de um “jogo político de poder”, motivo que o faz ainda um dos temas mais polêmicos da agenda política do país. Porém, diante das várias previsões constitucionais que legitimam sua aplicação, muitas dessas importantes ações já foram implementadas em vários lugares do Brasil como medidas pontuais. Infere-se, portanto, a nossa carência em projetos nacionais e integrados, de maior alcance, que possam, enfim, combater a discriminação da maneira em que ela se apresenta, ou seja, de forma estrutural.

As ações afirmativas, por ser tema demasiadamente recente na pauta política de nosso país, geram, ainda, como vimos, muitas controvérsias, mas estas consistem num fator positivo, pois tendem a ampliar significativamente as discussões sobre o tópico, e quiçá viabilizar sua utilização como instrumento de combate às diversas formas de discriminação existentes entre nós.

### 3.1 – Ações afirmativas como mecanismo viabilizador da igualdade de condições: uma arma a favor da inclusão social dos negros

Diante da nefasta estabilidade das relações raciais brasileiras, temos o desafio de enfrentar o falso contexto social no qual estamos inseridos, analisando e, principalmente, defendendo o verdadeiro significado e as conseqüências trazidas pela implementação das ações afirmativas para a população negra.

Hoje já é assente que assumir uma posição neutra em relação ao critério classificatório de raças, ou negar a existência do racismo são heranças impostas pelo mito da democracia racial, e constituem o principal obstáculo à elabo-

ração e concretização de políticas afirmativas, públicas ou privadas, porém não são os únicos.

Um dos fortes argumentos contrários à implantação dessas políticas é o fato de que, embora o Brasil tenha em sua história a mais tardia alforria do mundo, após a abolição de 1888, nunca se ouviu falar na existência de legislação de cunho racista ou segregacionista. Com efeito, aduzem insistentemente que, em não havendo nenhum obstáculo jurídico que confirme a alegação do processo exclusivo dos negros no Brasil e, principalmente, nenhuma legislação explícita nesse sentido, não assiste razão para conferir tratamento diferenciado a esse grupo.

Os defensores dessa tese se atêm ao princípio isonômico, posto que, se a Constituição garantiu a igualdade a todos, sem discriminação, ela também conferiu igualdade de oportunidades, inadmitindo a diferenciação de determinados segmentos.

O argumento fulcrado na ausência de leis discriminatórias expressas em nosso país não nos parece suficientemente forte, posto que não exime toda a sociedade da responsabilidade por seus atos, sua cultura e práticas realizadas ao longo da sua história. Se assim não fosse, como se justificaria o fato de que, após a publicação da Lei Áurea – que seria o divisor de águas para uma sociedade livre e igualitária – seria ela mesma a responsável pelo aumento da miserabilidade sofrida pela população negra?

Posto isto, a alegação de que somente a existência de leis segregacionistas justificaria a presença do racismo entre nós, e a conseqüente legitimação de políticas de discriminação positiva, deve ser totalmente rechaçada.

Ora, esse mesmo país-exemplo, que mais bem teria resolvido a questão racial, desde muitos anos se depara com números e estatísticas que levam, ao menos, a uma séria reflexão sobre a imagem deste paraíso racial.



A realidade revela os obstáculos para a integração do afro-brasileiro e a desigualdade de condições que enfrentam. Visto desse modo, até os críticos mais veementes que se insurgem contra a adoção de políticas afirmativas não poderão negar o abalo que sofre a democracia racial, e por via de consequência, o próprio discurso contrário à aplicação dessas medidas com base nesse argumento.

Na luta política constante pela construção de uma efetiva democracia racial, todos têm a responsabilidade de desenvolver uma autocrítica sobre a sua atuação no espaço público, isso significa, numa perspectiva de democracia participativa, a concepção de que a aplicação das ações afirmativas em favor das minorias exige uma mudança comportamental, principalmente daquele que mais tem interesse na transformação dessa estrutura social nitidamente discriminatória e excludente: o próprio cidadão.

É cediço que a desigualdade racial, com problema estrutural que é, reflete em grande parte a insuficiência das políticas públicas de caráter universalista adotadas atualmente, sendo certo que apenas tais políticas não poderão corresponder satisfatoriamente aos ensejos de mudança por séculos esperada.

Infere-se da experiência alienígena e também da nossa que a ação afirmativa, embora não seja uma "fórmula" de universalização da cidadania, constitui um poderoso instrumento (ou artifício) essencial de promoção da equidade e da inclusão sociais, bem como garantia do respeito à diversidade.

Cumprir notar que a legitimidade das ações afirmativas, principalmente conferindo a desigualdade de tratamento no acesso aos bens e aos meios, está em possibilitar o favorecimento da igualdade de oportunidades como valores supremos, como forma de restituir direitos aos grupos mais discriminados.

As ações afirmativas são compreendidas como políticas públicas que visam corrigir desigualdades socioeconômicas procedentes de discriminação, atual ou histórica, sofrida por determinados grupos, através de concessão de vantagens competitivas para membros destes, que vivenciaram e vivenciam uma situação de inferioridade, com a finalidade de que, num futuro concretamente estipulado, esta situação venha a ser revertida.<sup>32</sup>

Assim, compartilhamos com Jaccoud e Beghin quando afirmam:

A defesa de políticas de ação afirmativa parte do reconhecimento da urgência que envolve o tema: não é mais possível postergar o enfrentamento da exclusão social de caráter racial que existe no país. A exigência de respeito ao princípio da igualdade racial encontra um poderoso instrumento na adoção de políticas afirmativas.<sup>33</sup>

A tendência no exame da legitimidade das ações afirmativas e seus efeitos é marcado por um rígido exame para a admissibilidade de sua constitucionalidade, principalmente quando se refere à discriminação positiva de cunho racial. Portanto, o que deve ser seriamente questionado aqui é a técnica hermenêutica que vem sendo usada para impedir os verdadeiros efeitos dessas medidas, ou seja, a representação proporcionalmente justa dos negros nos diversos seguimentos da sociedade, através da sua integração socioeconômica,

<sup>32</sup> BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-asiáticos [online]*. 2002, v. 24, n. 2, p. 247-273. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php/script\\_sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php/script_sci_home/Ing_pt/nrm_iso)> Acesso em: 29 set. 2003.

<sup>33</sup> JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.



o que representa a consecução de uma igualdade racial, alijerce de uma verdadeira democracia.

### 3.2 – A constitucionalidade do sistema de cotas: mecanismo de efetividade do princípio da igualdade racial na educação

As políticas de ação afirmativa podem ser efetivadas através do método das preferências, do sistema de bônus e incentivos fiscais (o poder fiscal como mecanismo de motivação do setor privado à erradicação dos efeitos da discriminação racial), entre várias outras maneiras pelas quais as políticas positivas podem atuar, como forma de conferir benefícios a determinados grupos sociais, porém iremos nos ater neste momento à mais conhecida e talvez à mais polêmica delas: o sistema de cotas.

A imposição de cotas rígidas, mais divergente política de ação afirmativa, está associada à realização da igualdade de oportunidades, sem que possamos esquecer, no entanto, a importância de medidas universalistas de cunho social (a melhoria na qualidade do ensino público, a justa distribuição de renda, as reformas tributária e agrária, etc) que devem se somar à consecução do mesmo fim: a integração social dos negros.

Os princípios jurídicos incorporados à Carta Magna de 1988 permitem uma interpretação mais holística do princípio da igualdade jurídica, assim vemos que vários dispositivos legais apontam para a constitucionalidade do sistema de cotas para negros, não à toa, a reserva de vagas previamente estabelecidas para o preenchimento de vagas no corpo discente das universidades públicas ou particulares, ou em concursos públicos, para o provimento de cargos e empregos públicos, em que pese grande polêmica a respeito, encontra fervorosos adeptos.

O princípio da igualdade material, o débito estatal pela imensa marginalidade social imposta aos negros durante séculos, a possibilidade albergada em nossa Lei Maior da instituição de políticas diferencialistas, são os principais argumentos em favor da adoção do sistema de cotas. Todavia, a ela também se insurgem fortes argumentos contrários.

Numa análise crítica percuciente, vemos que o princípio igualitário não representa óbice à implementação da política de cotas raciais, ao revés, serve de fundamento jurídico-legal de sua aceitação em nosso sistema normativo, reflexo da equidade pela qual deve se reger.

O mais controverso argumento contrário ao sistema de cotas é a impossibilidade de definição idônea dos integrantes da raça negra, tema que nos reporta ao mito da democracia racial brasileira.

Qual o critério juridicamente aceito para a definição da raça negra? Raça, já asseverava Ralph Linton<sup>34</sup>, é um conceito extremamente complexo, e o interesse que surge na diferenciação racial deriva de um conjunto especial de fatores históricos e sociais, e não científicos ou biológicos, pois nenhum teste até hoje revelou qualquer diferença racial importante.

Os movimentos de defesa dos negros não admitem o critério científico ou biológico de definição de raças, entendem, por sua vez, que o sistema voluntário de auto-afirmação racial é o que melhor corresponde ao objetivo de reconhecimento e identificação ao grupo, e também o que melhor garante a preservação à cultura negra.

Por conseguinte, refletimos, se por um lado o sistema voluntário não é seguro por trazer o risco de auto-afirmações raciais falsas, com o fim de beneficiar-se das facilidades

<sup>34</sup>LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia*. 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.



deferidas; temos, por outro lado, que o critério biológico praticamente inexistente, porque raça é um conceito eminentemente sociocultural. Assim, como auferir objetivamente esse critério é o maior desafio imposto para a aplicação do sistema de cotas raciais. Constata-se, portanto, que se existem riscos de auto-afirmações raciais falsas, piores são as consequências da permanência da alta carga discriminatória suportada por séculos pelos integrantes da raça negra.

A judicialização do tema da implementação da política de cotas na educação e sua crescente discussão nos três Poderes instituídos é um fenômeno que ilustra a consciência social dos direitos que nos são assegurados, e a expansão do controle exercido pela sociedade sobre a ação do Estado, o que Joaquim Gomes denominou de "renúncia à neutralidade estatal".<sup>35</sup>

A defesa da discriminação positiva para os negros na educação é hoje a que mais suscita divergência e, ao mesmo tempo, a que mais cresce em defesa da sua constitucionalidade.

Entendemos, enfim, que o sistema de cotas para negros na educação se faz hoje essencial para o enfrentamento de uma questão séria e relevante de nossa sociedade: a reprodução das desigualdades educacionais como um dos fatores de perpetuação da discriminação racial.

O sistema de cotas funcionará como eficaz meio de exigir do poder público uma resposta que garanta aos negros condições mínimas para a continuidade de seus estudos, para disputarem, em real igualdade de condições, um lugar digno na sociedade.

<sup>35</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência nos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35.

No magistério de Hélio Silva, podemos concluir que:

Ao nosso ver, as políticas de ação afirmativa, entre elas as cotas nas universidades federais para a população negra, são uma medida eficaz na redução da desigualdade racial entre brancos e negros neste país; desigualdades que têm possibilitado que o acesso e permanência no ensino superior sejam tratados como privilégio de alguns.<sup>36</sup>

Contra a cabal realização desse objetivo, é provável que se erga obstinadamente a resistência dos adeptos de um passado que, malgrado, traduz um sentimento velado, traduz também direta e fortemente formas de expressão social, aparentemente democráticas, que, porém, incutem arbitrariedades inescandíveis. Se estas permanecem, restringirão, ou mais, comprometerão as esperanças de uma transformação social profunda e necessária.

Falar em mudança estrutural, excluídos assim todos os benefícios particularistas sabidamente existentes – sem preterir a concessão de privilégios aos mais abastados – causa grandes repercussões. Assim, devemos resistir contra os argumentos dos que são contrários a esta transformação social, sob pena de fazermos perdurar a tão malsinada primazia das conveniências particulares sobre os interesses coletivos.

É cediço que o acesso à educação é uma das formas de construção efetiva do ideal democrático, sendo as políticas afirmativas educacionais instrumentos de grande valia ao respeito à diversidade étnica no país e, sobretudo, à tão almejada integração social dos negros, cuja finalidade converge aos

<sup>36</sup> SILVA JÚNIOR, Hélio. *Discriminação racial nas escolas: entre a lei e as práticas sociais*. Brasília: Unesco, 2002. p. 79.



propósitos constitucionais de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos"<sup>37</sup>.

#### 4 - CONCLUSÃO

A consciência e o enfrentamento da desigualdade racial no Brasil tornou-se uma obrigação ética, um compromisso e ao mesmo tempo uma responsabilidade social.

Ora, do modo em que se encontra enraizada na cultura brasileira, a maneira sub-reptícia do racismo obstaculiza a reversão do problema e o conserva, em virtude da falsa idéia de sua inexistência.

A falta de oportunidades constitui o principal óbice existente ao desenvolvimento das potencialidades e do progresso social dos negros brasileiros. Pensar de outro modo é atribuir a estes a responsabilidade pelos seus insucessos sociais, o que seria totalmente estapafúrdio.

É preciso realizar uma mobilização efetiva por parte do Estado e da sociedade civil organizada, com vistas à conscientização dos efeitos gerados por esta discriminação histórica, e as conseqüências sofridas pela população negra e sua sobre-representação nos índices de pobreza, miséria e analfabetismo.

Ora, a dissintonia entre o texto normativo e a realidade nos impulsiona na defesa assídua das propostas de políticas educacionais diferencialistas, mais especificamente do sistema de cotas, direcionadas para a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como igualdades de condições de permanência no sistema de ensino, associada, ressalte-se, a outros programas universalistas na área social, principalmente educacional, como a melhoria da qualidade de ensino.

<sup>37</sup> Cf. Preâmbulo da Constituição Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

A educação tem primordial relevância para minimizar ou quem sabe extirpar os problemas decorrentes da desigualdade racial, e o ativismo estatal, com vistas ao incentivo de promoção do acesso das minorias nas entidades educacionais públicas e privadas, corresponde plenamente aos ansejos de uma sociedade mais justa e mais igualitária.

Nessa oportunidade, salientamos a insuficiência das políticas ditas "universalistas" para a reversão do preconceito e desigualdade raciais existentes em nosso país, ressaltando, nesta seara, a importância das ações afirmativas para a desmistificação do que se convencionou denominar "democracia racial" e, sobretudo, para a construção da igualdade material.

Longe dos holofotes engendrados nos discursos políticos, a conclusão é a síntese do nosso desejo de aceleração do processo de transformação social, por meio das políticas de ação afirmativa, que ao nosso ver contribuem para a conscientização das perplexidades, do mesmo modo em que servem à discussão e racionalização da necessária redução das desigualdades raciais no Brasil, possibilitando que o acesso à educação não seja privilégio de poucos, mas direito de todos.

Assim, cremos que políticas afirmativas explícitas de inclusão social em favor dos negros nos sistemas de ensino constituem realmente um instrumento democrático de concretização da igualdade real e de promoção da equidade, como forma de garantir-lhes o direito fundamental à educação, bem como o respeito à dignidade humana.

Assim como inócua é a teoria que não se destina à prática, também nada vale declarar direitos sem possibilitar a sua concretização. Portanto, se cabe ao Direito a tutela das diferenças, cabe-lhe também assegurar sua efetividade, e a consecução desse fim é, antes de tudo, justiça social.



## 5 – REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. **O princípio da igualdade: a (in) sensível desigualdade ou a isonomia matizada. Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2001. p.253-267.

ARAGÃO, Selma; VARGAS, Ângelo. **Relações étnicas conflituosas.** In: SÉGUIN, Elida (Org.). **Direito das minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169-186.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Sistema de cotas,** 2003. Disponível em: [http://www.prpe.mpf.gov.br/doutrina/artigos/sistema\\_de\\_cotas.pdf](http://www.prpe.mpf.gov.br/doutrina/artigos/sistema_de_cotas.pdf). Acesso em: 3 mar. 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços.** 1. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.

BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil.** Estudos Afro-asiáticos [online]. 2002, v. 24, n. 2, p. 247-273. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php/script\\_sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php/script_sci_home/Ing_pt/nrm_iso). Acesso em: 29 set. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era do Direito.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

CARVALHO JÚNIOR, Isaac Batista de. **O princípio constitucional da isonomia.** *Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos.* Recife, a. VII, n. 7, p. 77-80, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença. Ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Ricardo Franklin. **O brasileiro, o racismo silencioso e a emancipação do afro-descendente.** *Psicol. Soc.[online].* jan/jun.2002, v.14, n.1, p. 69-86. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php/script\\_sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php/script_sci_home/Ing_pt/nrm_iso). Acesso em: 29 set. 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal.** 20. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1980.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença.** Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação.** *Revista de informação legislativa,* Brasília, a. 36, n. 143, jul./set.1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência nos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HENRIQUES, Ricardo. **Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação.** Brasília: Unesco, 2002.



\_\_\_\_\_. **Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90.** Texto para discussão n.807. Rio de Janeiro. 2001. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/temas\\_especiais/desigualdade\\_racial](http://www.ipea.gov.br/temas_especiais/desigualdade_racial)> Acesso em: 30 nov. 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1994.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental.** Brasília: IPEA, 2002.

KOSOVSK, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (Org.). **Direito das minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1-9.

LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução à antropologia.** 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, v.1, 1993, p. 79-83.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: RT, 2001.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo.** 4.ed. Brasília: Vozes, 1977.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio constitucional da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15/96.

SÉGUIN, Elida. Minorias. In: SÉGUIN, Elida (Org.). **Direito das minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.11-80.

SILVA JÚNIOR, Hélio. **Discriminação racial nas escolas: entre a lei e as práticas sociais.** Brasília : Unesco, 2002.

SILVÉRIO, Valter Roberto. **Políticas raciais compensatórias: o dilema brasileiro do século XXI.** Disponível em: <[http://www.mp.pe.gov.br/gt\\_racismo/doutrina/artigos.htm](http://www.mp.pe.gov.br/gt_racismo/doutrina/artigos.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2004.

VASSOURAS, Vera Lúcia C. **O mito da igualdade jurídica no Brasil.** Notas críticas sobre a igualdade formal. 1.ed. São Paulo: Edicon, 1995.



# O DIREITO DE PUNIR E OS FINS DA PENA<sup>1</sup>

*Fabiana Virgínio Patriota Tavares*

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Assessora do Juízo da 21ª Vara Cível da Comarca do Recife -PE

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 – DIREITO DE PUNIR; 2 – TEORIAS DA PENA; 2.1 – Teorias Absolutas; 2.1.1 – Visão de Kant; 2.1.2 – Visão de Hegel; 2.2 – Teorias Relativas; 2.2.1 – Teoria da prevenção geral; 2.2.1.1 – Teoria da prevenção geral negativa; 2.2.1.2 – Teoria da prevenção geral positiva; 2.2.2 – Teoria da prevenção especial; 2.2.2.1 – Teoria da prevenção especial negativa; 2.2.2.2 – Teoria da prevenção especial positiva; 2.3 – Teorias Mistas; 3 – OS FINS DA PENA CONSOANTE O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO; 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 – REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

Etimologicamente, a pena descende do grego *póine* que significa castigo, punição, sofrimento.

É cediço que a história da pena coincide com a do Direito Penal, pois a sanção penal representa a reação do

<sup>1</sup> Artigo usado como avaliação para a disciplina de Teoria Geral de Direito Penal (Teoria do Crime) ministrada pelo Professor Ricardo de Brito no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal da Escola da Magistratura de Pernambuco.



estado contra a desobediência à norma. E diz-se reação, pois decorre do direito de punir do Estado.

Sabe-se que ultrapassada a fase da vingança privada e da autotutela, o Estado passou a ser o titular exclusivo do *jus puniendi*. E assim, o único que detém o poder de definir quais são os comportamentos considerados proibidos/reprováveis, bem como estabelecer a consequência jurídica de tais atos (sanção).

Neste contexto, a pena é uma condição indispensável para a convivência humana em sociedade; servindo como termômetro da evolução de um povo ao refletir a maneira como é tratado e punido aquele que cometeu o delito.

Muitas foram as razões dadas, na história, para fundamentar e legitimar o combate à delinquência através da ação do Estado. Assim, as teorias da pena (retributiva, preventiva e mista), surgiram, historicamente, com o fito de justificar os fins da intervenção penal, concretizada na pena.

É exatamente essa questão da finalidade da pena que discutiremos neste trabalho.

## 1 – DIREITO DE PUNIR

Conforme os ensinamentos do Mestre Beccaria, a origem do direito de punir e, por conseguinte, das penas, explica-se pela necessidade do sacrifício pelo homem de parte de sua liberdade em prol do bem geral, ou seja, para a convivência harmoniosa em sociedade era preciso ceder parte de sua liberdade. Assim, a soma dessas porções de liberdade, sacrificadas ao bem geral, é posta ao Estado, o qual assume o poder de aplicar a pena aos que ameaçam/lesam a paz e a segurança da vida em comunidade. (BECCARIA, 1993, p. 25-26)

O direito de punir aparece, assim, como forma de proteção dos bens e valores jurídicos fundamentais da vida

em sociedade, o qual tem a pena como sua expressão maior. Coube, a partir de então, ao Estado, criar um Direito Penal objetivo definido como o conjunto de normas jurídicas que descrevem delitos e estabelecem sanções com o fim de salvaguardar subsidiariamente<sup>2</sup> os bens jurídicos.

Observe-se que só surge para o Estado o direito de aplicar a punição prevista na norma, a partir do instante em que um indivíduo, através de uma conduta delituosa, infringe uma norma penal. Tal poder do Estado encontra-se limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, o qual descreve previamente quais condutas/ações são lidas como criminosas, além de definir quais as consequências jurídicas de tais ações<sup>3</sup>. Quando o Estado estabelece uma norma jurídica, limita também a própria liberdade em relação ao conteúdo dessa norma. Essa limitação se dá visando impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades como aquelas ocorridas na “Era do Terror”, antes da reforma penal do século XVIII. É o direito objetivo que deve consagrar normas e princípios que coloquem o homem como medida do poder punitivo e, por consequência lógica, da pena.

## 2 – TEORIAS DA PENA

Várias foram as justificativas dadas, no decorrer da história, para fundamentar e legitimar a repressão da delinquência mediante a ação do Estado. Posto que a pena é o que caracteriza o direito penal, vislumbra-se, em cada teoria da pena, uma teoria do direito penal com suas próprias raízes

<sup>2</sup> Esclareça-se “subsidiariamente”, pois, entendemos o Direito Penal como *ultima ratio*. O Estado só deve valer-se do Direito Penal quando os demais meios de controle social falharem.

<sup>3</sup> Princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: o legislador está obrigado a definir com clareza e precisão a individualização de uma conduta tida como delituosa, além de cominar a pena respectiva.



políticas e filosóficas. (PIERRAGELI; ZAFFARONI, 2004, p.116)

Em geral, classificam-se as teorias da pena em absolutas, relativas e mistas.

## 2.1 – Teorias Absolutas

*Punitur quia peccatum*: pune-se porque pecou.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas) tiveram como defensores, entre outros, Kant e Hegel.

Para os defensores de tal teoria a pena tem caráter retributivo, ou seja, ela restaura a ordem atingida pelo delito, a pena é, assim, a retaliação e a expiação, uma exigência absoluta de justiça, com fins aflitivos e retributivos, opondo-se a qualquer finalidade utilitária. A sanção penal encontra em si mesma a sua justificação sem que possa ser considerada um meio para ulteriores fins.

Pune-se o agente porque cometeu o crime<sup>4</sup>, impõe-se um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma.

Esclarece Bittencourt (1999b, p.99) que:

Segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

Em resumo, a pena seria um mal justo oposto ao mal injusto do crime.

<sup>4</sup> Representa a fórmula: *Punitur quia peccatum est*

### 2.1.1 – Visão de Kant

Para Kant, a sanção penal é um imperativo categórico, consequência natural do crime, uma retribuição jurídica, pois só o que é igual é justo<sup>5</sup> e assim, ao mal do delito impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. Impõe-se o castigo por uma exigência ética, não se vislumbrando qualquer conotação ideológica na pena. (MIRABETE, 1991, p.234)

Em síntese, Kant entendia que o réu deve ser castigado apenas por ter delinqüido. Assim, resume sua posição da seguinte forma: caso um Estado fosse dissolvido voluntariamente, dever-se-ia antes executar o último assassino que estivesse preso, com o fito de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo que deixou de exigir a sanção. Se assim não fizesse o povo, poderia então ser considerado participe da lesão pública da justiça. (CORRÊA JUNIOR; SHECAIRA, 2002, p.130).

### 2.1.2 – Visão de Hegel

Para Hegel, a sanção penal impunha-se como uma necessidade lógica e assim como Kant, atribuía à pena um caráter retributivo talional, por ser a punição a violação do contrato. Dizia que se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e, conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito, que se imporá simplesmente pela necessária afirmação do mesmo. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2004, p.272)

Entendia Hegel que a sanção penal, razão do direito,

<sup>5</sup> Atribuía à pena um conteúdo talional.



anula o delito, razão do crime, emprestando-se à pena não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica.

O fundamento da pena para Hegel é jurídico, já que ele considera que a pena se destina a restabelecer a vigência da vontade geral, consubstanciada na lei, negada que fora pela vontade do delinqüente. Em síntese, afirmava que a pena é uma exigência da justiça e se funda na pura retribuição. Tem um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de compensar o mal com o mal.

## 2.2 – Teorias Relativas

*Punitur ne peccetur*:: pune-se para que não se peque.

Também chamadas teorias utilitárias ou utilitaristas, elas defendiam uma efetiva finalidade para a pena. Concebiam a pena como um meio para obtenção de objetivos ulteriores. Dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O delito não seria causa da sanção penal, mas a ocasião para ser aplicada. O objetivo da pena seria a prevenção de futuras condutas delitivas.

Tais teorias foram sustentadas, entre outros, por Feuerbach e Röeder e se subdividem em teorias relativas da prevenção geral e da prevenção especial.

### 2.2.1 – Teoria da prevenção geral

Destacam-se, entre seus principais defensores, Beccaria e Feuerbach.

Tal teoria postula a aplicação da pena para a intimidação de todos os membros da comunidade a fim de que não cometam delitos. Ou seja, a sanção penal deve constituir-se uma ameaça destinada à coletividade, atemorizando os possíveis infratores a fim de que não cometam crimes.

Defendem o efeito dissuasório ou intimidativo da pena em relação ao infrator potencial.

E sendo uma ameaça, a pena se revela “um poderoso meio profilático da *fames peccati*” e “um freio contra o crime” que, se de um lado, “reafirma o princípio da autoridade que o criminoso afrontou”, de outro, se constitui “um indireto contramotivo aos possíveis criminosos de amanhã” (HUNGRIA, 1940, p.132).

Segundo Feuerbach, a sanção penal é aplicada em virtude de um fato passado e consumado, tendo como objetivo conter todos os cidadãos a fim de que não cometam crimes, ou seja, aspira a coagi-los psicologicamente. Por isso não é só necessária a cominação, mas também a execução. Assim, para que a sanção penal constitua uma coerção psicológica é necessário que esta – a sanção – seja certa e não indefinida.

Em síntese, para os defensores dessa teoria, a sanção penal é uma ameaça que deve ter a necessária força para configurar uma coerção psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores.

Essa era também o pensamento de Beccaria, que afirmava:

Quereis prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las. Não favoreçam elas nenhuma classe particular; protejam igualmente cada membro da sociedade; receia-as o cidadão e trema somente diante delas. O temor que as leis inspiram é salutar, o temor que os homens inspiram é uma fonte funesta de crimes. (BECCARIA, 1993, p.126-127)



### 2.2.1.1 – Teoria da prevenção geral negativa

Vincula-se ao modelo clássico de prevenção, tem como destinatários os infratores potenciais e defendem que a função da pena é a intimidação ou dissuasão neles provocada pela mensagem contida na lei penal.

Confia na eficácia preventiva da pena em abstrato.

### 2.2.1.2 – Teoria da prevenção geral positiva

Também chamada de teoria da “prevenção - integração”, atrela-se ao modelo neoclássico de prevenção, tem como destinatários os cidadãos fiéis à lei e sustentam que a função da pena é a de declarar e afirmar valores e regras sociais e de reforçar sua validade, contribuindo para a integração do grupo.

Confia na eficácia preventiva da pena aplicada.

Chama a atenção para a relevância do bem jurídico protegido. A pena representa a atualização da vigência e a confirmação das normas e dos valores do ordenamento jurídico.

Em suma, sustentam que a lei penal é capaz de estimular as pessoas a agirem conforme o direito, na medida em que depositam confiança no funcionamento do sistema.

### 2.2.2 – Teoria da prevenção especial

Dentre seus principais defensores, destaca-se Röeder. Para seus adeptos, a pena age sobre o apenado, isto é, atua diretamente sobre o autor da violação penal para que não volte a delinquir, tentando corrigir os que possuem possibilidade de ressocialização e isola os irrecuperáveis.

Dirige-se exclusivamente ao delinqüente para que este não volte a cometer delitos.

Segundo Maurach, a prevenção especial está orientada a desenvolver uma influência inibitória do delito no autor. Desta forma poderíamos identificar três fins da pena: intimidação (preventivo individual), ressocialização (correção); e, asseguramento (garantir a recuperação do infrator para a sociedade). (MAURACH, 1995, p.761)

Esta teoria não busca a intimidação da sociedade como um todo nem a retribuição do fato praticado, pois visa apenas àquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a infringir as normas penais.

Resumindo, na “prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.” (JESUS, 1999, p.519)

#### 2.2.2.1 – Teoria da prevenção especial negativa

Prega a segregação/carceirização ou inocuização do condenado, pois, crê na eficácia preventiva da pena executada.

Sustenta, em suma, a neutralização do transgressor, custódia em lugares separados, isolamento e aniquilamento físico.

#### 2.2.2.2 – Teoria da prevenção especial positiva

Prega a reinserção social do condenado. O que importa é a ressocialização do agente infrator, pois crê que se evitando a reincidência, previnem-se novos delitos.

Defende que a pena pode servir de instrumento útil para evitar que o transgressor volte a delinquir.

Em síntese, propugna por um tratamento terapêutico individualizado do condenado visando a sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social.



### 2.3 – Teorias Mistas

*Punitur quia peccatum ut ne peccetur*: Pune-se porque pecou para que não se peque.

Também chamadas de teorias da união, sincréticas ou ecléticas, estas defendem o caráter retributivo da pena, mas agregam os fins da reeducação e da prevenção do delinqüente.

Sem desprezar os principais aspectos das teorias relativas e absolutas, como é intuitiva pela própria nomenclatura, a teoria unificadora ou mista busca reunir em um único conceito os fins da pena. As teorias mistas sustentam que a retribuição e a prevenção, geral e especial, são aspectos distintos de um mesmo fenômeno que é a sanção penal.

Entendem seus defensores que a sanção penal, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, sua finalidade não é só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Em resumo, a pena deve objetivar, ao mesmo tempo, retribuir e prevenir a infração.

### 3 – OS FINS DA PENA CONSOANTE O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**:

I – As penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.  
(BRASIL, 2004, grifo nosso)

Observa-se do artigo supratranscrito que o legislador do Diploma Penal Brasileiro de 1940 adota a teoria unificadora da pena, ao estabelecer que o juiz fixará a pena conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A sanção penal é vista não só com o fim retributivo (ao mal do crime aplica-se o mal da pena), mas também preventivo (ameaçar a todos para que não venham a delinqüir e evitar que o criminoso volte a cometer delitos).

Adotou-se, assim, o entendimento de que ao lado do sancionamento expiatório a pena tem por finalidade a prevenção geral e especial à reprodução de novas práticas delituosas.

Em suma, o supra citado artigo estabelece que o juiz, no momento da sentença (fixação da sanção penal), tem o dever de buscar a compatibilização entre todos os fins da pena (retribuição e prevenção geral e especial). Tem que satisfazer interesses da coletividade (de repressão e prevenção geral), assim como as peculiaridades do autor do delito (prevenção especial).

### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

É comum, aos estudiosos da Ciência Penal, a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade. E ainda de que ela constitui um instrumento do qual se utiliza o Estado, quando necessário, para preservar a convivência humana harmoniosa.

Frise-se 'quando necessário', pois a intervenção penal e, por conseguinte, a aplicação da sanção penal deve ser



restrita aos casos em que os demais meios de controle social (civil, administrativo etc.) não foram capazes de solucionar os conflitos. Ou seja, o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*.

Sendo a característica diferenciadora da Ciência Penal frente às demais ciências jurídicas, a finalidade da pena coincide com a própria função do Direito Penal: reafirmar a existência do Estado/do poder estatal a fim de garantir a convivência dos homens em sociedade.

Vê-se que a pena se apresenta com dupla finalidade: uma, inerente a sua função de autoconstatação do Estado (função retributiva) e outra, como instrumento capaz de tornar possível a convivência humana (função preventiva).

A intervenção estatal visa sempre ao bem estar da coletividade com a proteção de bens jurídicos. Na medida em que interfere para reprimir o agente do delito, aplicando-lhe uma pena, aspira a corrigi-lo/reeducá-lo a fim de reinseri-lo ao convívio harmônico com os demais integrantes da sociedade.

Pois, “a retribuição e a prevenção são fases da mesma moeda e, como acentua Everardo da Cunha, ‘a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra’.” (MIRABETE, 1991, p.235).

## 5 – REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS-ABNT. **Informação e documentação – Citações em documentos. Apresentação: NBR 10520.** Rio de Janeiro: ABNT, ago. 2002.

\_\_\_\_\_. **Informação e documentação. Referências. Elaboração: NBR 6023.** Rio de Janeiro: ABNT, ago. 2002.

\_\_\_\_\_. **Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos. Apresentação: NBR 14724.** Rio de Janeiro: ABNT, ago. 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e Das Penas.** Bauru, São Paulo: Editora Edipro, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98.** São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do Princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. **Código Penal.** Barueri, SP: Manole, 2004.

CORREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidade, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Jacintho, 1940.



JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: Parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986

## OS CRIMES FALENCIAIS NA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Leonardo de Medeiros Fernandes  
Bacharelado da Faculdade de Direito do  
Recife – Universidade Federal de Pernam-  
buco-UFPE

*À memória de meu Pai, amigo inseparável e inesquecível, Marcelo Márcio Cardoso Fernandes, Magistrado do Estado de Pernambuco, homem honrado e inteligente, o meu primeiro artigo jurídico.*

### SUMÁRIO

DELINEAMENTO DO PROBLEMA. 1 – BREVE INCURSÃO HISTÓRICA. 2 – SEDES MATERIAE DOS CRIMES DE FALÊNCIA. 3 – NATUREZA JURÍDICA DO CRIME FALENCIAL. 4 – DEFINIÇÃO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO FALENCIAL. 4.1 – Princípio da Unicidade. 4.2 – Classificações e Sujeitos do Crime Falencial. 4.3 – Culpabilidade do Agente. 4.4 – Consumação e Tentativa. 5 – ENUMERAÇÃO DOS CRIMES NA LEI Nº 11.101/2005. 6 – CONCLUSÃO. 7 – REFERÊNCIAS

### DELINEAMENTO DO PROBLEMA

O presente estudo tem por escopo analisar os delitos e as penas na falência, em face da evolução legislativa brasileira. O nosso objeto de pesquisa será, portanto, o crime falencial<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Adotaremos a expressão *crimes falenciais* em substituição ao italianismo *crimes falimentares*. “Em bom vernáculo, a expressão *falencial* deve ser preferida à *falimentar*, porquanto se trata esta última de uma palavra oriunda da



Preliminarmente, faremos uma breve incursão histórica do instituto falencial, seu gérmen na Antiguidade Clássica, desenvolvimento no Medievo até chegar a nós como uma modalidade de execução universal do patrimônio do devedor falido.

Buscaremos, se não solucionar, pelo menos apaziguar as polêmicas que cercam o estudo de tema complexo e atual, mas pouco aventado na literatura jurídica. Buscaremos locar a matéria em face do sistema tríduo, que existe nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Em seguida, enfrentaremos a questão da natureza jurídica dos delitos de falência em face do bem jurídico tutelado pelo Estado, sua definição e, portanto, os elementos constitutivos desse fato, não menos hediondo como os demais crimes.

O leitor ainda encontrará referência acerca da classificação doutrinária dos delitos falenciais, dos seus sujeitos ativo e passivo, da culpabilidade do agente, e ainda a possibilidade de existência de crimes falenciais tentados.

Faremos breves comentários da precária enumeração dos crimes na Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 2005) que entrou no sistema brasileiro revogando expressa e completamente o obsoleto Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. Por fim, concluiremos, com o nosso sentir, a respeito do tratamento dado aos crimes falenciais, como inclusos na criminalidade moderna, que atenta contra a ordem econômica, em especial, o comércio.

## 1 – BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

Deve-se às civilizações antigas do Oriente a invenção da escrita, o que possibilitou o surgimento dos primeiros códigos de leis. Em sua natureza, eram conjuntos de normas

língua italiana, especificamente, de *fallimento* (falência) e *fallimentare* (falencial)". FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 380 (v. *infra* 68).

radicais que regulavam toda a realidade social: da religião aos delitos, do comércio aos processos de execução de dívidas. Com efeito, eram evoluídos corpos de normas penais, civis e comerciais.

Das cidades da Babilônia, o rei-sacerdote Hammurabi compilou um extenso diploma legal endereçado apenas aos homens livres<sup>2</sup>. O Código de Hammurabi disciplinava com bastante rigor o processo de execução de dívidas, que sempre recaía sobre o corpo do inadimplente. Está disposto no capítulo "VII – Obrigações (*contractos de transporte, mutuo*) processo executivo e servidão por dívidas".

115. Si alguém tem para com outro um crédito de grãos ou dinheiro e faz a execução, e o detido na casa de detenção morre de morte natural, não ha logar a pena. 116. Si o detido na casa de detenção morre de pancadas ou maus tratamentos, o protector do prisioneiro deverá convencer o seu negociante perante o tribunal; si elle era um nascido livre, se deverá matar o filho do negociante um terço de mina e perder tudo que deu<sup>3</sup>.

No Egito Antigo, eram inúmeras as sanções que recaíam sobre o insolvente, em forma de suplícios, amputações, penas capitais e escravização, para solver dívidas. Contudo, em face das exigências sociais, não demorou muito para que houvesse uma modificação, transferindo-se agora

<sup>2</sup> O Código de Hammurabi (14 títulos, 282 artigos) é o primeiro de que se tem notícia: 23 séculos a.C. Hersílio de Souza tomou a obra de Pietro Bonfante (*Le Leggi de Hammurabi, Rè di Babilônia*) e traduziu-a para o português, comentando: "E não menor admiração produz, emfim, por um lado, ser esse Código, um Código puramente leigo e por outro, um Código redigido em princípios syntheticos acompanhados da respectiva sanção". SOUZA, Hersílio. *Novos Direitos e Velhos Códigos*. Recife: Imprensa Industrial, 1924. p. 117 e 118.

<sup>3</sup> SOUZA, Hersílio. Nota 02, p. 134 e 135.



as respostas estatais para os bens móveis (ou imóveis) do devedor. Rubens Requião revela-nos uma forma de cobrança do débito quando o credor se apoderava do cadáver do falecido devedor, compelindo os parentes do morto a adimplirem os débitos, de modo a não permitirem a privação das cerimônias fúnebres, por temor e desonra<sup>4</sup>.

Dez séculos após o Código de Hammurabi, redige-se o Manava Dharma Sastra (ou Livro das Leis de Manu) representando a elevada civilização hindu<sup>5</sup>. Esse código constituiu propriamente o Código Civil e Criminal da Índia, além também de conter numerosas regras relativas ao comércio, entre as quais destacam-se:

*1º. Das Dividas – Art. 120. Um credor, para forçar seu devedor a satisfazê-lo, pode recorrer aos diferentes meios em uso na cobrança de uma dívida. Art. 121. Por meios conformes ao dever moral, por demanda, pela astúcia, pela ameaça e, em fim, pelas medidas violentas, pode um credor se fazer pagar da somma que lhe devem<sup>6</sup>.*

Entre o povo Hebreu, Rubens Requião informa que “em face do dever de caridade, o rico devia atenção ao pobre”<sup>7</sup>. Esse comportamento deveria ser feito de forma livre e espontânea, “pois por isso te abençoará o Senhor teu Deus em toda

<sup>4</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. I, p. 06.

<sup>5</sup> Hersilio de Souza utilizou a obra de A. Loiseleur-Deslongchamps (*Lois de Manu* – 19 capítulos, 746 artigos) e traduziu-a do sanscrito para o francês. Assinala o ex-Professor da Faculdade de Direito do Recife que “além das matérias de que trata ordinariamente um Código, contém ainda um sistema de cosmogonia, idéas metaphysicas, preceitos determinantes da conducta do homem nos diversos periodos de sua existencia”. In: SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 160 e 161.

<sup>6</sup> SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 182 e 183.

<sup>7</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 04, p. 06.

a tua obra, e em tudo o que emprenderes”<sup>8</sup>. Do contrário, o abastado estaria pecando contra a Palavra do Senhor.

O Antigo Testamento revela-nos a inexistência de reprimendas físicas que cerceassem a liberdade ou afligisse o corpo daquele que não cumpria suas obrigações. É o que está escrito no Quinto Livro de Moisés, o chamado Deuterônimo:

*15.7, 8. Quando entre ti houver algum pobre de teus irmãos, em alguma das tuas cidades, na tua terra que o Senhor teu Deus te dá, não endurecerás o teu coração, nem fecharás as tuas mãos a teu irmão pobre; antes lhe abrirás de todo a tua mão e lhe emprestarás o que lhe falta, quanto baste a sua necessidade<sup>9</sup>.*

Muito posterior aos Códigos de Hammurabi e de Manu, surge a Lei das XII Tábuas (300 a.C.), grande contribuição do povo romano que também influenciou o sistema de execução existente na Grécia Clássica, qual seja a garantia da pessoa do devedor e não do seu patrimônio<sup>10</sup>. A terceira tábua versava sobre a “Execução em caso de confissão ou de condenação”. Esse modo de considerar se coadunava perfeitamente com o regime econômico escravista. Eis fragmentos da referida tábua:

<sup>8</sup> Deuterônimo 15, 10. *Bíblia Sagrada, Antigo e Novo Testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

<sup>9</sup> No mesmo sentido: Dt. 15.12. *Quando um de teus irmãos, hebreu ou hebréia, te for vendido, seis anos servi-te-á, mas no sétimo o despedirás forro*. Igualmente: Dt. 23.19-20; LV 25.35-38; Êx 22.25; Mt 26.11; Mc 14.7; Jo 12.8. *Bíblia Sagrada*, Nota 08.

<sup>10</sup> O Prof. Hersilio de Souza, que se valeu da tradução de P. Francisci (*Lege Delle Dodici Tavole*) assinala que “é pois uma legislação informe, parcial e grosseira, como era grosseiro o povo que a elaborou”, e mais a frente explica: “mas, é preciso também attender a que o Código das XII Taboas representa uma civilização verde, em desenvolvimento; ao passo que os Códigos anteriores representam civilizações amadurecidas, cujos cyclos já se tinham completado”. SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 282.



as respostas estatais para os bens móveis (ou imóveis) do devedor. Rubens Requião revela-nos uma forma de cobrança do débito quando o credor se apoderava do cadáver do falecido devedor, compelindo os parentes do morto a adimplirem os débitos, de modo a não permitirem a privação das cerimônias fúnebres, por temor e desonra<sup>4</sup>.

Dez séculos após o Código de Hammurabi, redige-se o Manava Dharma Sastra (ou Livro das Leis de Manu) representando a elevada civilização hindu<sup>5</sup>. Esse código constituiu propriamente o Código Civil e Criminal da Índia, além também de conter numerosas regras relativas ao comércio, entre as quais destacam-se:

*1º. Das Dividas – Art. 120. Um credor, para forçar seu devedor a satisfazê-lo, pode recorrer aos diferentes meios em uso na cobrança de uma dívida. Art. 121. Por meios conformes ao dever moral, por demanda, pela astúcia, pela ameaça e, em fim, pelas medidas violentas, pode um credor se fazer pagar da somma que lhe devem<sup>6</sup>.*

Entre o povo Hebreu, Rubens Requião informa que “em face do dever de caridade, o rico devia atenção ao pobre”<sup>7</sup>. Esse comportamento deveria ser feito de forma livre e espontânea, “pois por isso te abençoará o Senhor teu Deus em toda

<sup>4</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. I, p. 06.

<sup>5</sup> Hersilio de Souza utilizou a obra de A. Loiseleur-Deslongchamps (*Lois de Manu* – 19 capítulos, 746 artigos) e traduziu-a do sanscrito para o francês. Assinala o ex-Professor da Faculdade de Direito do Recife que “além das matérias de que trata ordinariamente um Código, contém ainda um sistema de cosmogonia, idéias metaphysicas, preceitos determinantes da conducta do homem nos diversos períodos de sua existencia”. In: SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 160 e 161.

<sup>6</sup> SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 182 e 183.

<sup>7</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 04, p. 06.

a tua obra, e em tudo o que emprenderes”<sup>8</sup>. Do contrário, o abastado estaria pecando contra a Palavra do Senhor.

O Antigo Testamento revela-nos a inexistência de reprimendas físicas que cerceassem a liberdade ou afligisse o corpo daquele que não cumpria suas obrigações. É o que está escrito no Quinto Livro de Moisés, o chamado Deuteronômio:

*15.7, 8. Quando entre ti houver algum pobre de teus irmãos, em alguma das tuas cidades, na tua terra que o Senhor teu Deus te dá, não endurecerás o teu coração, nem fecharás as tuas mãos a teu irmão pobre; antes lhe abrirás de todo a tua mão e lhe emprestarás o que lhe falta, quanto baste a sua necessidade<sup>9</sup>.*

Muito posterior aos Códigos de Hammurabi e de Manu, surge a Lei das XII Tábuas (300 a.C.), grande contribuição do povo romano que também influenciou o sistema de execução existente na Grécia Clássica, qual seja a garantia da pessoa do devedor e não do seu patrimônio<sup>10</sup>. A terceira tábua versava sobre a “Execução em caso de confissão ou de condenação”. Esse modo de considerar se coadunava perfeitamente com o regime econômico escravista. Eis fragmentos da referida tábua:

<sup>8</sup> Deuteronômio 15, 10. *Bíblia Sagrada, Antigo e Novo Testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

<sup>9</sup> No mesmo sentido: Dt. 15.12. “Quando um de teus irmãos, hebreu ou hebreia, te for vendido, seis anos servi-te-á, mas no sétimo o despedirás forro. Igualmente: Dt. 23.19-20; LV 25.35-38; Êx 22.25; Mt 26.11; Mc 14.7; Jo 12.8. *Bíblia Sagrada*, Nota 08.

<sup>10</sup> O Prof. Hersilio de Souza, que se valeu da tradução de P. Francischi (*Lege Delle Dodici Tavole*) assinala que “é pois uma legislação informe, parcial e grosseira, como era grosseiro o povo que a elaborou”, e mais a frente explica: “mas, é preciso também atender a que o Código das XII Taboas representa uma civilização verde, em desenvolvimento; ao passo que os Códigos anteriores representam civilizações amadurecidas, cujos ciclos já se tinham completado”. SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 282.



I - Da acção da lei por imposição das mãos. II - Que o devedor que confessou uma dívida de dinheiro ou que foi condenado a pagá-la, tenha o prazo de trinta dias para se desobrigar. III - Depois desse tempo, que haja apprehensão de sua pessoa e que elle seja conduzido à presença do magistrado. IV - Que, si nesse momento, elle não pagar, nem alguém der por elle caução, o credor o leve ou o prenda com corréas ou com ferros do peso de quinze libras, no maximo, ou de um peso menor, á sua vontade. V - Que o devedor viva então á sua custa. Si o devedor não tem de que viver, que o credor lhe dê uma libra de farinha por dia, no maximo. VI - No terceiro dia de feira, não sendo paga a dívida, si forem muitos os credores, que elles cortem o devedor em pedaços; si contarem de mais ou de menos, estão em seu direito<sup>11</sup>.

Em que pese o sentido místico do duodecálogo romano, é insofismável a importância que ele teve na criação da execução (singular e coletiva) e que foi sendo aperfeiçoada e, de certa forma, humanizada. Sem embargo, é dentro do direito romano que surgem as primeiras linhas principiológicas do processo de execução.

Com o passar dos séculos, a rigidez e a impiedade das regras do direito romano antigo deram lugar a outros diplomas legais como *Lex Poetelia Papira* (428 d.C.), a *Lex Aebutia* (643 d.C.) e a *Lex Julia* (737 d.C.), dando como lei a impossibilidade de não mais o corpo do insolvente pagar pelos seus débitos, senão os bens dele constituírem garantia real dos credores. J. C. Sampaio de Lacerda revela que essas normas suprimiram “o direito de morte ou de venda e deu como garantia os bens do devedor, estabelecendo, desse modo, a transição da execução pessoal para a execução patrimonial”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> SOUZA, Hersilio. Nota 02, p. 283.

<sup>12</sup> LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965. p. 29.

Os juristas latinos elaboraram ainda os institutos da *missio creditorum in bona debitoris* (ou *missio in possessionem*) e *bonorum venditio* e, mais tarde, o da *bonorum cessio*, que recaíam sobre qualquer devedor (comercial ou civil)<sup>13</sup>, delineando o que seria a falência e a concordata preventiva da Idade Média.

A quebra do Império Romano e a invasão bárbara no Antigo Continente fizeram surgir inevitável anarquia e desgoverno, repercutindo então no florescente comércio europeu. O Direito Romano se imiscui com o Direito Canônico e os costumes locais, gerando um Direito Comercial informal, localista e codificado — exigência dos ricos mercadores que buscavam o mínimo de segurança jurídica<sup>14</sup>. Jorge Pereira Andrade escreve que ao lado do desenvolvimento comercial das cidades — notadamente as italianas — sobreveio a compilação de avançados regulamentos, entre os quais cita: *Constitutum usus de Pisa* (1161), *Tabula Amalfitana de Amalfi* (1181), *Consulato Del Maré Rölles d'Oléron*, *Leis e Costumes de Wisby*, *Ordenações da Hansa Teutônica*, os Estatutos das cidades de Veneza, Florença, Milão e Gênova<sup>15</sup>.

No Medievo, a falência de *per se* era delito. Os devedores falidos eram tidos como ladrões, bandidos defraudadores. Ficaram registrados, na História, conceitos clássicos acerca do falido devedor e que Walter T. Álvares registrou em sua obra: *est decoctor ergo fraudator* (Baldo), *decoctor omnes doli fraudis et malitia presumptiones contra se habet* (Casageris), *falliti pessimum genus hominum* (Stracha), *fallitus semper dolosus praesumitur* (Ansaldo)<sup>16</sup>. Dessa maneira, era a falência um

<sup>13</sup> Mais detalhadamente sobre o assunto em REQUIÃO, Rubens. Nota 04, p. 06 a 09; LACERDA, J. C. Nota 12, p. 28 e ss.

<sup>14</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 04, p. 10.

<sup>15</sup> ANDRADE, Jorge Pereira. *Manual de Falência e Concordata*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 243.

<sup>16</sup> T. ÁLVARES, Walter. *Direito Falimentar*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. v. II, p. 457.



processo de execução de dívidas individual, disciplinada, na maioria dos diplomas, ao lado dos crimes contra o patrimônio, punindo o “famigerado” falido com o mesmo rigor e excesso com que se tratavam os delinquentes comuns.

As repressões penais apresentavam várias feições que podiam incidir sobre os bens móveis e imóveis, ou sobre o próprio devedor com penas severas. J. C. Sampaio de Lacerda elenca dentre algumas: a exclusão de todo e qualquer benefício, privação dos direitos de cidadania, banimento da comunidade, translação da pena aos familiares do insolvente, submissão desse a vexames (uso do “boné verde dos forçados”, andar pelas ruas em camisa, etc.)<sup>17</sup>.

No alvorecer da Idade Moderna, levantaram-se vozes contra as truculências do aparelho estatal que iluminaram a inteligência dos legisladores no sentido de elaborar normas mais preventivas que repressivas, penas mais humanas, circunscritas à lei e proporcionais ao delito. Um desses espíritos foi Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (1738-1794), que aos vinte e seis anos começou a escrever a sua obra-prima *Dei Delitti e delle Pene*, insurgindo-se contra as brechas no sistema penal vigente. Cesare Beccaria dissertou no § XXXII – *Das Falências*, e é melhor reproduzir-lhe as palavras:

*A boa-fé dos contratos e a garantia do comércio obrigam o legislador a conceder recurso aos credores sobre a pessoa de seus devedores, assim que estes abrem falência. Deve-se, entretanto, não confundir o falido de modo fraudulento e aquele que o faz de boa-fé. O primeiro teria de ser castigado como os moedeiros falsos, pois não é mais grave o delito de falsificar o metal amoeado, que é a base da garantia dos homens entre si, do que falsificar essas mesmas obrigações*<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> LACERDA, J. C. Sampaio de. Nota 12, p. 31.

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 82 e ss.

O jurista de Milão aconselhava não punir aquele que vai à falência de boa-fé, desgraçadamente. Este deveria ser tratado com menos rigor, não o desobrigando de cumprir com os seus deveres, utilizando-se do seu trabalho, porém, tirando-lhe a liberdade de continuar a dirigir a sua “indústria”. De modo algum deverá sofrer uma prisão injusta e inútil aos credores, e “*se a fraude usada pelo falido ficar duvidosa, será preferível optar pela sua inocência*”, conclui o autor.

Rubens Requião acentua que a evolução legiferante, a partir de então, foi marcada com as idéias individuais e utilitaristas que a economia liberal deflagrava e, dessarte, predomínio do intuito econômico e preocupação de permanência da empresa<sup>19</sup>. Delineou-se, por conseguinte, um Direito Penal Falencial.

## 2 – SEDES MATERIAE DOS CRIMES DE FALÊNCIA

A localização da matéria é igualmente questão controversa no complexo objeto ora analisado, variando em função de cada ordenamento jurídico. Walter T. Álvares explica que há três diferentes sistemas que justificam a colocação das regras penais em matéria falencial, quer na lei penal, quer na lei de falências<sup>20</sup>. Há dois sistemas que se contrapõem e um terceiro, misto, que procura amalgamar aqueles outros<sup>21</sup>.

Preliminarmente, o sistema que enseja a autonomia do Direito Penal. Os delitos de falência – por serem espécie de uma conduta típica, antijurídica e culpável – pertencem ao âmbito do *Jus Puniendi* e, portanto, toda a matéria deve

<sup>19</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 04, p. 10 a 13.

<sup>20</sup> T. ÁLVARES, Walter. Nota 16, p. 729 e 730.

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 137 e 138; LACERDA, J. C. Sampaio de. Nota 12, p. 299 e 300; STEVENSON, Oscar. *Dos Crimes Falimentares*. São Paulo: Saraiva 1939. p. 59 a 62.



estar contida nos códigos criminais. Às leis penais é que cabe conceituar o comportamento proibido do devedor falido, sancionando-as em face das penas elencadas no rol do *Codex Poenale*.

De 1416 a 1521, vigoraram, em Portugal, as Ordenações Afonsinas, versando da falência no campo criminal. Os falidos eram submetidos a severo e excessivo tratamento e, comparados a “burlões e enliçadores”, sofriam pena de prisão por dívida, ou o degredo, se ficasse provada a sua malícia<sup>22</sup>.

Em seguida, à época do Brasil Colônia, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas (1521 a 1603), com algumas revisões — mas poucas alterações — na matéria correspondente à execução por dívidas (princípio da prioridade da satisfação do direito de crédito, concorrência de credores, etc.). O Livro V continha as previsões penais crudelíssimas, cujas impressões — mui bem anotadas por Gilberto Freyre — não deixavam dúvidas que “*era estreitíssimo o critério que ainda nos séculos XV e XVI orientava entre os portugueses a jurisprudência criminal. No seu Direito Penal o misticismo, ainda quente dos ódios de guerra contra os mouros, dava uma estranha proporção aos delitos*”<sup>23</sup>. A maioria deles era punida com o degredo, inclusive os de quebra.

<sup>22</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 14, p. 20-21.

<sup>23</sup> O antropólogo pernambucano ainda registra que, enquanto quem dirísse doestos aos santos tinha a língua tirada pelo pescoço e quem fizesse feitiçaria era degredado para os ermos do Brasil ou da África, pelo crime de matar o próximo não ficava muitas vezes sujeito a penas mais severas que a de pagar de multa uma galinha ou a de pagar mil e quinhentos módios. FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala, Formação da Família Brasileira sobre o Regime de Economia Patriarcal*. 14.ed. brasileira e 15.ed. portuguesa. Recife: Imprensa Oficial, 1966. Tomo 1, p. 22 e 23.

Sobreveio o terrível Livro V das Ordenações do Reino, o Código Filipino (1603 a 1867)<sup>24</sup>, aventando o sistema da unidade penal a despeito dos delitos de quebra. Sob o “*Título LXVI - Dos Mercadores que Quebrão. E dos que se Levantão com a Fazenda Alhêa*”, regulava de forma autônoma os crimes cometidos pelos maliciosos mercadores, igualando-os a públicos ladrões, roubadores e malfeitores, diferenciando-os daqueles que caem em pobreza sem culpa sua. As penas variavam segundo o engano ou malícia (segundo a qualidade da culpa) em que forem compreendidos. Havia a pena máxima: “*morra por isso morte natural*”; a inabilitação do ofício de mercador por toda a vida, e o degredo: por oito anos ao Brasil se a dívida for entre cem e cinquenta cruzados; abaixo de cinquenta cruzados, pelo tempo e para onde os julgadores entenderem bem parecer<sup>25</sup>.

Alguns países do *Continental Law* adotam a teoria da autonomia penal. É o que ocorre na Áustria, Hungria, Iugoslávia, Escandinávia, Suíça, onde toda matéria relativa a tais crimes figura no Diploma Criminal. Na América Latina, o legislador penal argentino inseriu a matéria no seu código respectivo, mais precisamente, no “*Libro Segundo - De los Delitos, Título VI - Delitos Contra la Propiedad, Capítulo V - Quebrados y Otros Deudores Punibles, artículos 176 a 180*”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> José Henrique Pierangeli diz-nos que as Ordenações Filipinas foram promulgadas e entraram em vigor no reinado de Filipe II, por lei de 11 de janeiro de 1603, vigorando em nosso país por mais de dois séculos, quanto à parte criminal, e cuja vigência apenas se encerrou com o advento do Código Criminal do Império de 1830. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 55 a 61 e 137 a 138.

<sup>25</sup> Waldemar Ferreira, anotando sobre as Reformas pombalinas, salienta que o Marquês, a fim de consolidar o crédito público na praça e remover as dilatações e enganos, fez promulgar, com força de lei, o Alvará de 13 de novembro de 1756, a fim de evitar a disposição das Ordenações do Livro V, Título LXVI, declarando, ampliando e limitando o nela conteúdo. FERREIRA, Waldemar. Nota 22, p. 26 a 29.

<sup>26</sup> Disponível em < <http://www.gddc.pt/cooperacao/cooperacao.html> >. Acesso em 29 mar. 2005.



Entre nós, por todos, defendem a sistemática da autonomia criminal: Oscar Stevenson, Gilberto Valente, Waldemar Ferreira, vez que para eles seria contra-senso dar tratamento a penalidades e definições em uma lei diferente, se há um Código Penal. Igualmente, José da Silva Pacheco entende que “antes de tudo, é crime. Como tal, nenhum código mais adequado para conte-lo que o penal”<sup>27</sup>.

O Jurisconsulto Nélson Hungria, no Congresso Jurídico Nacional de 1943, declarou-se contrário à referida tendência, defendendo a idéia de que os delitos falenciais estão estreitamente vinculados ao instituto falencial, objeto de legislação variável e dinâmica. E sentencia o ex-Ministro do Pretório Excelso, *in verbis*: “o Código Penal é um sistema unitário, cuja estabilidade deve ser assegurada o mais possível. Sujeitá-lo a alterações freqüentes importa muitas vezes, segundo a lição da experiência, em quebrar-lhe a harmonia técnica”<sup>28</sup>.

José da Silva Pacheco, comentando essa assertiva de Nelson Hungria, acredita que ela favorece a inclusão mesmo da regulamentação na Lei Penal porque “nesta é que se fixam os crimes de maneira estável e uniforme, sem permitir que estes estejam fixados por leis que freqüentemente variam” — e conclui: “o fato de o crime estar ligado à falência não altera coisa alguma, com a modificação desta”<sup>29</sup>.

A segunda corrente, influenciada pelo Código Comercial Italiano de 1882, defende a autonomia legislativa, isto é, as leis falenciais trataram os delitos dessa espécie, pois há manipulação de princípios e conceitos da seara comercial no que pertine ao Direito Falencial. É, a nosso sentir, a maneira adequada de locar os delitos da falência, seja em virtude da

<sup>27</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 737.

<sup>28</sup> HUNGRIA, Nélson. *apud*, LACERDA, J. C. Sampaio de. Nota 12, p. 300.

<sup>29</sup> PACHECO, José da Silva. Nota 26, p. 738.

facilidade do seu manuseio e interpretação, seja porque constituem infrações da lei comercial, violação de deveres do empresário ou de qualquer maneira atinentes ao exercício mercantilista. São patronos da autonomia da lei mercantil, por todos, Nélson Hungria, Magalhães Noronha, Cláudio Brandão, Teodomiro Noronha Cardozo, Trajano de Miranda Valverde, Rubens Requião, J. C. Sampaio de Lacerda. Este último doutrinador assevera: “apresentam eles característicos próprios que só poderão ser verdadeiramente compreendidos através das noções do direito falimentar, que nos são fornecidos pela própria lei específica”<sup>30</sup>.

Os casos e penas, portanto, devem estar contextualizados na própria Lei Falencial. Seguem-na os países do *Common Law* (Estados Unidos, Reino Unido), China, Itália, Alemanha, Uruguai e a anterior e atual lei brasileira sobre quebras.

A propósito, esse foi o comando dado pelo legislador penal pátrio, nas Disposições Finais do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) em seu art. 360<sup>31</sup>, ao revogar as disposições contrárias, mas ressalvando a legislação especial referente, entre outros, aos delitos de falência, extremando da referida norma o disciplinamento desses atos.

Paulo José da Costa Jr., comentando o encerramento da Parte Especial do Código Penal, leciona que o dispositivo em questão consagra, nesse subsistema, o princípio *lex specialis derogat legem generalem*. E finaliza: “é o único daqueles que regulamentam o concurso aparente de normas penais que obteve consagração legislativa”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> LACERDA, J. C. Sampaio de. Nota 12, p. 300.

<sup>31</sup> Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 360. *Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.*

<sup>32</sup> COSTA Jr. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1.129.



Magalhães Noronha defende – acertadamente – a tese de que um Código Penal – caracteristicamente rígido e inflexível – não pode tratar de todas as condutas delituosas<sup>33</sup>. Com efeito, há aqueles tipos que possuem caracteres próprios (efeitos, conseqüências, sujeitos ativo e passivo, bem jurídico, prescrição, etc.) que, por uma questão de Política Criminal, revela-se inconveniente discipliná-los homoganeamente num único Diploma Criminal.

A Parte Especial acolheu a previsão da Legislação Especial, precisamente no art. 12, estabelecendo que “*as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”. As normas gerais do Código Penal incidem se as específicas versarem igualmente. Se existir conflito (aparente) prevalecem as específicas porque mais aptas a tratar do fato incriminado. Paulo José da Costa Jr. justifica: “*para que não seja violado o princípio de ne bis in idem, somente uma norma irá regulamentar efetivamente a hipótese fática*” e “*será inadmissível, num sistema jurídico penal que se propõe seja harmônico, a existência de normas contraditórias*”<sup>34</sup>.

Não havia, até então, disciplinamento específico da matéria falencial no ordenamento jurídico pátrio. Essa lacuna foi preenchida pelo legislador com a *Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais* (Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941), que regulou, transitória-mente, os delitos de quebra nos seus artigos 2º e 26<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4, p. 424.

<sup>34</sup> COSTA JR. Paulo José da. Nota 32, p. 23.

<sup>35</sup> Decreto-Lei nº 3.914/1941: art. 2º Quem incorrer em falência será punido: I - se fraudulenta a falência, com a pena de reclusão, por 02 (dois) a 06 (seis) anos; II - se culposa, com a pena de detenção, por 06 (seis) meses e 03 (três) anos; art. 26 A presente lei não se aplica aos crimes referidos no art. 360 do Código Penal, salvo os de falência.

Nessa trilha, foi sancionado o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, disciplinando a matéria, especificamente, no Título XI – Dos Crimes Falimentares, nos artigos 186 a 199. Presentemente, essa norma encontra-se revogada totalmente pela Nova Lei de Falências nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005<sup>36</sup>, e que visa regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais. Manteve o legislador o sistema da autonomia da lei mercantil específica do instituto, mas inovando em diversos pontos. Em relação aos crimes falenciais, locou-os em capítulo próprio (Capítulo VII – Das Disposições Penais), e sistematizou-o em três seções, tipificando onze hipóteses na Seção I – Dos Crimes em Espécie (arts. 168 a 178), deixando às demais as Disposições Comuns e o Procedimento Penal<sup>37</sup>.

Por fim, o terceiro sistema, de natureza mista, traz-nos um amalgamento dos anteriores, combinando a *Lex Mercatoria* e o *Codex Poenale*: a primeira descrevendo as condutas antijurídicas do falido devedor, delegando à segunda as

<sup>36</sup> O Projeto de Lei nº 4.376/1993 originou-se na Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Federal Osvaldo Biolchi (PMDB-RS). Enviado ao Senado Federal como “*Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 71/2003*”, teve como relatores da CAE – Comissão de Assuntos Econômicos e da CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, respectivamente, os Senadores Ramez Tebet (PMDB-MS) e Fernando Bezerra (PTB-RN), com aprovação, em 06 de julho de 2004, por 64 votos e 2 contrários. Reingressou novamente à Câmara para algumas alterações, o Projeto foi aprovado, em 15 de dezembro de 2004, por 245 votos a favor e 45 contra. O Presidente da República sancionou a Lei nº 11.101, em 09 de fevereiro de 2005, com três vetos: art. 4º, alínea “c” do inciso I e alínea “a” do inciso II do art. 35 e inciso II do § 6º do art. 37 (Mensagem nº 59, de 09 de janeiro de 2005).

<sup>37</sup> Lei nº 11.101/2005, art. 200. *Ressalvado o disposto no art. 192, ficam revogados o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).*



conseqüências penais. Walter T. Álvares anota que a lei falencial apenas enumera o delito, cabendo à lei penal determinar as providências penais e o processo criminal, isto porque são questões penais e não comerciais<sup>38</sup>. Com efeito, essa dúbia posição geográfica dos delitos falenciais traz, a nosso entender, palpável confusão e dificuldade na prática dos operadores do Direito.

Esse método surge com a Codificação Napoleônica (Códigos de 1807 e 1810), adotado no direito brasileiro, em 1831, e na Itália, em 1865. O “Código Criminal do Império do Brasil”<sup>39</sup>, de 16 de dezembro de 1830, na “Parte III – Dos Crimes Particulares, Título III – Dos Crimes Contra a Propriedade”, disciplinava o tema sob o “Capítulo II – Bancarota, estellionato, e Outros Crimes Contra a Propriedade”, punindo somente a falência fraudulenta<sup>40</sup>, *in verbis*:

art. 263. A bancarota, que fôr qualificada de fraudulenta, na conformidade das leis de commercio, será punida do modo seguinte. Penas: Máximo – 8 mezes de prisão com trabalho. Médio – 4 annos e 6 mezes, *idem*. Mínimo – 1 anno, *idem*. Não havendo casa de correção: Máximo – 9 annos e 4 mezes de prisão simples. Médio – 5 annos e 1 mez, *idem*. Mínimo – 1 anno e 2 mezes, *idem*. Na mesma pena incorrerão os complices.

<sup>38</sup> T. ÁLVARES, Walter. Nota 16, p. 730.

<sup>39</sup> O Juiz de Direito do Rio de Janeiro Antonio Luiz Ferreira Tinoco publicou, em 1886, anotações artigo por artigo, colacionando decisões proferidas pelos Tribunais do Brasil, obra reeditada em maio de 2003, pelo Senado Federal e Superior Tribunal de Justiça. TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brasil Annotado**. Ed. fac.-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

<sup>40</sup> Decreto nº 562, de 02 de julho de 1850, art. 2º O crime de bancarota também será definitivamente julgado pelos juízes de direito.

Em 25 de junho de 1850, D. Pedro II faz publicar a Lei nº 556, o Código Comercial Brasileiro<sup>41</sup>, que prescrevia a punibilidade — além da falência fraudulenta — a decorrente de culpa, criando um descompasso entre ela e o Código Criminal então vigente.

Após a Proclamação da República do Brasil, elaborou-se um novo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) que repetiu a sistemática e manteve o delito de quebra no “Título XII – Dos Crimes contra a Propriedade Pública e Particular”, num específico “Capítulo III – Da Falência” (arts. 336 e 337). Dada a falência fraudulenta, deve ser prisão celular de dois a seis anos se devedor comerciante, se devedor civil, prisão celular de seis meses a dois anos, caso fosse culposa deve ser prisão celular de um a quatro anos.

Waldemar Ferreira destaca que o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, marcou “notável avanço e aprimoramento científico sobre a legislação anterior; mas inaplicado satisfatoriamente, em sua vigência se verificaram fraudes que ensejaram sua reforma pela Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, que não teve melhor sorte”<sup>42</sup>. O decreto derogou a terceira parte do Código Comercial relativa à quebra. A referida reforma manteve as mesmas regras quanto aos delitos de falência (culposos e fraudulentos), mostrando-se ainda insuficiente para coibir as fraudes.

Registre-se ainda a recepção pelo ordenamento pátrio da Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que continuou distinguindo os crimes quanto a culpabilidade, ou seja, falência fraudulenta ou aquela ocasionada por conduta

<sup>41</sup> Com o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil Brasileiro), foram revogados os artigos 1º ao 456 do antigo Código Comercial Brasileiro.

<sup>42</sup> FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15, p. 407.



imprudente, negligente ou imperita. Adveio uma segunda reforma, por meio do Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929, conservando a sistemática e ampliando pouco os tipos penais.

A Consolidação das Leis Penais, de 14 de dezembro de 1932 (Decreto 22.213) manteve, literalmente, o sistema e os tipos anteriores, até junho de 1945, com o advento do Decreto-Lei nº 7.661, que inovou ao trazer os crimes de quebra para a *lex mercatoria specialis*. A Lei de Falências e Concordatas abandonou a qualificação de crime falencial culposo, só cogitando de crimes dolosos (falência fraudulenta), afastando-se da doutrina geral do Código Penal de 1940, sob cuja égide se elaborou.

Recepcionaram o sistema eclético a Espanha, a Bélgica, a Grécia, o Japão e a Venezuela. Este país latino positivou no seu atual Código Penal, no “*Libro Segundo – De las Diversas Especies de Delito; Título VI – De los Delitos Contra la Fe Público; Capítulo VI – De las Quiebras, artículos 342 e 343*”<sup>43</sup>.

Por fim, encontramos no tratadista Pontes de Miranda, a opinião de que poderia se inserir, tanto no Código Penal como na *lex specialis*, as regras sobre crimes falenciais: “*bastaria no Código Penal a remissão, ou na lei sobre falências e concordatas, a referência*”<sup>44</sup>.

### 3 – NATUREZA JURÍDICA DO CRIME FALENCIAL

Discute-se e se controverte a respeito da natureza jurídica dos delitos de quebra, não se acomodando na doutrina pátria nem mesmo no Direito Comparado. Com efeito, o problema da natureza jurídica de certa classe delituosa é

<sup>43</sup> Disponível em < <http://www.gddc.pt/cooperacao/cooperacao.html> >. Acesso em 29 mar. 2005.

<sup>44</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXX*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. p. 307.

também o de definir o bem jurídico<sup>45</sup> protegido pelo Estado, importante no sentido de garanti-lo e limitar o poder punitivo.

Tradicionalmente, há quem defenda ser crime contra o patrimônio (Gabba, Zerboglio, Puglia, Ramella, Longhi, Carvalho de Mendonça). Von Liszt quem melhor definiu a falência delituosa como crime contra o patrimônio, teoria que se tornou a preferência dos diversos códigos, assemelhado-a ao furto ou dano<sup>46</sup>, à apropriação indébita ou estelionato.

Gilberto Valente assinala que a filiação do jurista alemão acenta também no seu caráter de ofensa ao bem jurídico “crédito”, o que para ele e Galdino Siqueira, neste aspecto, seria o mais acertado<sup>47</sup>. O professor baiano tece procedentes críticas à Teoria Patrimonialista de von Liszt e que merecem ser transcritas: “*evidentemente a falência é um delito sui generis, que foge em vários dos seus aspectos aos princípios gerais do direito penal e que em sua natureza não deve ser capitulado entre os crimes contra a propriedade, embora com estes*

<sup>45</sup> É a lição sempre atual de Nelson Hungria: “*bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito in genere. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é que dispõe da reforçada tutela penal*”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. T.I.p. 11. No mesmo sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie*. Minas Gerais: Del Rey, 1993. p. 29 a 42, BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 08 a 10.

<sup>46</sup> Para Heleno Cláudio Fragoso, no furto, o objeto da tutela jurídica é a propriedade (subtração) e a posse (apropriação) e, nesse sentido, não pratica furto o proprietário que subtrai a própria coisa. No dano, o bem jurídico tutelado pela lei penal é o patrimônio, isto é, a integridade e a incolumidade de coisas móveis e imóveis que o integram, protegendo-se tanto a propriedade quanto a posse, daí, entender que não cometerá crime de dano o proprietário em relação à coisa de sua propriedade. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Parte Especial, v. I, p. 264 e 338.

<sup>47</sup> VALENTE, Gilberto. *Há crimes específicos da Falência e da Concordata?* Bahia: Tipografia Naval, 1943, p. 66 e 67.



apresenta algumas semelhanças. É sui generis porque não passa de criação artificial da lei, buscando dar autonomia a vários fatos perigosos sob a condição de que se apurem no curso da quebra<sup>48</sup>.

Revela-nos Gilberto Valente que, por outro lado, o doutrinador teutão admitia um caráter próprio e uma certa autonomia aos crimes contra o direito do autor e do inventor, extremando-os dos delitos contra a propriedade. Aí residia a principal crítica à Liszt protagonizada pelo autor, e que merece aplausos: “se Liszt admitiu a existência autônoma de tais crimes, não parece lógico que a recusasse à bancarrota, que, na sua lição magistral, é sobretudo um crime contra os direitos creditórios, um crime em que, se há dano de terceiro, o ato material se exerce sobre o próprio patrimônio do devedor<sup>49</sup>”.

Com efeito, não podemos considerar os delitos falenciais como atentados ou ameaças ao patrimônio, à propriedade ou à posse. Em verdade, crime falencial repercute inicialmente — ressalte-se! — sobre o próprio patrimônio do devedor e, indiretamente, na propriedade alheia, e mais precisamente no direito obrigacional do credor para com o devedor. Além do mais — e isso é indiscutível — esse fato não se dá única e exclusivamente com os delitos contra a propriedade, mas quase todos os bens jurídicos agredidos ou ameaçados de lesão refletem-se, igualmente, no patrimônio.

Essa teoria tradicional não é a mais adequada, como restará provado. É igual o entendimento perfilado por J. C. Sampaio Lacerda e Oscar Stevenson para quem essas condutas reprováveis não se dirigem à propriedade dos credores, mas do próprio falido, porque os direitos de garantia acaso ofendidos não bastam para emprestar-lhe caráter patrimonial<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> VALENTE, Gilberto. Nota 47, p. 74 a 76.

<sup>49</sup> VALENTE, Gilberto. Nota 47, p. 76 e 77.

<sup>50</sup> LACERDA, J. C. Sampaio de. Nota 12, p. 300 e 301.

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro, durante mais de um século, rotulou de “crimes patrimoniais” os relacionados à quebra: no Código Criminal do Império (1830), repetido no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847/1890) até à Consolidação das Leis Penais (Decreto 22.213/1932). O legislador penal argentino também inseriu a matéria no seu Código respectivo, mais precisamente, no sexto título — com uma inapropriada expressão — “delitos contra la propiedad”. Percebe-se, de logo, a inadequação da nomenclatura escolhida. A expressão “crime contra o patrimônio” — empregada atualmente pela maioria da legislação penal — abrange melhor o assunto do que a denominação “crime contra a propriedade”, que é imprópria para atender ao conjunto de bens que a lei penal procura proteger<sup>51</sup>.

Francisco Gabriel Marull defende a escolha afirmando que “en este sentido, entendemos junto con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional que la inclusión de la figura dentro del Título VI del Código Penal “delitos contra la propiedad” indica claramente la opción tomada por nuestro legislador. Así, creemos acertada la opinión de Fontán Balestra cuando señala que dada las particularidades específicas de este ilícito, dentro de los delitos contra la propiedad protege el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común”<sup>52</sup>.

Segundo Juan Bustos Ramírez, essa é a doutrina dominante na Espanha (Quintano Ripollés, Gerardo Landrove), que não duvida que o patrimônio privado dos credores é o objeto jurídico relevante<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> CASTELO BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *Da Defesa dos Crimes Contra o Patrimônio*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979. p. 07.

<sup>52</sup> MARULL, Francisco Gabriel. *Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?*. Disponível em: < <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,84,0,0,1,0>>. Acesso em 10 fev. 2005.

<sup>53</sup> RAMIREZ, Juan Bustos. *Política Criminal y bien jurídico en el delito de quiebra*. Disponível: < [www.unifr.ch/derechopenal/anuario/89\\_90/Bustos89.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/89_90/Bustos89.pdf)>. Acesso em 14 fev. 2005.



Outros doutrinadores situam-nos naquela classe de crimes que atentam contra a fé pública. De acordo com Gilberto Valente, começou na Itália, com Filangieri, para o qual acreditava na existência de um apêndice de delitos contra a ordem pública formada pelos que o são contra a fé pública, entre os quais punha a falência fraudulenta. Seguiram-no: Carrara, Lemmo, Carmignani, Pessina, Galdino Siqueira<sup>54</sup>. O Mestre da Escola Clássica entendia que, porquanto o negociante não fosse um funcionário público, os seus livros, quando regularmente mantidos, fazem fé entre certos limites do seu conteúdo e plena prova em juízo, além de que o crédito traído era fruto, não apenas das relações privadas, mas da posição do negociante empenhada perante a comunidade; daí a analogia.<sup>55</sup> O código penal venezuelano assim perfilou, no livro correspondente às diversas espécies de delito, no sexto título “*de los delitos contra la Fe Pública*”.

Há aqueles que defendem ser crime contra a administração da Justiça (Pietro Nuvolone, Landrove Diaz, Renzo Provinciali), porque o interesse juridicamente violado seria um interesse publicístico processual, o que não excluiria o interesse patrimonial<sup>56</sup>. Assim, o ilícito penal seria a frustração da finalidade do processo executivo concursal.

Entre nós, a doutrina originalíssima de Pontes de Miranda se aproxima daquela criada por Nuvolone. Para o Jurisconsulto nordestino, a concepção dos italianos ainda é demasiado vaga. No fundo, os atos ilícitos do falido “*são crimes que dificultam ou pré-excluem o cumprimento da promessa, que fez o Estado, de dar aos credores e a outros interessados a prestação jurisdicional*”<sup>57</sup>. Portanto, para Pontes de Miranda, são crimes contra a promessa de tutela jurídica exercida ou exercível, ou

<sup>54</sup> VALENTE, Gilberto. Nota 47, p. 67.

<sup>55</sup> VALENTE, Gilberto. Nota 47, p. 68 a 70.

<sup>56</sup> RAMIREZ, Juan Bustos. Nota 53.

<sup>57</sup> MIRANDA, Pontes de. Nota 44, p.327 e 328.

seja, todos são ligados a empecilhos à prestação jurisdicional, sendo essa a concepção mais científica para o doutrinador.

Para alguns, trata-se de crime que atenta contra a pública economia (Pessina, Carfora, Bonelli, Gennaro, Dari). Oscar Stevenson assim recepciona essa doutrina, posto que, para ele, é crime contra o comércio e, por conseguinte, de natureza social, não podendo ser disciplinado como aqueles naturais, violadores da pessoa ou propriedade.

Ainda segundo Francisco Gabriel Marull, há “*aquellas otras de la doctrina española que sostienen que además del patrimonio lo que se afecta es “un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza, como clima necesario de las operaciones financieras, que favorezca la canalización del ahorro hacia la inversión de la empresa que realiza el desarrollo económico”*”.

Teodora Zamudio acresce que, para outros autores, “*el bien jurídico protegidos es un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza o crédito necesario para el bien llevar de las operaciones financieras en el mercado. Así la doctrina italiana lo caracterizaba como un delito social o pluriofensivo, atentatorio contra la propiedad, la buena fe del tráfico comercial y el orden económico*”<sup>58</sup>.

Waldemar Ferreira, Trajano de Miranda Valverde e Walter T. Álvares escreveram que o sistema penal da lei não autoriza a classificação uniforme dos crimes de quebra. Assim, dividem em: crimes de perigo contra o comércio ou a fé pública, crimes de dano ou lesão do patrimônio dos credores ou da massa falida e crimes contra a administração pública.

Rubens Requião acata a tese eclética de Sady Carneiro de Gusmão, a qual sustenta serem os crimes de falência

<sup>58</sup> ZAMUDIO, Teodora. *Delito de Quiebra*. Disponível em : <: <http://www.zamudio.bioetica.org/delito.htm> >. Acesso em 10 fev.2005.



pluriobjetivos, vez que a própria falência possui uma pluralidade de escopos<sup>59</sup>. Os crimes falenciais, concluem, mesclam delitos contra o Comércio e a Economia, contra a administração da justiça e contra a propriedade.

A nosso sentir, os atos e omissões do devedor — ou terceiro vinculado ao processo falencial — constituem crimes contra a Ordem Econômica, em especial ao principal meio pelo qual a Economia distribui as riquezas da Nação: o Comércio. Eis o verdadeiro bem jurídico protegido pelo Estado em face desses delitos. Portanto, não compete ao Direito Penal Clássico estudar o fenômeno dos delitos falenciais, mas, em verdade, é o moderno Direito Penal Econômico a quem incumbe reprimir e prevenir o crime, intimidar e ressocializar o agente.

Hodiernamente, os agentes econômicos tomaram relevo considerável nos rumos da política e do planejamento econômicos das diversas Nações do Globo, interferindo nas suas *soberanias e nos processos de integração*<sup>60</sup> a que se submetem, nas relações sociais e culturais entre os seus povos e, conseqüentemente, no Direito Interno e Internacional, instigando o Estado a intervir no importante subsistema jurídico da Ordem Econômica<sup>61</sup>. Daí, este subsistema se encontrar disciplinada nas Cartas Constitucionais da maioria dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos contemporâneos<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 21, p. 158.

<sup>60</sup> Sobre a investigação do conceito de soberania em face dos processos de globalização econômica, em particular atenção aos mecanismos de integração regional, mais intensamente na União Européia e no Mercosul, obrigatória a leitura da obra: FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração*. Curitiba: Juruá, 2002. Pensamento Jurídico - V. III Disponível na internet: <http://www.jurua.com.br/bv/capa.asp?arq=sobeproc>. Acesso em: 29 mar. 2005.

<sup>61</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 97 a 108.

<sup>62</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira - Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, artigos 170 a 181.

Leciona a Professora da Faculdade de Direito do Recife Eleonora Luna que, dessa intervenção, desenvolveu-se o Direito Econômico — entendido como a tutela de determinada política econômica ou programa, ou plano econômico, ou seja, representa a tutela da intervenção estatal na economia — e o Direito Penal Econômico — definido como toda a legislação que, sentido amplo, protege mediante o uso dos meios penais a intervenção do Estado na economia<sup>63</sup>. Para a Professora, “a produção, a circulação e o consumo são setores da vida econômica, nos quais o Estado pode intervir e através dos quais o Estado pode cumprir os objetivos da política, programa ou plano econômico que se propôs, sem excluir outros setores da economia como, por exemplo, o setor cambiário, no qual o Estado intervém”<sup>64</sup>.

Nesse raciocínio, não podemos extremar o comércio do Direito Econômico e, conseqüentemente, do Direito Penal Econômico, visto que ele representa um dos setores da economia onde se produzem, circulam-se e consomem-se riquezas, e no qual o Estado intervém planejando-o e disciplinando-o. Assim, é o comércio um bem jurídico, porque importante para a sociedade, tutelado pelo Estado a fim de se protegerem os princípios mercantis que, na moderníssima lição de Urs Kindhäuser, “salvaguardam o indivíduo no sentido de sua participação igualitária na interação social”<sup>65</sup>.

E por ser falência instituto puramente mercantilista a que se submete o empresário devedor quebrado (ou em vias de quebra), regulado através de lei vinculada à ideologia econômica dominante, o fato criminoso (antieconômico) relacionado a esse processo é do âmbito do Direito Penal Eco-

<sup>63</sup> LUNA, Eleonora. O Direito Penal Econômico e os Crimes Contra a Propriedade Industrial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 21, n. 82, p. 333 e 334, abr.jun. 1984.

<sup>64</sup> LUNA, Eleonora. Nota 63, p. 335.

<sup>65</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Apud* BRANDÃO, Cláudio. Nota 45, p. 09.



nômico, porque atinge a orientação da política ou planejamento econômico.

#### 4 – DEFINIÇÃO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRIME FALENCIAL

Por certo, a falência de *per se* não constitui um delito<sup>66</sup>. Pondera Pontes de Miranda que “o sistema jurídico de modo nenhum considera ato ilícito o não solver dívidas. Os procedimentos concursais, civis e comerciais, têm por finalidade a prestação jurisdicional que o Estado prometeu, na situação que se estabelece com a concorrência de credores”<sup>67</sup>.

Há certas condutas relacionadas com o instituto, entretanto, que podem gerar conseqüências defesas pelo ordenamento estatal, porque atentam contra bens e interesses jurídicos importantes para a coletividade. Essas ações injurídicas criam, assim, ameaças ou lesões efetivas ao comércio e que, por tamanha gravidade dos ilícitos, requerem uma drástica e pronta resposta do Estado: a repressão penal.

Quando os demais ramos do Direito mostrarem-se incapazes de dar a devida proteção, esses comportamentos anticomerciais serão regulados, portanto, no âmbito do Direito Penal — mais precisamente, no âmbito do Direito Penal Econômico, como já dissertado. Temos, então, o crime falencial (*bancarrota*, para os italianos<sup>68</sup>, *bankruptcy* para os americanos, *delito de quiebra* para os espanhóis, *bankbruch* para os alemães).

<sup>66</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, art. 5º Omissis, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

<sup>67</sup> MIRANDA, Pontes de. Nota 44, p. 327.

<sup>68</sup> “La palabra “bancarrota” nos llega del italiano. En la antigua Italia, los banqueros y prestamistas se sentaban en sus bancas para realizar sus transacciones. Cuando quebraban las autoridades les rompían la banca, o sea quedaban en banca rota. Obviamente los términos banca y banquero también tienen el mismo origen. La

Cláudio Brandão leciona que há duas formas de se conceituar o crime<sup>69</sup>. Primeiro, criminologicamente (v.g. Ferri, Garofalo), utilizando uma lógica empírica, ou seja, à luz de um juízo de ser (*sein*), o que para o Jurisconsulto se demonstra inadequado para o estudo dos crimes em espécie, o que afastamos de plano, portanto. E há o conceito jurídico, realizado a partir de uma lógica normativa, isto é, à luz das normas jurídicas, num juízo de dever-ser (*sollein*), e que se subdivide quanto ao bem jurídico protegido (conceito jurídico substancial<sup>70</sup>) e quanto aos elementos constantes na lei (conceito jurídico formal<sup>71</sup>).

Logo, materialmente, temos que o crime falencial é a violação ou exposição a perigo da Economia e, mais especificamente, do meio através do qual a Economia distribui riqueza: o comércio. Dessarte, crime falencial é a violação ou exposição a perigo do comércio.

Para Hans Welzel, e melhor é reproduzir-lhe as palavras: “una acción tiene que que infringir, por conseguinte, de un modo determinado el ordenamento el orden de la comunidad, tien que ser “típica” y “antijuridica”, y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser “culpable”. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito”<sup>72</sup>.

Esse conceito (jurídico-formal) tripartido — diz o Professor de Direito Penal da Universidade de Bonn — afiança

palavra “banco” se refiere a que los primeros banqueros funcionaban en Florencia en el medio evo y estos personajes se sentaban en un banco de plaza y “rota” del antiguo italiano que deriva de rotare, como que se pase una roeda por arriba y lo rompa”. Disponível em : < <http://etimologias.dechile.net/?bancarrota> > . Acesso em : 25 fev. 2005.

<sup>69</sup> BRANDÃO, Cláudio. Nota 45, p. 05.

<sup>70</sup> BRANDÃO, Cláudio. Nota 45, p. 06 a 10.

<sup>71</sup> BRANDÃO, Cláudio. Nota 45, p. 10 a 14.

<sup>72</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Juridica del Chile, 1997. p. 57.



um alto grau de racionalidade e expurga do sistema possíveis contradições e arbitrariedades.

Formalmente, o crime falencial é o resultado de toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita na lei de falências — exigência do princípio liberal da legalidade penal: *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>73</sup>.

Os autores em uníssono entendem que os crimes falenciais para existirem exigem os seguintes elementos: a existência de empresário (ou sociedade empresária) devedor(a), sentença declaratória de falência, fatores dolosos, evento de perigo ou de dano ao comércio. Quanto ao primeiro elemento não há dúvidas, pois só poderá falir quem é empresário (ou sociedade empresarial) devedor(a).

J.C. Sampaio Lacerda afirma que, sem a sentença declaratória, os fatos elencados são indiferentes, pois é essa espécie de decisão judicial que dá a etiquetagem da antijuridicidade aos fatos típicos, mesmo se proferida futura ou concomitantemente<sup>74</sup>.

Waldemar Ferreira entende que daí surge a natureza de condicionalidade dos crimes falenciais, por dependerem da sentença que a declare, podendo-se afirmar que ela é uma *conditio sine qua non* para o enquadramento do comportamento reprovável no tipo<sup>75</sup>. O tratadista finaliza assegurando que a série de práticas, na lei de falências enumerada, positiva a infração penal, quando advém a condição de punibilidade, ou seja, os fatos só se transvertem no ilícito penal com o advento da decretação de falência por decisão

<sup>73</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, art. 5º *Omissis*, XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal (com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>74</sup> LACERDA, J. C. Sampaio. Nota 12, p. 308.

<sup>75</sup> FERREIRA, Waldemar. Nota 42, p. 412.

judicial. A falência é, indiscutivelmente, pressuposto dos crimes falenciais, o que encontra correspondência na locução da lei, *ex vi* do art. 188, da Lei nº 11.101/2005.

No mesmo sentido, diz-nos Luis Carlos Betanho, que todo e qualquer crime falencial só pode ser assim considerado se existir uma sentença declaratória posterior a esses atos, ou seja, sem sentença de quebra, não há situação jurídica denominada falência, pouco importando o estado econômico do devedor e, por via de consequência, não há o crime específico<sup>76</sup>.

Dessa premissa, já podemos tirar algumas conclusões, por exclusão. Os atos anteriores ou são penalmente irrelevantes, ou configuram crimes comuns previstos na Parte Especial do Código Penal (v.g. art. 177, §1º, inciso I, do CP), ou são crimes próprios disciplinados em leis específicas. Se a sentença declaratória da falência for reformada, isto é, tornada sem efeito ou anulada no todo, não mais estará configurado o tipo falencial. Obviamente, a decisão judicial que determina a recuperação judicial ou a recuperação extrajudicial de sociedade não substituirá a sentença declaratória da quebra.

Luis Carlos Betanho ensina ainda que a doutrina se divide em duas correntes no que diz respeito à natureza da sentença da falência em face dos crimes falenciais<sup>77</sup>. A maioria dos autores diz ser a decisão condição de procedibilidade para processamento dos feitos relativos aos delitos de quebra. Nelson Hungria, Waldemar Ferreira J. C. Sampaio de Lacerda e Rubens Requião asseveram — com estilo e com acerto! — ser condição de punibilidade aos sujeitos ativos, não obstante Magalhães Noronha acentuar a inaplicabilidade

<sup>76</sup> BETANHO, Luis Carlos. Crimes Falimentares. In: FRANCO, Alberto Silva. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5.ed, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. T.2 p. 1094.

<sup>77</sup> BETANHO, Luis Carlos. Nota 76, p. 1094.



prática da distinção. O autor traz à colação, por fim, o entendimento eclético do jurista Orestes Ambrogini: “*atua como condição objetiva de punibilidade com relação ao direito substancial; com referência ao direito processual, opera como condição de procedibilidade (RT-683-282)*”.

#### 4.1 – Princípio da Unicidade Penal

Trata-se de princípio consagrado na doutrina e na jurisprudência dominante brasileira, donde se tem que “*o crime falencial é de estrutura complexa. A declaração da falência, como única condição de punibilidade, converte em unidade a pluralidade dos atos praticados pelo devedor anteriores a essa declaração*” (RT 190/99).

Gilberto Valente, dissertando as características dos crimes falenciais, entre outras aponta a da “*universalidade da ação criminal, isto é, absorção dos diferentes atos que constituem, cada um, o crime por este em caráter geral, não havendo concurso de ações criminais, nem de penas*”<sup>78</sup>.

Rubens Requião afirma a unidade do crime falencial, porquanto haja uma pluralidade de ações ou omissões delituosas do agente, sendo a pena a ser aplicada dosada em função do evento de maior gravidade<sup>79</sup>. Portanto, em que pese ser complexo o delito de quebra, o princípio da unicidade deve ser aplicado pelo magistrado, condenando os denunciados a uma só pena, entre elas a maior. Uma vez desconsiderando a unitariedade do delito, ou seja, fracionando as condutas e punindo-as isoladamente, culminando a cada uma a pena correspondente, caberá recurso à Corte de Apelação Criminal, no sentido de anular a referida decisão.

<sup>78</sup> VALENTE, Gilberto. Nota 47, p. 78 e 79.

<sup>79</sup> REQUIÃO, Rubens. Nota 21, p. 160.

Entendem os Tribunais do Brasil: “*Crime falimentar - pena - redução - princípio da unicidade do delito. Recurso provido para diminuir a pena ao mínimo*” (TJSP - RJTJSP 122/464); “*A falência constitui-se em delito único, não sendo reconhecível, pois, a ocorrência de concurso material de infrações em crime falimentar*” (TACRIM-SP - RT 600/368); “*O princípio da unicidade penal falimentar impede a dupla sanção privativa da liberdade, ainda que várias as incidências delitivas*” (TJSP - RT 626/284); “*A unidade dos crimes falimentares praticados pelo falido é total, abrangendo todas as suas condutas ilícitas, tanto antes como depois da decretação da quebra. Apresentando-se uma série de fatos, não importando se ocorridos antes ou depois da falência, o juiz aplicará uma única pena, a mais grave*” (TJSP - RT 633/272).

No mesmo sentido: STF - RHC 569/383; STJ - RHC 10593/SP; STJ - HC 26126/SP; TJSP - RT 569/283, TJSP - RT 575/364; TJSP - RT 600/368 TJSP - RT 628/298; TJSP - RT663/283; TJSP - RJTJSP 118/497.

#### 4.2 – Classificações e Sujeitos do Crime Falencial

Os crimes falenciais classificam-se quanto ao sujeito ativo do fato punível e também em função do momento da prolação da sentença judicial que decretar a falência. Serão, portanto, próprios ou impróprios e *ante-falenciais* ou *post-falenciais*. A divisão é meramente doutrinária, sem grande interesse prático.

Ter-se-á o crime *ante-falencial* se cometido antes da sentença declaratória da quebra e, por conseguinte, se a consumação ou tentativa for posterior à decisão que decretar a falência, tem-se o crime *pós-falencial*.

O sujeito ativo do crime, leciona Roque de Brito Alves, é aquele que realiza a conduta objeto da norma penal



incriminadora, descrita ou proibida pela lei penal<sup>80</sup>. É a pessoa física<sup>81</sup> que pratica ação ou omissão típica, antijurídica e culpável que viole ou exponha a perigo bem jurídico, e sobre o qual recai a pena, consequência natural do crime. Sujeito passivo é — na lição do Professor recifense — o titular de um determinado bem ou interesse tutelado ou protegido pela norma penal que é violado ou ameaçado pelo fato punível<sup>82</sup>. É a pessoa física ou jurídica que sofre a conduta delituosa e que, portanto, não pode ser simultaneamente agente, podendo ser imediato ou mediato.

Nos crimes falenciais, quando o sujeito ativo é o próprio empresário devedor, diz-se crime próprio e *ante-falencial*, e se o agente for o falido, crime falencial próprio e *pós-falencial*. Do contrário, se o agente for terceiro, pessoa diversa do devedor ou do falido, mas em conexão com a falência, que funciona ou funcionou no processo de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial — v.g., o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa (art. 177, da Lei nº 11.101/2005) — configura aí o crime de quebra impróprio (*ante-falencial* ou *pós-falencial*).

<sup>80</sup> ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal*. Parte Geral. 3.ed. Recife: Inojosa, 1977. v. 1, p. 306 e 307.

<sup>81</sup> Hodiernamente, há grande discussão em torno da possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, em face do ordenamento jurídico brasileiro. Há os que admitem o princípio *universitates delinquant* e existem aqueles defensores da tese *societas delinquere non potest*, que no Brasil são maioria. SHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 88. LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. Recife: Mousinho, 1958. p. 22 e 23. Em relação aos crimes falenciais, não há previsão legal em nossos subsistemas penal e comercial, até porque seria contraditório com o novo instituto da recuperação judicial e extrajudicial penalizar a sociedade empresarial moribunda, o que seria, em alguns casos, permitir-lhe a pena de morte: a liquidação.

<sup>82</sup> ALVES, Roque de Brito. Nota 80, p. 312.

Igualmente, não há como afastar a possibilidade de concurso de agentes nessa espécie de delito, isto é, da participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*), o que não é incomum, vez que muitas vezes se faz mister ao sucesso da fraude falencial uma intrincada e organizada rede criminosa.

O Professor Roque de Brito Alves, nesse sentido, traz-nos a constatação de que o fenômeno da entidade criminosa uma pode ser cometida por várias pessoas ou agentes, tendo como liame psicológico entre os delinquentes a possibilidade, com maior certeza ou segurança, do êxito da execução e consumação do crime, a existência de mais de uma pessoa interessada na prática da infração penal e assegurar a impunidade da empreitada criminosa da atividade comum delituosa<sup>83</sup>.

A regra geral do concurso de pessoas está definida no Código Penal, ao lado das circunstâncias incommunicáveis e dos casos de impunibilidade. Assim, *quem, de qualquer modo, concorre para o crime falencial incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade* (art. 29, do CP), *não se comunicando as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, se quando elementares do crime* (art. 30, do CP). *O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos a ser tentado* (art. 31, do CP).

Ressalte-se ainda que o legislador deixou expresso que os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes da Lei nº 11.101/2005, na medida de suas culpabilidades (art. 179).

<sup>83</sup> ALVES, Roque de Brito. Nota 80, p. 498 e 499.



No crime falencial, os sujeitos passivos imediatos (formais) serão o Estado, titular do bem jurídico "Ordem Econômica" — em especial o comércio — e a coletividade, turbada no seu interesse de preservação e manutenção dos créditos; sujeito mediato (material), os titulares do interesse envolvido no patrimônio do devedor (ou na massa falida). Ocorre ainda que o próprio devedor ou falido poderá ser sujeito passivo imediato e material do crime falencial.

### 4.3 – Culpabilidade do Agente

Cumpra observar que o crime falencial, de acordo com a nova lei, só existe na modalidade dolosa, variando as penas conforme a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime<sup>84</sup>. A Nova Lei de Falências e Recuperação Empresarial não declarou, expressamente, em seu texto, a punibilidade do crime falencial a título de culpa. Esta é a regra geral a ser seguida pelas leis especiais porque positivada no Código Penal Brasileiro: *salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente* (parágrafo único, art. 18, do CP).

Aníbal Bruno conceitua culpa como a prática voluntária, sem atenção ou o cuidado devido, de um ato do qual decorra um resultado definido na lei como crime, que não foi querido nem previsto pelo agente, mas que era previsível<sup>85</sup>. Logo, nessa modalidade menos grave, a punibilidade só é exigida quando a lei descrever como criminosa a ação (ou omissão) somente quista pelo agente e não também

<sup>84</sup> Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 59.

<sup>85</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Parte Geral. T. 2. p. 80 a 84.

o resultado antijurídico, mas sobrevivendo este pela imponderação de sua conduta<sup>86</sup>. Ninguém poderá ser condenado por crime falencial culposo, porque não existe expressa previsão, na Lei nº 11.101/2005, a título de culpa.

Para alguns autores, a lei anterior não permitia também o entendimento de culpa e dolo. Jorge Pereira Andrade<sup>87</sup> e Paulo Salvador Frontini<sup>88</sup> asseguram que, advindo a falência, todos os crimes lá capitulados, se cometidos, são dolosos, uma vez que o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Em sentido contrário, registre-se, o voto vencido do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sílvio Martins Teixeira<sup>89</sup>. Waldemar Ferreira, Walter T. Álvares, Rubens Requião, J. C. Carvalho de Mendonça, entre outros, aceitavam o crime falencial culposo.

### 4.4 – Consumação e Tentativa

Quanto à consumação dos crimes falenciais, não há dúvidas, é facilmente apreensível. Em relação à tentativa dos crimes falenciais, todavia, a doutrina se divide, havendo aqueles que negam a possibilidade de crimes falenciais tentados.

Os crimes podem ser classificados quanto à sua completa realização, em tentados e consumados. Diz-se crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, e tentado é aquele em que se iniciou a

<sup>86</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I. T.2. p. 41.

<sup>87</sup> ANDRADE, Jorge Pereira. Nota 15, p. 248 e 249.

<sup>88</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Os Crimes Falenciais são sempre Dolosos. In: FRANÇA, Limongi. R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 381 a 392.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Sílvio Martins Teixeira. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 21 jul. 1947. p. 3.247.



execução, mas o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente<sup>90</sup>. Raúl Eugênio Zafaroni e José Henrique Pierangeli ensinam que “no delito doloso não se pune apenas a conduta que chega a realizar-se totalmente ou que produz o resultado típico, pois a lei prevê a punição da conduta que não chega a preencher todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização”<sup>91</sup>.

Hans Welzel define a tentativa, *in verbis*: “es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito (§ 43). El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado”<sup>92</sup>.

Conclui o juriconsulto que, se basta para a consumação o dolo eventual, então basta, também, para a tentativa. Dessa forma, se não existe tentativa sem intenção criminosa, é forçoso concluir que toda tentativa é dolosa. A tentativa requer o dolo, sendo este o mesmo dolo do delito consumado.

Paulo José da Costa leciona que, além das contravenções, os crimes culposos (não intencionais) e preterintencionais (além da intenção) não admitem a forma tentada, tampouco pode ser vislumbrada nos crimes unissubsistentes (*qui uno actu perficiuntur*), que não permitem o fracionamento do momento executivo do delito, ao contrário dos crimes plurissubsistentes, onde a conduta se desdobra em vários atos<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: **Código Penal Brasileiro**, art. 14 incisos I e II, (com Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>91</sup> ZAFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 698 e ss.

<sup>92</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 193.

<sup>93</sup> COSTA JR., Paulo José da. Nota 32, p. 52.

Seguindo esse raciocínio, entendemos haver a possibilidade de um crime falencial doloso e plurissubsistente não se realizar completamente, ou seja, não terminar plenamente, falhar, porque não reuniu todos os elementos do tipo por circunstâncias alheias à vontade do empresário devedor/falido (ou do terceiro), embora haja iniciada a execução.

A punição do crime tentado — salvo disposição em contrário — é a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços e, regra geral, não se pune quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime (tentativa inidônea ou crime impossível)<sup>94</sup>.

## 5 – ENUMERAÇÃO DOS CRIMES FALENCIAIS NA LEI Nº 11.101/2005<sup>95</sup>

A Lei nº 11.101/2005 disciplina dez condutas criminosas punidas com pena privativa de liberdade reclusiva. São elas: *fraude a credores* (de três a seis anos, ou, se agravado, de quatro a nove anos); *violação de sigilo empresarial* (de dois a quatro anos); *divulgação de informações falsas* (de dois a quatro anos); *indução a erro* (de dois a quatro anos); *favorecimento de credores* (de dois a cinco anos); *desvio, ocultação ou apropriação de bens* (de dois a quatro anos); *aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens* (de dois a quatro anos); *habilitação ilegal de crédito* (de dois a quatro anos); *exercício ilegal de atividade* (de um a quatro anos); *violação de impedimento* (de dois a quatro anos). O delito de *omissão dos documentos contábeis obrigatórios* é o único punido com pena de detenção, de um a dois anos.

<sup>94</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**, art. 14, parágrafo único e art. 17.

<sup>95</sup> Os comentários, artigo por artigo, realizados pelo autor, serão, em breve, publicados nesta Revista.



O legislador trouxe também estranhas e contraditórias inovações. Ao lado das penas de privação de liberdade, que foram aumentadas em seus montantes, culminou cumulativamente a pena de multa, em todos os tipos.

Algumas condutas que, no sistema anterior, eram criminosas, atualmente não serão mais penalizadas: gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal; despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito; abuso de responsabilidade de mero favor; prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa; perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie; ser o falido leiloeiro ou corretor.

Os réus que estiverem sendo processados — ou já condenados — por esses tipos terão a garantia do princípio da retroatividade benéfica, constitucionalmente assegurado no inciso XL, do art. 5º, da *Lex Mayor*<sup>96</sup> e há muito recepcionado no Código Penal Brasileiro, em seu art. 2º, parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: art. 5º Omissis. XL. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>97</sup> Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), art. 66 Compete ao juiz da execução: I. aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

## 6 - CONCLUSÃO

Conclui-se que, em face da autonomia legislativa, só as leis falenciais cabem tratar dos delitos dessa espécie, porque há manipulação de princípios e conceitos da seara comercial no que pertine ao Direito Falencial. Sobre a natureza jurídica dos delitos de falência, defendemos a tese de que eles constituem crimes contra a ordem econômica, em especial o principal meio pelo qual a Economia distribui as riquezas da Nação: o comércio. Eis o verdadeiro bem jurídico protegido pelo Estado em face desses delitos. Portanto, não compete ao Direito Penal Clássico estudar o fenômeno dos delitos falenciais, mas, em verdade, é o moderno Direito Penal Econômico a quem incumbe reprimir e prevenir o crime, intimidar e ressocializar o agente.

É a falência instituto puramente mercantilista a que se submete o empresário devedor quebrado (ou em vias de quebra), regulado através de lei vinculada à ideologia econômica dominante, assim o fato criminoso (antieconômico) relacionado a esse processo é do âmbito do Direito Penal Econômico, porque atinge a orientação da política ou planejamento econômico.

Materialmente, crime falencial é a violação ou exposição a perigo do comércio. Formalmente, é o resultado de toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita na Lei de Falências. O crime falencial é de estrutura complexa, admitindo-se tanto a modalidade consumada quanto tentada, porque entendemos haver a possibilidade de um crime falimentar doloso e plurissubsistente não se realizar completamente, ou seja, não terminar plenamente, falhar, porque não reuniu todos os elementos do tipo por circunstâncias alheias à vontade do empresário devedor/falido (ou do terceiro), embora haja iniciada a execução.

O princípio da unicidade dos crimes falenciais, segundo o qual a declaração da falência, como única condição



de punibilidade, converte em unidade a pluralidade dos atos praticados pelo devedor anteriores a essa declaração.

A Nova Lei de Falência e Recuperação Empresarial entrou no sistema brasileiro revogando expressa e completamente o obsoleto Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. O recente diploma não trouxe um rol inovador, descriminalizando algumas condutas, não declarou, expressamente, em seu texto, a punibilidade do crime falencial a título de culpa — portanto, admite-se apenas os delitos falenciais dolosos. Os delitos falenciais, indiscutivelmente, estão inclusos na criminalidade moderna, que atentam contra a ordem econômica, em especial, o comércio, devendo, portanto, ser disciplinados pelo Direito Penal Econômico.

## 7 – REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**, parte geral. 3.ed. Recife: Inojosa, 1977. v. 1

ANDRADE, Jorge Pereira. **Manual de Falência e Concordata**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BETANHO, Luis Carlos. Crimes Falimentares. In: FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5.ed. tiragem.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. T. II.

BÍBLIA SAGRADA, Antigo e Novo Testamento. Trad. João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **Da Defesa dos Crimes Contra o Patrimônio**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal, parte geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Tomo III.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania & Processo de Integração**. Curitiba: Juruá, 2002. Pensamento Jurídico. v. III

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966. v.14

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966. v.15

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala, Formação da Família Brasileira sobre o Regime de Economia Patriarcal**. 14. ed. brasileira e 15. ed. portuguesa. Recife: Imprensa Oficial, 1966. Tomo 1



FRONTINI, Paulo Salvador. **Os Crimes Falenciais são sempre Dolosos.** IN : FRANÇA, Limongi R.(Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977.

COSTA JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2000.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, Tomo I

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar.** 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

LUNA, Eleonora. O Direito Penal Econômico e os Crimes Contra a Propriedade Industrial. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 21, n. 82, abr/jun. 1984.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime.** Recife: Mousinho, 1958.

MARULL, Francisco Gabriel. **Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?** Disponível em : < <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,84,0,0,1,0> > . Acesso em 10 fev. 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. Tomo XXX.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Política Criminal y bien jurídico en el delito de quiebra.**

Disponível em : < [www.unifr.ch/derechopenal/anuario/89\\_90/Bustos89.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/89_90/Bustos89.pdf) > . Acesso em : 14 fev. 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Hersilio. **Novos Direitos e Velhos Códigos.** Recife: Imprensa Industrial, 1924.

STEVENSON, Oscar. **Do Crime Falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1939.

T. ÁLVARES, Walter. **Direito Falimentar.** 3.ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1970.v. II.

TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brasil Anotado.** Ed. fac.-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

VALENTE, Gilberto. **Há crimes específicos da Falência e da Concordata?** Bahia: Tipografia Naval, 1943.



VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. III

VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie**. Minas Gerais: Del Rey, 1993.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman. Parte General**. 11. ed. 4. reimpressão. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal – Parte General**. Tradução: Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; José Henrique Pierangeli. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAMUDIO, Teodora. **Delito de Quiebra**. Disponível <: <http://www.zamudio.bioetica.org/delito.htm>> . Acesso em 10 fev. 2005.

## DA CONDIÇÃO SUPRALEGAL DA INEXIGIBILIDADE DA CONDUTA DIVERSA

*Orson Santiago Lemos*

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Assessor da Corregedoria Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco-TRE-PE. Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Maurício de Nassau

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – HISTÓRICO: DO PRIMEIRO CASO NOTICIADO AO CONCEITO ATUAL. 1.1 – Primeiro caso noticiado. 1.2 – Conceitos doutrinários. 2 – DA UTILIZAÇÃO DA TESE DA INEXIGIBILIDADE DA CONDUTA DIVERSA. 2.1 – Posição doutrinária brasileira e estrangeira. 2.2 – Dos elementos da culpabilidade. 3 – POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. 3.1 – A inexigibilidade como forte argumento para afastar a culpabilidade. 3.2 – Da não previsão legal da inexigibilidade de conduta, diversa como argumento para não utilização da mesma. 3.3 – Comentários às posições jurisprudenciais. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar a reintrodução da tese de inexigibilidade de conduta diversa no ordenamento jurídico brasileiro. A matéria, ainda de natureza supralegal, vem ganhando espaço nas decisões jurídicas nacionais e, muito embora em alguns Estados a jurisprudência manifesta-se pela não utilização em determinadas



situações, pode-se dizer, sem medo de errar, que ainda não há uma posição uniforme dos Tribunais Superiores.

No que pertine a metodologia optamos pela análise de diversas obras publicadas que abordam o tema, estudos de jurisprudências e artigos divulgados pela internet todos de extrema valia para a elucidação em diversos aspectos necessários ao bom desenvolvimento e elucidação das filigranas que permeiam o assunto.

No primeiro capítulo abordaremos o caminho percorrido pela tese da inexigibilidade da conduta diversa desde o primeiro caso noticiado até os dias atuais, demonstrando os diversos conceitos que surgem no panorama jurídico.

A seguir demonstraremos como se dá a utilização da tese da inexigibilidade da conduta diversa, ressaltando a posição doutrinária brasileira e estrangeira sem olvidar de focar, ainda que de forma perfunctória, os elementos da culpabilidade, o nível de importância em que se encontra inserido dentro do tema.

Nesse passo será enfocada no terceiro capítulo a jurisprudência nacional, enumerando diversas delas que se manifestam de forma favorável à tese, e a utilizam como argumento para afastar a culpabilidade, assim com aquelas que se arvoram na inexistência de previsão legal para repudiar a utilização da tese. Arrematamos o capítulo com comentários pertinentes às posições doutrinárias.

Finalmente apresentaremos nossas conclusões demonstrando o porquê de nos filiar-mos à corrente que aceita a utilização da inexigibilidade da conduta diversa como forma de afastar a punibilidade desde que de forma comedida com intuito de evitar exageros ou, no outro oposito, injustiças.

## 1 - HISTÓRICO: DO PRIMEIRO CASO NOTICIADO AO CONCEITO ATUAL

### 1.1 - Primeiro caso noticiado

Ao longo da história, o elemento da culpabilidade vem sendo estudado sob o enfoque de ser ou não excludente do crime. Até agora todos os elementos apresentados vêm sendo objeto de acalorados debates pelos legisladores e doutrinadores o que presenteou os estudiosos com o aperfeiçoamento do seu conceito.

O caso mais famoso, por ter sido o "precursor", ocorreu no Tribunal do Império Alemão - Reichsgericht, no ano de 1896 e ficou conhecido como "Cavalgadura que não obedece às rédeas". Conta-se que o proprietário de um cavalo ressabiado e indolente ordenou ao cavaleiro que selasse o animal e saísse à rua com a finalidade de realizar certo serviço. O cavaleiro, prevendo a possibilidade de um acidente caso o animal se descontrolasse, quis opor-se à ordem ao sugerir outro cavalo, porém seu patrão o ameaçou com a demissão caso não cumprisse a determinação. O cavaleiro, então, obedeceu. Na rua, o animal rebelou-se, causando lesões a um pedestre. O Tribunal do Reich negou, contudo, a culpabilidade do cavaleiro, porque, levando em consideração as circunstâncias do fato, não podia ser-lhe exigido conduta que o levaria à perda de seu emprego, único sustento de sua família, caso negar-se a executar a ação sabidamente temerária. (VELOSO, 2004)

O caso teve por desfecho a aplicação da doutrina da não exigibilidade de outra conduta, ao invés de analisar o caso sob a ótica da culpa no sentido estrito.

A partir daí esse mesmo tribunal construiu, através de suas decisões, o conceito de inexigibilidade de uma outra conduta.



Outros dois casos ficaram mundialmente famosos. O primeiro deles refere-se ao caso da parteira que foi forçada pelos mineradores conhecidos como KLAPPERSTORCH, a informar sempre quando um nascimento ocorresse no fim de semana que teria se dado na segunda-feira. Isso porque a empresa mineradora e os seus empregados tinham feito um acordo que sempre que a mulher de um deles desse à luz, naquele dia o mineiro estaria dispensado de seu serviço e receberia como se trabalhado tivesse. A parteira, com medo de perder clientes, foi responsável por diversas inscrições falsas no registro civil. (VELOSO, 2004).

Já o segundo caso foi matéria do Tribunal de FREUDENTHAL que absolveu uma jovem siliciana, em 1922, do assassinato do tio e tia que lhe haviam trazido para New York. Justificava seu ato pela revolta que sentiu dos tios pelo fato de que, tendo se tornado amante do tio, com o consentimento da tia, essa veio a revelar, quando das núpcias da moça, todo o fato ao marido da sobrinha, ocasionando assim o pedido de divórcio. (VELOSO, 2004).

Em ambos os casos a absolvição foi conseqüência da aplicação da teoria da não inexigibilidade de conduta diversa.

## 1.2 – Conceitos Doutrinários

No Brasil, o Ministro Assis Toledo foi o responsável pela reintrodução em nossos tribunais da tese da inexigibilidade que, mais uma vez, não foi normatizada, permanecendo, via de conseqüência, de caráter supralegal.

Quando da utilização, por parte do julgador, da tese ora em comento, demonstra ser de extrema valia dispensar alguma cautela, além da necessidade de surgir maior interesse do legislador no que pertine a regulamentação de sua utilização. Caso contrário, dentro em breve, tornar-se-á banalizada

a utilização da tese, por parte de criminosos, despejando na sociedade a culpa por seus erros sob a alegação de que foi coagido a ingressar na marginalidade com a finalidade de sustentar a família. O exemplo, da forma como foi exposto, pode até parecer injusto à primeira vista, mas é o que têm sido aceito por vários tribunais do nosso país que vêm permitindo que casos escandalosos tenham desfechos vergonhosos.

Ao longo da história foi sendo lapidado o conceito de inexigibilidade da conduta diversa, introduzida como causa da exclusão da culpabilidade. Os doutrinadores brasileiros assim a definem:

“... quando não é possível exigir-se outra conduta ao agente de um fato, estar-se-ia na presença de uma causa genérica de exclusão da culpabilidade e seria entendida como um juízo de reprovação”. (VELOSO, 2005).

O advogado Dr. Cláudio Márcio de Oliveira, ao relatar sobre inexigibilidade, preferiu conceituar o que seria culpabilidade, e assim o fez:

“Culpabilidade é, pois, um juízo de reprovação dirigida ao sujeito por não ter ele agido de acordo com o Direito, quando lhe era exigível”. (OLIVEIRA, 2001).

Segundo Damásio de Jesus, o efeito da inexigibilidade de conduta pode ser definido da seguinte forma:

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade. Isso ocorre no caso de coação moral irresistível. (JESUS, 2002, p. 480).



O que se extrai da leitura de alguns conceitos é que os doutrinadores e juristas tentam introduzir uma nova causa de excludente de culpabilidade, sem que a norma legal venha a definir, pois, segundo a doutrina, a não exigibilidade de conduta diversa, embora não seja inédita no Brasil, vem merecendo novos e interessantes enfoques por parte da jurisprudência. Resta evidente que se trata de uma causa supralegal, ou seja, não prevista em lei, de exclusão de antijuridicidade e que o legislador não estabeleceu de modo explícito suas normas, e quando a faz é relacionando de forma indireta à coação moral irresistível.

O Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Carlos Otaviano Brenner de Moraes, utilizou-se da seguinte explanação:

....a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa de exclusão da culpabilidade. Melhor seria dizê-la, aliás, mais do que uma exculpante, mas denominador comum de todas as excludentes da culpabilidade, pois os elementos essenciais ao juízo de censura penal decorrem da premissa fundamental de que a ordem jurídica pode exigir do agente comportamento diverso (Zaffaroni), sendo que a exculpação sempre evidencia a inexigibilidade da prática de outro comportamento e decorre do fato de que o direito penal somente pode exigir do indivíduo o que lhe seja faticamente possível. (MORAES, 2004).

Dente os juristas que reintroduziram a inexigibilidade da conduta diversa no Brasil está o Ministro Assis Toledo do STJ, como podemos verificar em um de seus julgados:

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralega de exclusão da culpabilidade cuja admissibi-

lidade no Direito Brasileiro já não pode ser negada. Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. (STJ, RESP 2492/RS, 1990)

Diante da presente jurisprudência resta evidente o caráter supralegal e que estamos lidando com uma forma de defesa alternativa. Ocorre que, com o passar dos tempos, sua utilização vem sendo banalizada e tem fugido até mesmo dos conceitos apresentados, de forma que se faz essencial um aprofundamento acerca da culpabilidade com o objetivo de entender a inexigibilidade de conduta diversa como uma das causas legais ou extralegais de exclusão da culpabilidade, bem como demonstrar se há ou não deturpações na sua utilização.

## 2 - DA UTILIZAÇÃO DA TESE DA INEXIGIBILIDADE DA CONDUTA DIVERSA

### 2.1 - Posição doutrinária brasileira e estrangeira

Antes de passar ao estudo propriamente dito da culpabilidade, revela-se essencial abordarmos os diversos posicionamentos doutrinários acerca dessa tese.

No Brasil, a teoria é bem aceita pelos doutrinadores, mas, como veremos mais adiante, tem sido utilizada de diversas formas. Os Tribunais, por seu turno, a aceitam em sua maioria, mas com certa cautela e restrições, como é o caso de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. O Estado de São Paulo não aceita formulação de quesito no Júri que seja sobre a tese da inexigibilidade da conduta di-



versa e fundamentam que os quesitos só podem ser formulados se advirem de lei (art. 484, III, do CPP).

Os autores brasileiros, cujos posicionamentos são contrários à utilização da tese da inexigibilidade da conduta diversa, são: Alcides Munhoz Neto, Cirino dos Santos, Manoel Pedro Pimentel. Além desses relacionados vale mencionar que Damásio de Jesus e Nelson Hungria, apesar de serem favoráveis à utilização da tese, divulgam frases em suas obras que são fonte de inspiração e fundamentação dos autores contrários. Esse preconiza que a inexigibilidade ofende o princípio da legalidade enquanto que aquele, apesar de adepto da corrente favorável, divulga ser a culpabilidade pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime.

Estas duas afirmações são utilizadas em larga escala pelos doutrinadores contrários à tese, como justificativa para não utilização da inexigibilidade da conduta diversa. Nelson Hungria confirma que a tese da inexigibilidade não se encontra explícita no Código Penal, sendo necessária para fundamentação, a sua utilização de forma axiológica como causa supralegal, já que não se encontra prevista em lei.

O posicionamento de que o fato da culpabilidade não é requisito do crime, conforme declara Damásio de Jesus, somente reforça a posição defendida pelos doutrinadores contrários que entendem que, para ser definido como crime, o ato requer apenas duas ações: a tipicidade e a ilicitude, sendo a culpabilidade um pressuposto do crime. Nessa seara repousam os fundamentos dos doutrinadores contrários à aplicação da inexigibilidade.

Na Europa não é diferente o posicionamento dos doutrinadores contrários à inexigibilidade e estão relacionados alguns doutrinadores como Wessels, Straterweerth, Baumann e Hans Jescherck, o qual divulga o seguinte pensamento:

A teoria normativa da culpa tem sua essência na valorização da formação da vontade do agente e baseia, assim, a reprovabilidade da culpabilidade na exigibilidade de comportamento conforme a norma individual do agente. Com isso teve, como consequência a inexigibilidade constituída como uma causa geral de exculpação supra legal. Se opõe em nome da insegurança jurídica ou necessidade da certeza jurídica e que se baseia a grande maioria dos doutrinadores que se opõem. (NAHUM, 2001)

Dentre os doutrinadores europeus favoráveis à inexigibilidade, enquadra-se Bettiol, combatido ferrenho do posicionamento de Hans Jescherck e defensor de que em nome de uma certeza formal não se pode admitir uma insegurança jurídica tratando situações desiguais de forma igual. Para ele a certeza formal não justifica a injustiça. (NAHUM, 2001).

A maioria dos autores, sejam brasileiros ou europeus, sinalizam de forma positiva à utilização da inexigibilidade da conduta diversa e combatem o conceito de que culpabilidade é pressuposto da pena ao afirmarem que a mesma é requisito do crime.

Argumentam os autores que, tendo o Código Penal Brasileiro adotado a teoria finalista da ação, equivale a ter adotado a teoria normativa pura da culpabilidade, fazendo ruir o alicerce fundamental do pensamento dos defensores da culpabilidade apenas como pressuposto da pena.

Figuram na relação de autores brasileiros favoráveis à inexigibilidade da conduta diversa: Aníbal Bruno, Assis Toledo, Frederico Marques, Joel Tonyson Velo, José Paula da Costa Jr. Luiz Alberto Machado, Nelson Hungria e Damásio de Jesus.



## 2.2 – Dos elementos da culpabilidade

O crime, segundo Damásio de Jesus, possui dois aspectos formais genéricos que é o fato típico e a antijuridicidade. Ocorre que a manifestação apenas destes não encerra a conclusão de que o autor tenha cometido um delito, já que pode estar acobertado por alguma das justificativas da exclusão da imputabilidade, bem como pode estar lhe faltando a culpabilidade, pressuposto da imposição da pena para alguns e para outros é um dos elementos do crime.

Dentre as teorias da culpabilidade, o Brasil adotou a teoria normativa, por relacionar-se com a teoria finalista da ação adotada pelo Código Penal Brasileiro, que tem a característica de transferir o dolo da culpabilidade para o tipo penal, excluindo do dolo a consciência da ilicitude e colocando-a na culpabilidade com os seguintes elementos:

**a) imputabilidade:** o nosso código adotou o sistema biopsicológico que consiste em considerar como inimputável a pessoa acometida de enfermidade ou deficiência mental, por não gozar no momento do fato de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. Também é classificado como inimputável o autor que, à época do fato, tiver 18 anos incompletos.

**b) consciência da ilicitude (antijuridicidade):** aquele que tem ciência das normas proibitivas deve ser punido com rigor, ao passo que o autor que age influenciado por um erro de proibição não será punido, caso esse erro seja inevitável, ou terá direito a diminuição de pena, em sendo o erro evitável (art. 21 CP).

**c) exigibilidade de conduta diversa:** manifesta-se quando não é possível exigir outra conduta ao agente de um fato por estar diante de uma causa genérica de exclusão da culpabilidade. É um juízo de reprovação dirigida ao sujeito por

não ter agido de acordo com o direito quando assim lhe era exigível.

O crime, para a teoria finalista, é um fato típico e antijurídico possuindo, essa 2ª característica, as seguintes causas de exclusão: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Figurando um desses elementos, estaremos diante de uma causa de exclusão de antijuridicidade, restando prejudicada a questão da culpabilidade.

Existindo a culpabilidade, deverá ser aplicada a pena, haja vista ser a mesma um dos pressupostos, salvo se presentes uma das seguintes causas de exclusão: erro de proibição, coação moral irresistível, obediência à ordem hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, inimputabilidade por menoridade penal e inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Ocorre que, diante do estudo da exigibilidade da conduta diversa, surgiu a necessidade de ampliar o conceito de culpabilidade, relacionando com o estudo das circunstâncias dos fatos, pois foi verificado que não pode haver juízo de reprovabilidade quando o sujeito executa um fato em face de circunstâncias externas que fogem de seu controle, por serem fatos anormais, daí surgir o efeito da inexigibilidade de conduta diversa.

Portanto, a culpabilidade é um juízo de reprovação dirigida ao sujeito por não ter ele agido de acordo com o Direito, quando lhe era exigível, daí, a exigibilidade de conduta diversa aparecer como elemento da culpabilidade, excluindo-a quando o comportamento diferente não pode ser reclamado.

Segundo Damásio de Jesus, só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme



o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade.

No Brasil, a inexigibilidade é tratada como causa supralegal, estando relacionada diretamente com as dirimentes do código penal, isto ocorrendo no caso de coação moral irresistível e obediência à ordem hierárquica. (art. 22 do Código Penal Brasileiro).

O crime subsiste quando o sujeito não é culpado, sendo de logo absolvido, basta faltar qualquer dos elementos e, estando ele presente, mesmo havendo tipicidade e, a consciência, o sujeito será absolvido por faltar um dos elementos.

O nosso código não prevê explicitamente como causa geral de exclusão da culpabilidade a inexigibilidade da conduta diversa, embora esteja presente nas raízes das exculpantes do art. 22 do CPP que se o fato for cometido sob *coação irresistível* ou em *estrita obediência à ordem*, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Por mais cauteloso que seja o legislador, não poderá prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento ilícito. Em face de um caso concreto, seria justo condenar o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Como exemplo podemos mencionar o caso do pai que, tendo seu filho seqüestrado, é coagido pelos seqües-

tradores a assaltar uma agência bancária, com objetivo de obter a quantia necessária para o pagamento do resgate.

Estamos diante de uma coação moral irresistível, pois o pai encontra-se diante de um dilema: cometer um ato ilícito pela liberdade de seu filho ou agir conforme esperado de um cidadão cumpridor de seus deveres e correr o risco de perder seu filho.

Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, e que encontra apoio na integração da lei penal.

O Código de Processo Penal Brasileiro dispõe, de modo expreso em seu art. 22, sobre as causas de exclusão de culpabilidade, exatamente pelo fato da falta de exigibilidade de conduta diversa. Nesse ponto vejamos a posição de Mirabette:

Em qualquer hipótese, porém, exige o art. 22, para excluir a culpabilidade, que a coação seja irresistível, inevitável, insuperável, inelutável, atual, uma força a que o coacto não pode subtrair-se ou enfrentar. É indispensável, pois, que no caso concreto, se examinem as condições de resistibilidade do coacto, levando-se em conta a gravidade do mal prometido, relevante e considerável, bem como suas condições pessoais. Um mero receio de perigo, mais ou menos remoto, não exclui a culpabilidade. A coação a que o sujeito podia resistir, não excluindo a culpabilidade, é mera atenuante. (MIRABETE, 2003, p. 1044).

A coação irresistível deve ser necessariamente moral, já que no caso de ser física a mesma não será tratada pelo art. 22. Isso porque lhe é empregada força física superior as



suas não restando opção ao coacto, ao contrário da coação moral em que ainda há possibilidade de ação por conta de que esse ainda possui vontade, ainda que viciada, além de que não podia ser exigido do coacto comportamento jurídico. Nestes casos é punível apenas o coator. A coação moral deve ser irresistível quando a mesma não pode ser vencida por emprego extraordinário de força ou energia, o que é inexigível do coacto.

A segunda parte do artigo fala da excludente de culpabilidade que coloca a salvo o autor que age sobre a obediência estrita à ordem, não manifestamente ilegal. O dever de obedecer próprio do subordinado existe por ser ordem de mandato vinculante, pois o subordinado executa ou atua de acordo com o Direito, mesmo sendo ordem que viole o ordenamento jurídico, pois que exerce função que está obrigado a obedecer.

Calha ressaltar que quando o subordinado não se dá conta da ilegalidade da ordem, mas está em condições de fazê-lo, não será abarcado por essa causa de inculpação, desde que presentes indícios suficientes que lhe permitiriam suspeitar da ilicitude do mandato (...) é, portanto caso de inexigibilidade de outra conduta, só sendo punível o autor da ordem (autoria imediata). (PRADO, 2004, p. 222).

Extrai-se do conceito de inexigibilidade de conduta diversa que a mesma pode ser utilizada diante da impossibilidade de exigir-se uma outra conduta ao agente do fato. Não é aplicável a inexigibilidade apenas quando ocorra coação moral, mas sim em casos em que a situação implica uma ação ilícita e antijurídica, mas necessária para salvaguardar bem maior, seja sua vida ou de terceiros.

### 3 - POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

#### 3.1 - A inexigibilidade como forte argumento para afastar a culpabilidade

Inexigibilidade de outra conduta. Causa lega e supralega de exclusão da culpabilidade cuja admissibilidade no Direito brasileiro já não pode ser negada. Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade em tese, desde que apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. (STJ, RESP 2492/RS, 1990)

Invocando o dispositivo para reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa e absolver o contribuinte da acusação de não recolhimento de IPI, decidiu a 1ª Turma do TRF da 4ª Região, por votação unânime nos autos de apelação criminal nº 98.04.03996-6/PR em v. acórdão relatado pelo ilustre Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, da seguinte forma:

Assim, deve o magistrado observar tal paradigma e, uma vez que até mesmo o crédito trabalhista foi atingido pelas dificuldades financeiras da empresa no período denunciado, não se poderia exigir comportamento diverso do empregador, situação que exclui a reprovabilidade de sua conduta na hipótese de inadimplemento, eis que se pressupõe a ausência de numerário para saldar quaisquer outras obrigações, inclusive as tributárias".

O TRF da 2ª Região, em sede de apelação cível de nº 98.02.07729-1, decidiu aplicar o conceito da inexigibilidade da culpa, argumentando que a conduta deixa de ser censurável quando, devido às circunstâncias, não se pode exigir dele



uma atitude diferente da que tomou, pois é questão de indignância econômica, configurando-se de forma inequívoca o dogmático conceito de inexigibilidade de conduta diversa:

PASSAPORTE FALSO. ABSOLVIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

- 1 – Não é punível a conduta de brasileiro que utiliza passaporte falso apenas para tentar livrar-se da marginalidade social e econômica a que está fadado no Brasil buscando melhores condições de vida em outro país, caracterizada, nesta hipótese, a inexigibilidade de comportamento diverso;
- 2 – Inexistindo quaisquer outras provas, a simples confissão do co-réu é suficiente para fundamentar uma condenação;
- 3 – Apelação a que se nega provimento, mantendo-se a absolvição dos acusados.

Passo a transcrever parte do voto do Juiz Federal Alexandre Libonati, convocado no lugar da Des. Federal Maria Helena, que resultou na referida jurisprudência sobre o passaporte falso:

Esse tipo de processo se refere a exilados econômicos, que à semelhança dos exilados políticos, tentam encontrar condições de vida mais satisfatórias em outro país. Ao longo de muitas instruções realizadas, pude constatar que todos esses cidadãos brasileiros tentam desesperadamente livrar-se da marginalidade social e econômica a que estão condenados, sem vislumbrar em que momento do tempo os princípios programáticos constitucionais, a existência digna, a Justiça Social, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do

pleno emprego contidas no art. 170 da Constituição Federal, transformar-se-ão em realidade. Muitos deles, são oriundos dos, acertadamente chamados, “grotões” de Minas Gerais, desconhecendo as elementares exigências e proibições do ordenamento jurídico. Por esta razão, acolhi em outras oportunidades a manifestação da ilustre representante do MPF, Dra. Silvana B. C. Góes, como uma decisão corajosa, ditada pela constatação de que a questão não é de polícia criminal, mas de indignância econômica, configurando-se de forma inequívoca o dogmático conceito de inexigibilidade de conduta diversa. De resto, a postura do MPF é reconhecida na doutrina como descriminalização de fato. (processo 2001.51.01.529656-0)

### 3.2 – Da não previsão legal da inexigibilidade de conduta diversa como argumento para não utilização da mesma

O Tribunal de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, tem resistido à quesitação da tese da inexigibilidade de conduta diversa argumentando a sua inexistência em lei, conforme determina o art. 484, III do Código de Processo Penal:

Júri, Quesitos – Vício do Questionário- Ocorrência – Inexigibilidade de conduta diversa – Quesito não autorizado por lei – Inexigibilidade que só exclui a culpabilidade quando se identifica com a coação irresistível ou com a obediência hierárquica, sendo que essas dirimentes é que devem ser questionadas -Nulidade absoluta- Recurso provido. (TJSP, AC, Relator Dante Busana, RJTJSP 129/494)



Nulidade - Defeito do questionário- Quesito único sobre inexigibilidade de outra conduta respondido afirmativamente e que resultou em absolvição- Ilegalidade - Novo julgamento ordenado:

Independentemente da discussão sobre a possibilidade ou não de se constituir a inexigibilidade de outra conduta em causa supralegal de ilicitude ou de inculpabilidade, é impossível validar julgamento baseado em quesito único sobre assunto divorciado dos princípios norteadores das causas legais. (TJMG, AC. Rel. José Rizkallah, RT 595/406)

EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE - Inexigibilidade de conduta diversa - Causa excludente somente acolhida pelo sistema penal vigente quando expressamente prevista - Impossibilidade de recolhimento de lacunas na lei em matéria de dirimentes e, portanto, de aplicação da analogia *in bonam partem*" (RT 662/266)

### 3.3 - Comentários às posições jurisprudenciais

O surgimento da tese da inexigibilidade da conduta diversa trazia em sua origem causas nobres que a norma não havia previsto, considerando injusto condenar pessoa que não tinha culpa por determinado ato ilegal.

No Brasil, os defensores combatem a ausência de norma ao realizarem analogia com a norma do art. 22, que trata da coação moral irresistível. Dita coação e para ser aceita, requer a presença de coator, coagido e vítima, posto que necessário alguém ser coagido para cometer, contra terceiro, ato de natureza ilícita, mas contra sua vontade de forma que não teria outra opção. O problema surge no mo-

mento em que, analisando as jurisprudências, verifica-se que em certos casos não se identifica a figura do coator.

No caso já mencionado nesse estudo, julgado pelo TRF da 2ª Região, em sede de apelação cível de nº 98.02.07729-1 em que houve a absolvição de brasileiro aplicando a tese da inexigibilidade de comportamento diverso. Dito Tribunal fundamentou seu *decisum* no argumento de que o autor utilizou-se de passaporte falso sob o argumento de que estaria tentando se livrar da marginalidade social e econômica a que estava fadado no Brasil na busca de melhores condições de vida em outro país, tendo como coator a própria sociedade.

Ocorre que a jurisprudência dominante entende que sociedade não pode coagir ninguém de forma a impedir totalmente a vontade própria do cidadão. "É necessária a existência de um coator, não se podendo considerar a sociedade como tal" (TJRJ, RT, 93/1071; TJDF, RT 414/302; TJRS, RF 267/305).

Além disso, existe aí, também, o fato de que, uma das alegações do autor para ter cometido esse fato era de que não tinha condições financeiras de sobreviver. Dito argumento cai por terra quando se verifica que o passaporte falso obtido pelo autor lhe custou US\$ 3.000,00 (três mil dólares) além dos gastos que teve com a passagem aérea. Vislumbramos, nesse caso, portanto, a utilização deturpada da boa tese da inexigibilidade exatamente pelo fato de que a mesma não possui requisitos ou pressupostos legais a serem obedecidos.

Recentemente, na Comarca de São Vicente, o júri popular absolveu um réu, ao ter acatada a tese da inexigibilidade de conduta diversa, que matou sua esposa, mãe de seus filhos, com 17 facadas tendo, ainda, esfaqueado o próprio filho que tentava prestar socorro à mãe. A Juíza Presidente do Conselho de Sentença permitiu o quesito afastando a



lógica do direito e as provas nos autos apresentadas. Ousamos classificar como absurdo esse caso haja vista que a tese da inexigibilidade foi aceita de pronto, sem apreciação dos demais quesitos, e teve por coator um suposto amante, já que a existência do mesmo nunca foi comprovada.

O fato da tese trazer consigo a característica da supralegalidade permite sua utilização nas mais diversas situações. É utilizada quando as excludentes são desfavoráveis ao réu, e caso fosse apreciada como excludente teria que ser analisada sob a ótica legal de seus requisitos, mas a tese da inexigibilidade possui como requisitos o direito de poder alegar e a necessidade de ser acatada e desta forma é bastante perigoso para o ordenamento jurídico.

O Tribunal de São Paulo determinou a proibição da utilização da inexigibilidade da conduta diversa na formulação de quesitos no tribunal do júri, pelo fato do art. 484, III exigir que os quesitos alegados pelo réu em sua defesa sejam de caráter legal. Logo, sendo a inexigibilidade de caráter supralegal, a sua aplicação em quesitos torna nulo o julgamento. Mas temos um caso isolado dentre os vinte e sete Estados brasileiros.

CESÁR DARIO MARIANO DA SILVA, Promotor de Justiça de São Paulo e Professor da Universidade UNIPI, esclarece sobre o assunto: "...a jurisprudência majoritária tende a não aceitar a quesitação dessa excludente, haja vista não estar prevista no Código Penal e não ser possível, em matéria de dirimentes, a aplicação da analogia *in bonam partem*."

#### 4 - CONCLUSÃO

A tese da inexigibilidade da conduta diversa é nobre, pois visava a excluir a culpa de quem não tinha dado motivo, mas a própria Alemanha, criadora da tese ora em comento, ao longo dos anos não normatizou, preferindo construir o conceito através de suas decisões.

O nosso Código Penal preferiu não adotar a tese de forma explícita ao contrário do Código de Processo Penal que, ainda que de forma indireta, tratou do assunto em seu art. 22 nos casos de coação moral irresistível e obediência à ordem de superior hierárquico.

Como podemos observar no presente estudo, o fato de ser aceita a tese no Brasil e em contrapartida não ser regulamentada pela norma legal permite que seja utilizada em casos que não sejam nobres conforme surgiu, mas apenas como forma de se buscar a inocência quando não é possível ao réu preencher os requisitos legais de algumas das excludentes.

Isto posto, entendemos que a tese só é aceita pelos Tribunais Superiores quando se identifica com a coação irresistível e assim não foi deixada lacuna na lei de forma que a tese poderá ser aplicada por analogia *in bonam partem*.

Deixar o julgador brasileiro optar pela aplicação da tese supralegal, quando entender necessário, é perigoso, pois em breve poderemos ter criminosos inocentados por ausência de culpa mesmo quando cometido ato ilícito sob o argumento de que foi coagido pelas necessidades impostas a ele pela sociedade.

Portanto nos filiamos à corrente favorável à tese da inexigibilidade da conduta diversa, todavia com cautelas, por entendermos necessária a presença de coator, coagido e vítima



para que, dessa forma, os Tribunais de nosso país não permitam que casos escandalosos tenham desfechos vergonhosos.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Mini Vade Mecum de Direito**: 7 em 1. São Paulo: Rideel, 2004. p. 1925.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 2492-RS. Relator: Ministro Assis Toledo. Decisão por unanimidade. Brasília, DF, 23 mai. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tributa%E7%E3o+de+ato+il%Edcito&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=11>>. Acesso em: 29 ago. 2005.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 38-39.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. v. 1, p. 459-487.

MIRABETE, Julio Fabbrin. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1044.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner. **Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1387>>. Acesso em: 07 set. 2005.

NAHUM, Marco Antônio. **Inexigibilidade da conduta diversa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119-127.

OLIVEIRA, Cláudio Márcio de. Causas extralegais de exclusão da culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=993>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. v.1., p. 218-226.

TONETTO, Fernanda Figueira. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1021>>. Acesso em: 15 ago. 2005.

VELOSO, Roberto Carvalho. A inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=995>>. Acesso em: 30 ago. 2005



# TRAJETÓRIA E RUMOS DA FUNÇÃO DE ORGANIZAÇÃO E MÉTODOS NO PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO

*Osman Frazão Lima*

Aluno do curso de pós-graduação MBA em Administração Judiciária - Faculdade Maurício de Nassau em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Coordenador Adjunto de Planejamento e Organização do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE

## SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - BASES DA TEORIA ADMINISTRATIVA. 3 - A FUNÇÃO DE ORGANIZAÇÃO E MÉTODOS. 3.1 - O&M no Princípio. 3.2 - O&M Hoje. 4 - A FUNÇÃO O&M NO PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO. 5 - CONCLUSÕES. 6 - REFERÊNCIAS.

## 1 - INTRODUÇÃO

Este trabalho foi elaborado para atender a disciplina Entendendo a Estrutura Judiciária no Brasil, ministrada pelo Prof. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, dentro do curso de Especialização MBA - Executivo em Administração Judiciária, realizado pela Faculdade Maurício de Nassau em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).



O tema foi pesquisado em literatura de administração de empresas, clássicos da disciplina Organização e Métodos, legislação estadual de Pernambuco, normas internas do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, artigos da Revista de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas e a partir de memórias e vivências do próprio autor.

Na primeira parte deste texto lançamos uma base teórica para o entendimento do surgimento da função de Organização e Métodos (O&M). Na segunda parte relatamos o que foi o O&M, do princípio até sua consolidação, e as mudanças que atingiram esta área, indicando as tendências atuais de abordagem da mesma. Na terceira parte descrevemos e analisamos a trajetória de O&M no Poder Judiciário de Pernambuco, concluindo em seguida.

## 2 – BASES DA TEORIA ADMINISTRATIVA

A ciência administrativa pode ser dividida em quatro grandes escolas que se desenvolveram ao longo do século XX. São elas a escola clássica, a escola comportamental, a abordagem sistêmica e a abordagem contingencial.

De acordo com Stoner (1999, p.22), “apesar de essas escolas terem se desenvolvido numa seqüência histórica, as idéias posteriores não substituíram as anteriores”, ou seja, o arcabouço de conhecimentos desenvolvido em cada escola foi complementado pela escola seguinte, pois as principais mudanças foram no foco dos estudos e no tipo de abordagem das problemáticas.

A Escola Clássica, do início do século XX, tem dois momentos, sendo o primeiro com Henry Ford, Frederic W.

Taylor e a criação da linha de produção, e o segundo com Henri Fayol e sua visão integradora da organização.

Os estudos de Ford e Taylor caracterizavam-se pela ênfase no como fazer, nas atividades finalísticas, que eram então analisadas num esforço de substituição do improviso e do empirismo pelo planejamento da produção baseado na pesquisa científica.

O conceito de *homo-economicus*, segundo o qual as pessoas eram motivadas apenas pelos salários, era amplamente aceito e a eficácia das organizações era perseguida através da eficiência dos operários, monitorada através dos estudos de tempos e movimentos e da racionalização constante de procedimentos.

Ford concentrou seus esforços em sua fábrica na eficiência, mecanizando sempre que possível e dividindo as tarefas em seus menores componentes. Um trabalhador faria a mesma tarefa sempre e sempre, produzindo não uma peça inteira, mas apenas uma das operações necessárias à produção do todo; a peça incompleta seria então repassada a outro trabalhador, que contribuiria com a operação seguinte. (ibid; p.21)

Estas práticas foram satirizadas à época no clássico filme Tempos Modernos, de Charles Chaplin.

Dando continuidade aos estudos de Ford e Taylor, Henri Fayol expandiu a aplicação da técnica administrativa, até então restrita à área finalística, a todas as áreas da organização. As organizações passaram a ser vistas então como um todo complexo que precede e vai além da linha de produção.



...Fayol dividiu as operações empresariais em seis atividades inter-relacionadas: (1) técnica – produção e fabricação de produtos; (2) comercial – compra de matéria-prima e venda de produtos; (3) financeira – aquisição e uso de capital; (4) segurança – proteção dos empregados e da propriedade; (5) contábil; (6) administração. Dentre essas, ele focalizou principalmente a administração, porque sentia que era a mais negligenciada. (ibidem; p.27)

Os estudos de Fayol trouxeram à luz a necessidade do planejamento integrado de todas as áreas e a importância da administração de conflitos internos às organizações, sendo posteriormente complementados pela administração burocrática de Max Weber “...que enfatizava a necessidade de uma hierarquia estritamente definida e governada por regulamentos e linhas de autoridade claramente definidos.” (ibidem; p.27)

A segunda grande escola de teoria administrativa surge em 1932, baseada na avaliação do desempenho humano a partir de suas condições psicossociais. Esta abordagem se inicia com as experiências de Hawthorne, conduzidas por Elton Mayo, a partir das quais se concluiu que os trabalhadores estão submetidos a pressões de seus grupos sociais e que essas relações têm tanto impacto sobre sua eficiência quanto os aspectos econômicos do trabalho.

Neste momento o *homo-economicus* passa a ser visto como homo-social e a técnica administrativa volta-se para as relações entre as pessoas dentro das organizações, a administração dos conflitos e o entendimento das relações de poder. Este movimento ficou conhecido como escola das relações humanas e, mais tarde, com as contribuições de Maslow e sua hierarquia das necessidades humanas, passou a ser conhecida como escola comportamental.

O próximo momento de grandes mudanças na teoria administrativa vem ao término da 2ª Guerra Mundial, em 1945, com Von Newmann e sua teoria geral dos sistemas. A partir deste momento as organizações passam a ser entendidas como sistemas relativamente abertos e o foco dos estudos muda para as relações das organizações com os ambientes nos quais elas operam, buscando o equilíbrio entre os ambientes interno e externo.

A quarta das grandes escolas teóricas da administração surgiu em 1972, e ficou conhecida como teoria contingencial, “concepção de que a técnica de administração que melhor contribui para o alcance dos objetivos organizacionais pode variar em situações ou circunstâncias diferentes.” (ibidem; p.35)

O ponto forte desta teoria é a descoberta de que não há a melhor forma (the best way) de fazer as coisas, havendo sempre uma maneira diferente e mais eficiente de fazê-las.

### 3 – A FUNÇÃO DE ORGANIZAÇÃO E MÉTODOS

#### 3.1 – O&M no Princípio

A função de organização e métodos (O&M) é herdeira direta da administração clássica. Trata da busca pela eficiência através da padronização e racionalização dos procedimentos de trabalho e também pelo aperfeiçoamento da estrutura organizacional. No dizer de Nogueira de Faria (1985, p.1), “a organização é entendida como a ciência do rendimento, procurando a eficiência (processos) para alcançar a eficácia (resultados) através do aumento da produtividade...”

As bases para o desempenho desta função são aquelas lançadas por Ford e Taylor, em relação aos estudos dos



procedimentos de trabalho, e por Fayol no que se refere à análise da estrutura organizacional.

Dada a natureza dessas atribuições, a função de O&M consolidou-se dentro das organizações como órgão de assessoramento. Segundo Faria (1985, p.3), a função de O&M deve ser "...órgão de assessoramento na estrutura da instituição, posicionado logo abaixo da superintendência para dispor de autoridade suficiente e trânsito fácil em todas as áreas". Estas características de assessoria com independência e autoridade para implantação de projetos são encontradas em outros autores como Lerner (1976) que sugere:

"... considerados a necessidade e o desejo de uma empresa em criar o órgão e dar-lhe condições ideais de trabalho, deve ela localizá-lo no mais alto escalão possível. A localização em níveis inferiores significará pouca possibilidade de sucesso pois sua eficiência ficará comprometida concomitantemente com seu prestígio."  
(p.20)

Seguindo esta orientação, as áreas de O&M ocuparam posição de destaque nas empresas, com *status* de diretorias ou assessorias do mais alto nível hierárquico com grande autonomia, sendo as principais responsáveis pela modernização administrativa.

A disciplina de O&M, também encontrada com o nome de S&M (sistemas e métodos), mas com mesmo conteúdo, tornou-se obrigatória do currículo básico dos cursos de administração de empresas no Brasil, e a carreira em O&M foi predominantemente exercida por administradores, fazendo-se presente na maioria das empresas brasileiras até a década de 80.

### 3.2 – O&M Hoje

O papel de O&M dentro das organizações sofreu grandes mudanças nas últimas décadas em função tanto do avanço tecnológico, vindo prioritariamente da área de tecnologia da informação (TI), quanto da mudança nos modelos de negócio e gestão.

A função de O&M tradicional conviveu pacificamente com a informática durante a era dos "mainframes", grandes computadores corporativos, incorporando inclusive os conceitos de sistemas administrativos e processamento de dados para lidar com esta nova realidade. Porém, com o advento do "downsizing", quando os grandes computadores foram sendo substituídos por redes locais de microcomputadores, que trouxeram para a mesa do usuário comum poderosos aplicativos de escritório, o O&M tradicional sofreu o primeiro grande impacto.

A mudança da função de O&M também foi determinada pelas conseqüências do grande desenvolvimento da tecnologia de informação (TI) nos últimos anos em ao menos três dimensões: a) tornando obsoletas boa parte das necessidades que viabilizavam a função de O&M; b) dando ao usuário acesso direto à informação e a ferramentas de apoio, as quais antes dependiam do O&M para serem acessadas e c) dando importância e poder à área de informática nas organizações, o que permitiu que muitas áreas de O&M fossem incorporadas à área de TI. (CALDAS, 1999)

Esta incorporação do O&M pela área de TI rapidamente transformou-se, em muitos casos, numa extinção da função de O&M à medida que a área de tecnologia da



informação crescia em participação organizacional e complexidade.

No primeiro momento ainda houve discussão sobre se a área de processamento de dados absorveria a de O&M ou se ambas continuariam a ter vida independente, mas logo depois a força e o charme da nova tecnologia garantiram que a outra não só fosse absorvida como também extinta. (GONÇALVES, 1995)

Após este movimento de absorção das atribuições de O&M pela área de TI houve uma tentativa de resposta através da transformação de muitas das áreas de O&M em áreas de Desenvolvimento Organizacional, deslocando o foco principal de atuação para intervenções na estrutura organizacional e utilizando ferramentas oriundas da escola comportamental para abordar a questão da mudança organizacional. Esta nova linha de atuação caracterizou-se pela perda do *status* de diretoria e uma eventual vinculação à área de Recursos Humanos.

Outro fator que contribuiu bastante para o enfraquecimento do papel de O&M dentro das organizações foi a mudança nas formas de gestão. Novas tecnologias e novas tendências mundiais levaram as organizações a mudar o foco de gestão para questões como o atendimento ao cliente e participação em mercados globalizados. A racionalização dos métodos de trabalho e a redução de custos deixaram de ser trabalhos altamente especializados e passaram a ser tarefas triviais e obrigatórias dos órgãos de linha de comando.

Quanto ao anacronismo das práticas Fordistas de "Organização Racional do Trabalho", são muitas as ilustrações de que o O&M tradicional estava embasado

em conceitos de gestão incompatíveis com o novo contexto de negócios. Um exemplo, nessa linha, é o questionamento – cada vez mais freqüente – de práticas ou modelos que defendam o "one best way" de se fazer as coisas. A função tradicional de O&M, tipicamente interventora e presunçosa, não apenas partia da hipótese de que tal "best way" existe, mas advogava para si a responsabilidade de encontrá-lo e ensiná-lo ao usuário. (CALDAS, 1999)

A função de O&M necessitava então de adotar conceitos mais próximos às abordagens de sistemas e contingencial para o enriquecimento de sua atuação. Deve-se salientar esta questão da postura de interventor, adotada pelos analistas de O&M, como mais um fator que contribuiu para o enfraquecimento da área.

A idéia de envolvimento das pessoas na organização do trabalho é contraditória à tradicional prática do O&M interventor. Nesse sentido, aos agentes externos (analistas de O&M, consultores, etc.) só pode caber a incumbência de trazer metodologias e referências externas. Em vez de adaptar-se a essa nova visão e assumir uma postura de cooperação e envolvimento efetivo com o usuário no redesenho de processos de trabalho, muitas áreas de O&M persistiram na postura de "interventoras", o que em nada ajudou suas chances de sobrevivência. (ibid.)

Parte deste comportamento surge em função das próprias bases de desenvolvimento da atividade de O&M, que é fundamentada em princípios tecnocráticos onde, de acordo com Cardoso (1999, p.29), "...predomina uma espécie de sacralização da técnica e das tecnologias tomadas como



um valor em si mesmas...” e em princípios burocráticos onde “...o investimento predominante é na produção das normas, regras e rotinas de funcionamento.” (ibid, p.29).

Atuando desta forma, os analistas de O&M produziram cada vez mais trabalhos tecnicamente perfeitos e praticamente inviáveis, pela distância entre a construção teórica e a dinâmica organizacional.

O que se vê, então, é que os problemas são tratados dissociadamente do trabalho cotidiano e da interação real que as pessoas fazem para realizar suas tarefas, produzindo modelos tão idealizados e diferentes do possível, que as dificuldades, apesar de tratadas, vão continuando como sempre foram. (ibidem. P.30)

Esta postura abriu caminho para a contratação de consultorias externas, estas alinhadas a um novo modelo de trabalho, calcado numa cultura de prestação de serviços para a condução dos processos de melhoria e mudança organizacional, abandonando de vez o modelo da área interna dedicada exclusivamente ao O&M.

A cultura de prestação de serviços tem mais afinidade com as práticas democráticas, as quais se assentam na negociação, no acordo, na desconcentração de poder, na livre circulação de informações e na socialização das oportunidades. (ibidem. P.31)

#### 4 – A FUNÇÃO O&M NO PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO

A primeira iniciativa de criação de uma área de O&M no Poder Judiciário de Pernambuco veio da Justiça de 2º

Grau, através da Lei nº 9959, de 16/12/1986, que criou na estrutura dos serviços auxiliares do TJPE o Núcleo de Organização e Sistemas.

Este núcleo foi criado com *status* de diretoria, vinculado diretamente à Presidência do Tribunal, tendo a missão de administrar os sistemas de processamento de dados (na época a distribuição automatizada de feitos do 2º Grau) e o desenvolvimento das atividades de O&M do TJPE.

Este Núcleo era composto por três divisões: Divisão de Administração e Sistemas, Divisão de Modernização Administrativa e Divisão de Operações. A Divisão de Administração e Sistemas subdividia-se em Seção de Planejamento e Avaliação de Sistemas e Seção de Análise de Informações. A Divisão de Modernização Administrativa subdividia-se em Seção de Estudos Especiais e Seção de Organização e Métodos. Por fim a Divisão de Operações, subdividida em Seção de Serviços de Informações e Seção de Entrada de Dados.

Esta primeira aparição do O&M na estrutura do TJPE veio a reboque dos primeiros movimentos de informatização de suas atividades finalísticas, baseadas em “mainframes” e terminais. Nesta época já havia um processo de desenvolvimento e implantação de sistemas na distribuição de feitos e no acompanhamento processual do 2º Grau, sistema que depois veio a ser conhecido como Infojus. O desenvolvimento deste sistema foi realizado em parceria com Empresa de Fomento à Informática do Estado de Pernambuco (FISEPE) através da cessão de analistas, programadores e operadores via convênio de cooperação técnica.



A criação do Núcleo de Organização e Sistemas teve o objetivo de dotar o TJPE de uma estrutura de desenvolvimento e suporte de sistemas que fosse independente da FISEPE, embora o cargo de diretor do núcleo, bem como os de chefes de divisão e de seção, tenham sido durante muito tempo ocupados apenas por funcionários da FISEPE à disposição do TJPE em função dos pré-requisitos técnicos desses cargos.

O que se vê na motivação para a criação e na própria estrutura desse núcleo é a opção pela criação de uma área de tecnologia da informação que, seguindo as tendências da época, trouxe como acessório um departamento de O&M.

Este núcleo permaneceu em atividade com essa estrutura, até dezembro de 1997 quando a estrutura administrativa da TJPE passou a ser também responsável pela Justiça de 1º Grau, até então gerida pela corregedoria Geral da Justiça.

Na justiça de 1º Grau o O&M surgiu quando a Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) editou, em 21 de outubro de 1991, a Resolução nº 53, alterando a estrutura de seus serviços auxiliares e criando, entre outras unidades, o Núcleo de Informática, vinculado à Secretaria Geral da CGJ e composto pela Unidade de Desenvolvimento de Sistemas e pela Unidade de Organização Sistemas e Métodos (da qual fui chefe de 17/02/1994 a 10/06/1998).

A exemplo da iniciativa do 2º Grau, a atividade de O&M aqui aparece já como um híbrido entre suas atividades clássicas e aquelas de TI como podemos ver em suas atribuições legais.

II - Por intermédio da Unidade de Organização, Sistemas e Métodos:

a) planejar, acompanhar e avaliar junto aos diversos órgãos da CGJ as necessidades de informatização, propondo as estratégias de atuação adequadas para consecução dos objetivos; b) disseminar, entre os órgãos da CGJ, as mudanças praticadas com relação a novos métodos de trabalho; c) elaborar planos diretores de informática, em estreita interação com os demais órgãos da CGJ atuantes na área, obedecendo aos critérios e prioridades previamente estabelecidos; d) desenvolver e implantar projetos de reorganização e/ou reestruturação administrativa, bem como trabalhos de racionalização e manutenção de instrumentos, fluxos e rotinas de cada área, visando à informatização gradativa de todos os órgãos da CGJ; e) planejar, coordenar e apoiar a execução de programas de treinamento em serviço, necessários à implantação de novos sistemas e/ou modificações nos sistemas em operação; e f) executar outras atividades correlatas e/ou que lhe sejam delegadas pela autoridade competente. (PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO. Resolução nº 53 de 21/10/1991, Art.8º inciso II)

Esta configuração de atribuições foi gradativamente transformada, acompanhando o avanço da microinformática na Justiça de 1º Grau, modificando o perfil de atuação desta Unidade de Organização, Sistemas e Métodos para o desempenho de atividades de suporte à microinformática.

Esta mudança se concretizou com a edição da Portaria nº291 de 01/12/1995, que transformou o Núcleo de Informática em Coordenadoria de Informática e as unidades de Desenvolvimento de Sistemas e de Organização, Sistemas



e Métodos em Núcleo de Aplicações em Grande Porte e Núcleo de aplicações em Microinformática respectivamente.

A Portaria nº291 retirou definitivamente o O&M de dentro da atividade de TI, localizando-o dentro da Assessoria de Planejamento e Organização, onde passou a ser desenvolvido como atribuição da própria Assessoria sem que fosse criada uma área específica. Esta Assessoria tinha como atribuições planejamento, orçamento e organização, tendo sido o seu foco principal, e trabalho mais marcante, o planejamento estratégico.

Em dezembro de 1997 foi editada a Lei Complementar nº19 que unificou a estrutura dos serviços auxiliares dos 1º e 2º Graus. A partir daí o Tribunal de Justiça assumiu toda a parte administrativa do Poder Judiciário de Pernambuco, ficando a Corregedoria focada no controle das atividades judiciárias. Esta Lei Complementar extinguiu o cargo de Assessor de Planejamento e Organização da CGJ e transformou o cargo de Chefe do Núcleo de Informática da CGJ em Chefe do Núcleo de Apoio Psicossocial do TJ.

A nova estrutura dos serviços auxiliares do TJPE foi regulamentada pela Resolução nº95 de 27/04/1998 que criou a Diretoria de Informática (reestruturação do antigo Núcleo de Organização e Sistemas), vinculada diretamente à Secretaria de Administração, e a Coordenadoria de Planejamento e Organização (COPLAN) - da qual sou Coordenador Adjunto desde 11/03/2003 até a presente data - vinculada diretamente à Presidência do TJPE.

A Coordenadoria de Planejamento e Organização (COPLAN) tem as atribuições de planejamento, orçamento e organização. A exemplo de sua antecessora, a Assessoria de

Planejamento e Organização da CGJ, seu foco principal desde a criação foi no processo de planejamento estratégico, e nos dias atuais vem se voltando para a área orçamentária por pressões do ambiente. No entanto, pode-se dizer que a COPLAN, através de seu Núcleo de Organização, teve a atuação mais significativa em O&M tradicional dentro do TJPE até os dias de hoje.

São muitos os projetos de intervenção organizacional presentes nos arquivos do Núcleo de Organização da COPLAN, de padronizações de formulários até tentativas de certificação pela Norma ISSO 9000. Sua atuação, porém, se deu ainda em sintonia direta com os cânones do O&M tradicional até o ano de 2002 para passar então por um período de ostracismo até o momento atual, onde se está repensando sua atuação diante das mudanças que se fazem necessárias em sua estrutura e forma de atuação.

Durante o biênio 2002-2003, na gestão do Desembargador Napoleão Tavares, a Diretoria de Recursos Humanos, órgão vinculado à Secretaria de Administração do TJPE, tomou a iniciativa de formar um grupo de consultores internos (do qual fiz parte) para tentar atender a demanda de trabalhos de consultoria organizacional reprimida e não atendida pela COPLAN. No entanto não foi possível oficializar esta consultoria interna na estrutura administrativa do TJPE.

## 5 - CONCLUSÕES

A função de Organização & Métodos surgiu de uma tradição da administração clássica e ajudou a construir as organizações como as conhecemos hoje. Mudanças dramáticas ocorreram nas formas de organização do trabalho,



e nas formas de gestão das organizações, que contribuíram para a obsolescência do O&M tradicional. Uma das alternativas à extinção da função de O&M é o realinhamento da mesma à uma postura de consultoria, baseada nos pressupostos de uma cultura de prestação de serviços.

A trajetória do O&M dentro do Poder Judiciário de Pernambuco deu-se de maneira marginal, durante muito tempo como apêndice da área de tecnologia da informação, e mais recentemente atuando em descompasso com as novas necessidades organizacionais.

Todas as áreas do TJPE sofrem com a necessidade de realização de trabalhos de O&M como, por exemplo, a padronização de procedimentos, a análise da estrutura de pessoal para a composição das Varas, o redesenho da estrutura administrativa do TJPE e consultorias diversas em desenvolvimento gerencial e gestão.

A situação da área de O&M dentro do TJPE atualmente oscila entre o desconhecimento e o descrédito. Sua atuação ainda hoje não atingiu as áreas finalísticas do TJPE, tendo sempre sido voltada para as questões da estrutura administrativa e sendo desconhecida pela maior parte do corpo funcional do TJPE. Seus clientes, por sua vez, têm sido atendidos por um O&M tradicional que gera muitos projetos destinados a serem arquivados.

Conclui-se, portanto, que há uma demanda histórica reprimida pela função de O&M no Poder Judiciário de Pernambuco, que essa área, após quase 20 anos de sua criação, ainda não cumpriu sua missão dentro do TJPE, e que para cumpri-la precisa ser realinhada a novas posturas e atitudes.

Neste momento em que o próprio Poder Judiciário volta-se para a necessidade de profissionalizar sua administração, de incorporar novos procedimentos e padronizar rotinas, o resgate da atividade de O&M pode vir a ser de grande importância para ajudar a construir um Judiciário mais rápido e republicano.

## 6 - REFERÊNCIAS

CALDAS, Miguel P. O triste destino da área de O & M - parte I. Resumo de estudo. **Revista de Administração de Empresas**, v. 39, n. 2, p. 6-17, abr./jun.1999.

CALDAS, Miguel P. O triste destino da área de O & M - parte II. Resumo de estudo. **Revista de Administração de Empresas**, v. 39, n. 3, p. 6-16, jul./set. 1999.

CARDOSO, Carmen. **Tecnologia de atendimento: a cultura da prestação de serviços na prática de assessoria e consultoria**. Recife: INTG, 1999. 142p.

FARIA, A. Nogueira de. **Organização e métodos**. Rio de Janeiro: LTC, 1985. 216p.

GONÇALVES, José Ernesto Lima. Um novo O & M para recuperar. **Revista de Administração de Empresas, Light**, v. 35 n. 3, 1995.

LERNER, Walter. **Organização, sistemas e métodos**. São Paulo: Atlas, 1976. 188p.

PERNAMBUCO. Lei Complementar nº 19 de 10/12/1997. Introduce modificações na organização judiciária do estado. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 10 Dez. 1997.



PERNAMBUCO. Lei nº 10705 de 30/12/1991. Cria cargos para a implantação de nova estrutura organizacional da Corregedoria Geral da Justiça. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 31 dez. 1991.

PERNAMBUCO. Poder Judiciário. Lei nº 9959 de 16/12/1986. Modifica a estrutura dos serviços auxiliares do Poder Judiciário. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 19 dez. 1986.

PERNAMBUCO. Poder Judiciário. Resolução nº 53 de 21/10/1991. Aprova nova estrutura organizacional para a Corregedoria Geral da Justiça. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 31 out. 1991.

PERNAMBUCO. Poder Judiciário. Resolução nº 95 de 27/04/1998. Dispõe sobre a estrutura organizacional dos Serviços auxiliares do TJPE. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 10 Jun. 1998.

PERNAMBUCO. Corregedoria Geral Da Justiça. Portaria nº 291/95 de 01/12/1995. Dispõe sobre o regimento interno da Corregedoria Geral da Justiça. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**, Recife, 12 Dez. 1995.

STONER, James A. F. **Administração**. Rio de Janeiro: LTC, 1999. 533p.

## A ATUAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

*Patrícia de Carvalho Freire*

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Aluna da Escola Superior da Magistratura - ESMape. Secretária de Juizado perante o III Juizado Especial Cível de Pernambuco

### SUMÁRIO

1 - CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS. 2 - A GARANTIA DO PLENO ACESSO À JUSTIÇA. 2.1 - A inserção do acesso à Justiça no contexto constitucional pátrio. 2.2 - Devido Processo Legal e Acesso à Justiça. 2.3 - A definição de acesso à Justiça. 2.4 - As três ondas de acesso à Justiça. 3 - OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. 3.1 - Criação e estruturação dos Juizados Especiais Cíveis. 3.2 - Novas propostas frente aos Juizados Especiais Cíveis com o objetivo de ampliar o acesso à justiça. 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 - REFERÊNCIAS.

### 1 - CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Diante do atual estágio da estrutura judiciária são frequentes os debates acerca das formas de pleno acesso à justiça. Percebe-se que a grande preocupação da moderna doutrina processual está em salvaguardar o acesso à "ordem jurídica justa" conforme os ensinamentos de Kazuo Watanabe<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2003. p. 34.



Neste cenário, encontram-se inseridos os Juizados Especiais Cíveis que surgiram como um sistema alternativo de resolução célere e eficaz dos conflitos, a fim de concretizar o objetivo de universalização da Justiça.

Destarte, o intuito do presente estudo é analisar de forma breve o significado de acesso à Justiça, tendo, como foco central, a real contribuição dos Juizados Especiais Cíveis como instrumento concretizador desta garantia.

Num primeiro momento tentar-se-á caracterizar o verdadeiro significado da idéia tão difundida de acesso à justiça, bem como sua ligação com o princípio do devido processo legal. Posteriormente, tratar-se-á das três ondas de acesso à Justiça teorizada por Cappelletti, chegando-se finalmente à terceira onda, onde se inserem os Juizados Especiais. Num segundo momento, cuidar-se-á especificamente dos Juizados Especiais Cíveis, demonstrando a sua origem e estruturação atual, até chegar-se às novas propostas para o aprimoramento dos seus serviços para realização da Justiça.

## 2 – A GARANTIA DO PLENO ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1 – A inserção do acesso à Justiça no contexto constitucional pátrio

Observa-se que a Constituição Política do Império foi omissa quanto ao princípio da inafastabilidade do controle judicial. Da mesma forma, as Constituições de 1891, 1934, 1937, vindo a Carta de 1946, no seu artigo 141, § 4º, disciplinar que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário qualquer lesão de direito individual”.

O mesmo foi mantido no artigo 150, § 4º, da Carta de 1967. Outrossim, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, o § 4º do artigo 153, da Carta de 1967, completou: “A lei não pode-

rá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. Tal exigência de esgotamento da contenda na esfera administrativa, contudo, não chegou a ser aplicada por falta de norma regulamentadora.

Dispõe a Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Logo, com a Constituição de 1988, abriram-se novos caminhos na seara da jurisdição, garantindo um amplo acesso à justiça.

### 2.1 – Devido Processo Legal e Acesso à Justiça

De acordo com Alexandre de Freitas Câmara, “dos princípios constitucionais do Direito Processual o mais importante, sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal. Consagrado no art. 5º, LVI, da Constituição da República, este princípio é, em verdade, causa de todos os demais”<sup>2</sup>.

Coloca o referido autor que a garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole exclusivamente processual, mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um “*substantive due process of law*” ao lado de um “*procedural due process of law*”. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis. Já o aspecto processual da garantia deve ser entendido como a garantia de pleno acesso à justiça, a qual se encontra consagrada no art. 5º, LIV, da Constituição da República.

<sup>2</sup> CÂMARA, op. cit. p. 31.



O exposto acima, contudo, não se mostra como de afirmação pacífica na doutrina; há autores que sustentam ser o acesso à justiça o princípio-mor, do qual decorrem todos os demais. Expõem que o acesso é a possibilidade posta à disposição da pessoa (lesada ou ameaçada de lesão) de deduzir em Juízo (*stricto sensu*) sua pretensão. Provoca-se o Estado, até então desconhecedor daquele pedido. A ordem estatal, agora, dá o comando das regras, disciplinando todo um desencadear de procedimentos e processos específicos para aquele caso concreto. É a tutela específica prestada. Nesse ínterim, prevê também o legislador – constituinte a regra do *due process of law*, como garantia ao atendimento dos ditames legais conferidos em espécie, compreendendo-se aí, a idéia de ação e defesa, além do contraditório e ampla defesa, nos mais modernos graus de significação, qual seja o direito à oportunidade de agir e à informação dos atos praticados no processo.<sup>3</sup>

Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco colocam que nos dias atuais, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal, destes decorrendo todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa.<sup>4</sup>

## 2.2 – A definição de acesso à justiça

Nos ensinamentos de Mauro Cappelletti, verifica-se a difícil definição do que realmente seja acesso à Justiça.

<sup>3</sup> BATISTA, Lindberg Leitão. *Acesso à Justiça Face à Lei 9099/95: Eis o Grande Desafio*. Disponível em: < <http://www.trt13.gov.br/revista/lindber1.htm>. > Acesso em: 27 set. 2005.

<sup>4</sup> CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84.

Ressalta que tal expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, resolvendo ou não seus litígios sob os auspícios do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos. Essa é a primeira finalidade básica. A segunda é a de se produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>5</sup>

J.E. Carreira Alvim entende o “acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também, um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais e de entes exponenciais, nas ações coletivas, como a assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.”<sup>6</sup>

A garantia de acesso à justiça deve ser compreendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestadas a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, à fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

<sup>6</sup> ALVIM, J.E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, a 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078> >. Acesso em: 27 set. 2005.

<sup>7</sup> CÂMARA, op. cit. . p. 34.



Nesse diapasão, não basta a previsão constitucional para o acesso à justiça se revelar algo efetivo e concreto. Denota-se que nos dias atuais a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, levam à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o judiciário e seus usuários<sup>8</sup>. Faz-se, portanto, urgente e necessário o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça, a fim de que tal garantia torne-se realidade.

### 2.3 – As três ondas de acesso à Justiça

Na busca do pleno acesso à Justiça, a doutrina, influenciada por Mauro Cappelletti, reconhece três grandes fases que traduzem o seu desenvolvimento científico e sua implementação prática, às quais se costuma referir como “as três ondas do acesso à justiça”.

Inicialmente, mostrou-se necessário lutar em busca dos meios de facilitar o acesso das classes menos favorecidas à Justiça, por meio da assistência judiciária gratuita. Obstáculos de ordem econômica sempre dificultaram o acesso à proteção jurisdicional dos economicamente necessitados.

É sabido que no Direito brasileiro repousa Lei nº 1.060/50, que estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados. Outrossim, dispõe a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXIV, que: “o Estado

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 177.

*prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.*

Mesmo garantido a todos, qualquer que fosse sua situação econômica, levar suas demandas e pretensões ao Judiciário, observou-se que permaneciam desprotegidos determinados interesses que não pertenciam a ninguém e a todos ao mesmo tempo (metaindividuais), os chamados interesses coletivos e difusos.

A preocupação, objeto da segunda onda, resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesses difusos.

O Brasil ocupa posição de vanguarda no que concerne à proteção dos interesses coletivos e difusos, privilegiando a atuação do Ministério Público neste campo e possuindo instrumentos aptos a proteger tais interesses, como a ação popular, a ação civil pública, a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo.

Alexandre Freitas Câmara aduz que tendo cumprido as duas primeiras ondas renovatórias do Direito Processual, o direito brasileiro foi capaz de responder a uma questão extremamente relevante: a de se saber o que o Estado (aqui cabendo a utilização da denominação Estado-juiz, já que se trata do estado no exercício da função jurisdicional) pode fazer para garantir o pleno acesso à justiça. Fica, todavia, uma pergunta ainda por responder: estará satisfeito o consumidor do serviço jurisdicional? Tal pergunta obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um novo enfoque. Não mais o enfoque do Estado, mas o do consumidor do serviço judiciário, ou seja, o jurisdicionado. Surge, assim, a chamada “terceira onda”, em que se busca o chamado “novo enfoque do acesso à justiça”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> CÂMARA, op. cit. p. 37.



Este mesmo autor destaca três pontos que devem ser abordados nessa ótica, quais sejam: a reforma do Judiciário, valorização dos meios paraestatais de solução dos conflitos e a garantia de informalidade nos procedimentos em juízo.

No que tange à reforma do Judiciário, a EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe uma série de reformas com o fito de aprimorar a prestação jurisdicional, torná-la mais eficiente e democrática. Vale ressaltar a inserção do inciso LXXVIII, art. 5º, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, fora da justiça pública, devem ser também privilegiados, estimulando os jurisdicionados a buscar justiça fora dos tribunais públicos, como forma de se obter decisão mais rápida e eficaz, como a arbitragem e a mediação.

É exatamente com a garantia de informalidade nos procedimentos em juízo preconizados pelo movimento desformalização das controvérsias que se apontam os Juizados Especiais Cíveis como referência principal, inspirados nas *Small Claim Courts* do direito da *common law*, porém com maior amplitude, e organizado em um subsistema processual próprio, com regras especiais que lhes afastam dos procedimentos comuns (procedimento sumaríssimo), em que se tem um quase-total abandono das formalidades.

Afirma Carreira Alvim que, de todas as ondas, a mais importante, para a ordem jurídica nacional, é a terceira, por compreender uma série de medidas, desde a reestruturação do próprio Poder Judiciário, passando pela simplificação do processo e dos procedimentos, e desaguando num sistema recursal que não faça da parte vencedora refém da perdedora. Tudo com vistas a agilizar a prática judiciária, para que a parte que tem razão tenha a certeza de que rece-

berá do Estado-juiz, ainda em vida, a prestação jurisdicional que lhe garanta o gozo do seu direito.<sup>10</sup>

### 3 – OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

#### 3.1 – Criação e estruturação dos Juizados Especiais Cíveis

Como consignado anteriormente, os Juizados Especiais Cíveis nasceram imbuídos da idéia então vigente de desapego ao formalismo e preocupação em garantir ao jurisdicionado uma maior satisfação com a prestação jurisdicional.

Num primeiro momento, denominados “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, foram criados pela Lei Federal nº 7.244, de 8 de novembro de 1984. Posteriormente, restaram expressamente previstos na Constituição federal de 1988 e redefinidos pela Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995.

No Estado de Pernambuco, os Juizados Especiais Cíveis resultaram da transformação dos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, então instituídos na Justiça pernambucana pela Lei Estadual nº 10.826, de 04 de julho de 1989. Com o advento da Lei Federal nº 9099/95, dispoendo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei Estadual de nº 11.279, de 28 de novembro de 1995, tratou sobre a instalação dos novos órgãos jurisdicionais.

Os Juizados Especiais Cíveis têm competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: a) as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; b) as enumeradas no art. 275, II, CPC; c) a ação de despejo para uso próprio; d) as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso antes transcrito. Compe-

<sup>10</sup>ALVIM, op. cit.



te ao juizado prover a execução: a) dos seus julgados; b) dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9099/95. Ficam excluídas da competência do Juizado Especial Cível as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

Nas causas de até 20 salários mínimos, a presença do advogado é facultativa; mesmo nas causas acima de vinte salários mínimos, a presença do advogado somente é imprescindível a partir da audiência de instrução e julgamento.

Orientam-se os Juizados pelos princípios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade, além de privilegiar a adoção das técnicas de conciliação e transação, como bem frisa a concentração de provas e imediata resolução dos conflitos.

Em verdade, os Juizados Especiais Cíveis apresentam-se como a maior e mais adequada via de acesso à Justiça. O fato é que causas de menor complexidade, antes passíveis de desprezo pela natureza que se atribui de “litigiosidade contida”, ou “jurisdição contida”, passaram a fazer parte de pautas diárias das Cortes Judiciárias. É o que se pode denominar de socialização da justiça. É a prática da política judiciária participativa – o desenvolvimento do processo democrático. E por que não dizer, passamos da fase da formalização do processo para a socialização do mesmo.<sup>11</sup>

Observa-se que desde a instituição dos Juizados, a Justiça vem se aproximando dos cidadãos, que encontravam dificuldades no seu acesso, tendo em vista o pesado ônus com as custas processuais e a necessária assistência de advogado.

<sup>11</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9099 de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

Com efeito, a partir da instituição dos Juizados Especiais, estamos diante não apenas de um novo sistema apresentado ao mundo jurídico. Os Juizados representam muito mais do que isso, à medida que significa o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação (ou verdadeira revolução) de nossa cultura jurídica, porquanto saímos de um mecanismo (entravado em seu funcionamento mais elementar e desacreditado pelo cidadão) de soluções autoritárias de conflitos intersubjetivos (decisão judicial da lide) para adentrar a órbita da composição amigável, como forma alternativa de prestação da tutela pelo Estado-juiz.<sup>12</sup>

### 3.2 – Novas propostas frente aos Juizados Especiais Cíveis com o objetivo de ampliar o acesso à justiça

Observa-se que, seguindo o seu ritmo de desenvolvimento e adaptação frente às aspirações sociais, novas propostas são necessárias com vistas ao aperfeiçoamento e maior desenvolvimento dos Juizados Especiais Cíveis a fim de garantir a sua implementação real (e não meramente formal), tornando-se poderoso instrumento de cidadania por permitir uma maior aproximação do cidadão ao Poder Judiciário, com o afã de ver concretizado o ideal de tutela jurisdicional efetiva (e com a celeridade desejável).

Proposta interessante e que tem inúmeros adeptos é a da Justiça Itinerante. É a idéia de a Justiça ir até o cidadão. Esta concepção já está sendo implementada pelo Estado de Pernambuco, com a instituição de Juizados móveis, que se deslocam por todo o território do Estado. Conforme asseverou o vice-presi-

<sup>12</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9099 de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.



dente do TJPE, Hélio Barros Siqueira Campos: "O Juizado Itinerante elimina a burocracia e aproxima o povo da Justiça."

Outrossim, mais uma proposta inovadora é a instituição dos Juizados de Trânsito que vêm se mostrando eficazes nos Estados que já o adotam. Com estes Juizados, os envolvidos em colisões de veículos poderão, no local onde ocorreu o sinistro, chamar o Juizado, resolvendo prontamente o litígio. No Estado de Pernambuco tal idéia já se encontra prevista na Lei Complementar 76, de 04 de julho de 2005.

Ademais, outra formulação que também já vem sendo adotada pelo Poder Judiciário pernambucano é instalação de Juizados Especiais em Universidades e Faculdades de Direito de forma a contribuir para o acesso do povo à Justiça, principalmente nos tempos atuais, em que se vivencia uma proliferação dos cursos jurídicos. Nessa senda, se em cada instituição fossem instalados Fóruns Universitários, seria dado um grande passo na ampliação quantitativa destes órgãos.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, pode-se afirmar que os Juizados Especiais Cíveis vem se firmando como instrumento eficaz de acesso à justiça. Com a sua instalação e efetivo funcionamento, causas de menor expressão econômica, de relevância, regra geral, para os menos afortunados, passaram a adentrar pelas cancelas do Poder Judiciário.

A efetividade e efetivação do processo civil, através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados, amplia a base efetiva da tutela jurisdicional no atendimento aos anseios sociais, capacitando o Judiciário à evidência de sua relevante função, qual seja, realização da Justiça, aproximando-a do povo, à partir deste novo modelo de processo.

Todavia, muito ainda há de ser feito, deve-se sempre ter em vista os princípios norteadores desse órgão integrante do Poder Judiciário, pois, se desvirtuados ou não aplicados, esse meio de acesso à Justiça perde totalmente o seu objeto.

Assim, para que os anseios da Lei 9099/95 sejam atingidos, torna-se imprescindível que a doutrina e os tribunais readaptem consagradas concepções, válidas no macrossistema do Código de Processo Civil, mas não necessariamente hábeis para este outro tão específico. Por tudo isso, a nova realidade jurídica está a exigir métodos e formas adequadas à consecução deste desiderato, viabilizando-se as respectivas unidades jurisdicionais e revendo-se alguns conceitos e institutos, tais como o regime das provas, o julgamento com base em equidade, os poderes do juiz, os princípios dispositivos da livre iniciativa, da eventualidade, do devido processo legal, a questão do formalismo procedimental, as nulidades, dentre tantos outros, sem o que não passará de mais uma "doce ilusão" criada pelo legislador<sup>13</sup>.

Destarte, em face da crise que enfrenta o Poder Judiciário nos dias atuais, tem-se estabelecida uma ideologia de descrença na Justiça, em ameaça da paz social. Outrossim, os Juizados Especiais Cíveis surgem como uma luz no fim de um extenso túnel, como paliativo imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade do ser humano.

Uma circunstância essencial da justiça é administrá-la prontamente: fazê-la esperar ou deferi-la é já uma injustiça. (*La Bruyere*)

<sup>13</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9099 de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.47.



## 5 – REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, a 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>. > Acesso em: 27 set. 2005.

BATISTA, Lindberg Leitão. **Acesso à Justiça Face à Lei 9099/95: Eis o Grande Desafio**. Disponível em: < <http://www.trt13.gov.br/revista/lindber1.htm> >. Acesso em 27 set. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9099 de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 177.

## COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: DO SURGIMENTO AOS MEIOS DE COMBATE<sup>1</sup>

Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda  
Bacharelada em Direito pela Faculdade  
de Direito de Olinda - AESO

### SUMÁRIO

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. – DA COISA JULGADA COMO EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 2.1 – Definição da *Res Iudicata*. 2.2 – *Res Iudicata* enquanto instituto viabilizador do Princípio da Segurança Jurídica. 2.3 – Segurança Jurídica e Justiça das Decisões. 3 – RES IUDICATA INCONSTITUCIONAL. 3.1 – Apresentação do Problema. 3.2 – Principais Modalidades. 3.2.1 – A Decisão Judicial direta e imediatamente violadora da Constituição Federal. 3.2.2 – A Decisão Judicial aplicadora de Norma Inconstitucional. 3.2.3 – A Decisão Judicial que não aplica Norma Constitucional sob o fundamento de uma suposta inconstitucionalidade. 4 – MECANISMOS PROCESSUAIS HÁBEIS AO COMBATE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. 4.1 – Ação Rescisória. 4.2 – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada. 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

### 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado, contendo desde os direitos e garantias fundamentais

<sup>1</sup> Texto elaborado a partir do trabalho de conclusão do Curso de Direito da autora. Monografia Jurídica sob o título Coisa Julgada Inconstitucional, defendido em 13.09.05 perante Banca composta pelo Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (orientador), Prof. Dr. André Régis de Carvalho e Prof. Msc. José Carlos Dantas, em que obteve a nota máxima: dez com menção à publicação.



dos indivíduos até a forma de aquisição do poder de governar.

É ela que confere a base de sustentação de todo o ordenamento jurídico onde estão assentados os direitos dos cidadãos. Ocorre que a convivência em sociedade de pessoas diferentes mas com direitos idênticos é, por vezes, motivo de litígios entre eles que têm que pedir ao Estado-Juiz para dar a cada um o que é seu.

O Poder Judiciário, na qualidade de detentor do monopólio da Jurisdição, é, então, provocado para que ponha fim ao litígio, restabelecendo, dessa forma, a paz social. Para tanto, o jurisdicionado percorre um longo caminho, desde a petição inicial até a formação da coisa julgada.

O ato sentencial, através do qual é dada a prestação jurisdicional, *per se*, não basta para a restauração da paz social porque pode ser alterado pela via recursal, modificando o conteúdo do ato decisório.

Dessa forma, o Poder Judiciário cumpre com o seu papel quando a prestação jurisdicional é realizada de acordo com os preceitos normativos reguladores do caso concreto. Entretanto, quando o próprio Estado-Juiz não observa as disposições constitucionais, proferindo decisões em sentido contrário a elas, ficamos diante de um grave impasse.

De um lado, a sentença está coberta com o manto da coisa julgada, não mais podendo ser questionada, e, de outro lado, observa-se que a decisão definitiva não observou os preceitos constitucionais que lhes eram inerentes, ou seja, é inconstitucional.

Ora, como se pode conceber que o jurisdicionado provoque o Estado-Juiz respaldado por direitos consagrados no ordenamento jurídico, em especial, na Constituição Federal, certo de que a prestação jurisdicional obedecerá aos ditames legais e, para a sua decepção, não só esteja diante de

uma decisão inconstitucional mas de uma decisão com força de coisa julgada.

E não é só isso, a situação da parte prejudicada de certo irá piorar quando souber que o ordenamento jurídico pátrio não prevê solução específica para o problema. Deve a parte prejudicada arcar com os efeitos de uma decisão que não observou os mandamentos constitucionais?

A situação é por demais inquietante porque é do Direito a missão de pacificador das relações sociais com escopo nos direitos subjetivos que são conferidos pelo ordenamento jurídico. O Poder Judiciário é a via que deve fazer cumprir esses direitos quando não são observados de forma espontânea.

Caso se permita que o próprio Estado-Juiz descumpra os preceitos constitucionais, estaremos diante de uma fragilidade muito grande do próprio Estado de Direito mas, de outra forma, deixar em aberto eternamente uma situação jurídica pode representar instabilidade com a qual o Direito não se coaduna.

Cumpra, então, averiguar como a coisa julgada inconstitucional é formada, o que vai prevalecer nessa batalha protagonizada, de um lado, pela segurança jurídica, representada pela coisa julgada e, do outro lado, a Justiça, representada pela Constituição Federal; o embasamento legal para a escolha e alguns dos mecanismos processuais que porventura possam resolver a situação.

## 2 – DA COISA JULGADA COMO EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

### 2.1 – Definição da *Res Iudicata*

A razão de ser do processo é a prestação jurisdicional ou, no dizer de Carnelluti, a composição da lide. É que,



quando os cidadãos provocam o Estado-Juiz, através da ação, têm como interesse precípua a prestação jurisdicional, ou seja, a palavra final do Estado acerca do objeto da ação.

Diz-se comumente que tal prestação jurisdicional ocorreria por meio da sentença, que, quando publicada, encerraria o ofício jurisdicional do magistrado, conforme disposto no art.463 da Lei Adjetiva Civil.

Na verdade, a sentença é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Então, o magistrado *a quo*, após a realização de todos os atos processuais previstos pela legislação em vigor para o procedimento adotado, deve se pronunciar, em nome do Estado, sobre a lide levada a sua apreciação.

Tal pronunciamento tem o condão de finalizar o ofício do juiz de primeiro grau, apenas, já que a parte sucumbente ou mesmo um terceiro interessado podem ficar insatisfeitos com o conteúdo da sentença e pedir ao Estado-Juiz que reaprecie sua decisão, valendo-se do Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição (art.5º, LV).

Assim, a parte legitimada para interpor o recurso provoca novamente o Judiciário que se manifestará através de seus órgãos de segundo grau, juízo *ad quem*, por meio do acórdão. Acaso a parte sucumbente ainda não se conforme com o *decisum*, poderá interpor os recursos legalmente previstos, findando as decisões judiciais pelo pronunciamento da Corte Máxima da Justiça Brasileira, qual seja, o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil: o Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, então, que a prestação jurisdicional propriamente dita não ocorre com a publicação da sentença porque tal ato processual pode não ser a última palavra do Poder Judiciário, a depender do contentamento da parte sucumbente com a decisão *lato sensu* e da possibilidade recursal.

De fato, a publicação da sentença marcará o início do prazo recursal. E, enquanto houver a possibilidade de ser

questionada, modificada, é, no dizer de Humberto Theodoro Júnior (2001, p.462) e Moacyr Amaral Santos (2001, p.41), apenas uma "situação jurídica".

Ocorre que as partes buscam do Poder Judiciário uma solução permanente, estável, definitiva. E o Estado-Juiz só restabelecerá a paz social quando estabilizar o ordenamento jurídico, ou seja, quando eternizar a sua decisão, tornando-a imutável e inquestionável.

Para viabilizar a prestação jurisdicional definitiva e a restauração da paz social é que a Constituição Federal prevê em seu art.5º, XXXVI, que não poderá haver prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nem mesmo por disposição legal.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que:

Sendo um elemento viabilizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, **sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso**<sup>2</sup> (DINAMARCO, 2002, p. 11).

O instituto da coisa julgada surge, então, como um meio de transformação da sentença que deixa de ser simples "situação jurídica" para ser alcançada pela imutabilidade e indiscutibilidade<sup>3</sup>, o que nos faz definir a autoridade da coisa julgada como uma qualidade da sentença, um modo de

<sup>2</sup> Ao longo de toda a exposição nos valem os negritos quando os destaques forem nossos e do itálico quando forem realizados pelo autor da citação, bem como para as palavras em latim.

<sup>3</sup> A imutabilidade e indiscutibilidade a que nos referimos dizem respeito à parte dispositiva da Sentença de Mérito porque o Direito pátrio não adotou a tese de Enrico Tullio Liebman conforme lecionam Nelson Nery Júnior (2004, p. 145) e Araken de Assis (2003, p. 12).



manifestação de seus diversos efeitos; derrubando o antigo entendimento doutrinário de que a Coisa Julgada seria um dos efeitos da sentença. (LIEBMAN, 1945, p.16).

Nesse sentido, Cezar Santos (2004, p.57) discorre sobre a natureza jurídica da *res iudicata* como sendo: "... representada pela qualidade (eficácia), e não efeito (mero reflexo do ato judicial)... de modo que a coisa julgada não é efeito da sentença, e sim uma qualidade especial que a torna imutável".

Araken de Assis (2003, p. 10) conceitua a *res iudicata* como sendo: "... o atributo do provimento judicial que, julgando o mérito, nas hipóteses arroladas no art. 269, não se mostra suscetível de recurso, no processo em que há função de cognição preponderante".

Assim, a coisa julgada é formada com o trânsito em julgado da sentença que, por sua vez, se dá quando não mais são admissíveis recursos quer porque houve a preclusão dos prazos destinados a esse fim, quer porque não houve interesse da parte sucumbente em fazê-lo ou mesmo pelo esgotamento dos recursos admitidos em lei.

Nesses casos, no dizer de Paulo Manuel Cunha da Costa Otero (1993, p. 45), a decisão judicial tornou-se, em princípio, firme, inimpugnável, integrando a ordem jurídica como ato do poder público diretamente fundado na Constituição. É dessa forma que o trânsito em julgado tem o condão de formar a Coisa Julgada.

Entretanto, há mecanismos destinados ao combate da Coisa Julgada nos diversos ramos do Direito, tais como a Ação Rescisória, no Direito Processual Civil e a Revisão Criminal, no Direito Processual Penal que visam desconstituir a coisa julgada em situações elencadas *numerus clausus*.

Em que pese a limitação das hipóteses permissivas pela Lei Processual Civil, a superveniência de uma das causas passíveis de Ação Rescisória torna possível a sua

interposição, razão pela qual Frederico Marques (1999, p.386), propõe outra denominação para a *res iudicata* quando houver o escoamento do prazo decadencial para a propositura da supracitada ação ou mesmo quando for julgada improcedente, qual seja **Coisa Soberanamente Julgada** por considerar não mais ser passível de reexame.

## 2.2 – *Res Iudicata* enquanto instituto viabilizador do Princípio da Segurança Jurídica

A análise das linhas anteriores nos faz perceber que o instituto da Coisa Julgada nos remete, com frequência, a um princípio em relação ao qual está intrinsecamente ligada, qual seja, o Princípio da Segurança Jurídica.

Dessa forma, apresentadas as noções gerais da *res iudicata*, não nos esquivaremos de tratar, ainda que brevemente, dos principais aspectos relativos ao princípio por ela viabilizado.

O primeiro artigo da Constituição Federal define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Algumas normas subseqüentes trazem princípios inerentes à Democracia, tal como o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, consubstanciado no art. 93, IX da atual Constituição Federal.

Então, ninguém será obrigado a acatar uma decisão judicial que não venha fundamentada em lei porque, em nome da Democracia, tal decisão é nula de pleno direito.

Ocorre que, para restaurar a paz social esvaziada pelo litígio, não basta que a prestação jurisdicional se limite à entrega de uma decisão legalmente fundamentada se ela não for suficiente para eliminar a questão controvertida.

Ou seja, se o Poder Judiciário fosse provocado a fim de que se manifestasse sobre determinada contenda e não pudesse garantir a perpetuidade dos efeitos da sua decisão, a



possibilidade de que ela fosse contestada *ad infinitum*, geraria uma grande instabilidade social e o Direito não cumpriria com o seu papel de pacificador das relações sociais; pelo contrário, seria motivo de instigação da discórdia.

Nesse sentido é a lição de Carlos Valder do Nascimento:

Como se denota, a **seguridade desponta como própria razão de ser do direito**, tendo presente que este desempenha uma função de garantia daquela, **a fim de instaurar uma relação de confiança entre os sujeitos da relação jurídica**. Realiza-se, nesse plano, quando se afirma como uma ordem certa, eficaz, identificando-se com a previsibilidade da norma jurídica (administrativa, legal, judicial) (NASCIMENTO, 2005, p. 129).

Assim, o princípio da segurança jurídica é consagrado pelo art. 5º, XXXVI, por meio de seus institutos viabilizadores, quais sejam: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Também o são: a decadência, prescrição (natureza material) e a preclusão (natureza processual). (NERY JUNIOR, 2004, p. 151).

Nelson Nery Junior (2004, p. 150) aduz que: “O subprincípio da *segurança jurídica*, do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do princípio do estado democrático de direito, conforme reconhece a doutrina mundial”.

Carlos Valder do Nascimento trata do instituto da *res iudicata* como instrumento da segurança jurídica nos seguintes termos:

[...] a coisa julgada aparece como artifício ou **mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a**

**existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica**, exercendo assim um papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção [...], (NASCIMENTO, 2005, p. 07).

A *res iudicata* material desempenha um relevante papel para a consagração do Estado Democrático de Direito porque é um dos principais mecanismos de que se vale o Estado para garantir a segurança, a credibilidade, a perpetuação no tempo dos efeitos de uma decisão que tem por finalidade restaurar a paz social.

### 2.3 – Segurança Jurídica e Justiça das Decisões

Ocorre que, muitas vezes, a garantia da segurança jurídica implica o desprestígio da Justiça<sup>4</sup>. Ou seja: proteger uma decisão com o escudo da coisa julgada a fim de que seus efeitos não mais sejam questionados, munindo as partes de segurança, de garantia de que aquela questão não mais será modificada, só opera os seus reais efeitos quando a prestação jurisdicional é feita da forma correta, ideal.

O ideal seria então a combinação equilibrada de justiça e segurança. Mas o que se tem observado é que tal equação tem sido de difícil solução, tendo-se não raro, justiça sem segurança, ou ainda, segurança sem realização da justiça, sobressaindo aí com grande destaque o legalismo escancarado, fruto do mais puro fetichismo da lei. (TEIXEIRA, 2002, p. 04).

<sup>4</sup> Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2004, p. 17) bem lembra a Escola do Direito Alternativo da qual faz parte um grupo de juízes, pertencentes em sua maioria à região Sul do país, que defende a predominância do justo por natureza a qualquer custo, até mesmo desprezando a lei quando entenderem que a solução por ela apresentada for insatisfatória.



Quando uma decisão se mostra viciada sem realizar a Justiça que é a finalidade do Direito, e é alcançada pela *res iudicata*, a princípio, não mais podendo ser alterada, o Direito se vê refém dos efeitos de um instituto que é, quando elaboradas da forma correta, o sustentáculo de suas decisões.

A doutrina é uníssona em relação à preocupação com o equilíbrio desses valores mas em muito diverge sobre qual deles deve prevalecer quando a Justiça das decisões é ameaçada pela Segurança Jurídica<sup>5</sup>.

Paulo Otero defende que:

Em bom rigor, uma ordem jurídica fundada exclusivamente em valores de certeza e segurança levaria ao esquecimento da justiça [...] num Estado de Direito Material, tal como a lei positiva não é absoluta, também o não são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um DIREITO JUSTO (OTERO, 1993, p. 10).

De modo contrário é o entendimento de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

[...] diante da necessária busca de conciliação entre os valores segurança e justiça, deve em regra, como última *ratio* a decisão injusta mas conforme o direito prevalecer. No entanto, excepcionalmente, em hipóteses de grande injustiça em que valores básicos e fundamen-

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2004, p.181) explicam que o sistema jurídico ideal é consubstanciado numa distribuição equilibrada de regras e princípios. As regras, em razão de sua previsibilidade e objetividade das condutas, desempenham papel referente à segurança jurídica ao passo que os princípios, em razão de sua previsibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

tais dos seres humanos são violados, o respeito à segurança, ao direito positivo, perde o sentido, a relevância, devendo esse ser posto de lado e ser aplicada ao caso concreto a solução justa (LOPES, 2004, p. 20).

Os posicionamentos trazidos à colação demonstram o quão controvertida é a matéria que, em virtude de sua complexidade, poderia, até mesmo, ser o tema do presente estudo.

Essa divergência doutrinária, inevitavelmente se repetirá ao tratarmos da relativização da coisa julgada que nada mais é do que um mecanismo viabilizador da Justiça.

Apesar de a segurança nas relações jurídicas constituir uma das maiores exigências de um Estado Democrático de Direito, nem sempre a natureza da prestação jurisdicional permitirá que os seus efeitos sejam eternizados.

### 3 – RES IUDICATA INCONSTITUCIONAL

#### 3.1 – Apresentação do Problema

Para bem delinear o objeto da nossa análise, preciosas são as palavras de Francisco Barros Dias:

Em regra, não se deveria imaginar uma situação em que o jurisdicionado vai a juízo para obter uma decisão que se harmonize com a ordem jurídica, a fim de que o seu direito subjetivo individual seja resguardado, e, no entanto, se depara com uma situação extremamente contrária. Ou seja, **o seu caso foi julgado da forma inversa ao que está na própria Constituição**. A questão soa com certo incômodo, porém, infelizmente, ocorre com alguma frequência no meio jurídico.

A situação piora ainda mais quando esse jurisdicionado verifica que ultrapassou o prazo restrito da ação



rescisória e, mesmo que estivesse acobertado por essa espécie de ação, corre fatalmente o risco de não vê-la aceita sob o argumento de que não está contemplada a hipótese, no direito positivo, de ação rescisória contra decisão que contrariou a Constituição Federal (DIAS, 2005, p. 10).

Com a ação, a parte não só busca um provimento jurisdicional. Mais do que isso: persegue a perpetuação desse provimento na ordem jurídica, ou seja, quer ver a consolidação do seu direito que se dá através da coisa julgada.

O Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, de dizer o direito, mas, muitas vezes o faz de forma contrária à Lei Maior. Quando essa decisão é, em nome da segurança jurídica, protegida sob o manto da coisa julgada só haveria, a princípio, a possibilidade de corrigir o erro, através da Ação Rescisória que, por sua vez, só pode ser utilizada nas situações elencadas na lei processual civil.

Assim, o jurisdicionado, por erro do Estado-Juiz, quer dizer, do Poder Judiciário, deveria suportar o ônus de uma sentença que lhe foi desfavorável sem nenhum suporte jurídico? O seu direito é bom (como se diz na linguagem corrente), mas a falibilidade humana, uma interpretação destoante da realidade normativa ou mesmo o despreparo do magistrado seriam determinantes para transformá-lo em um não - direito?

Por certo que tal situação seria por demais inquietante para ser sustentada pela ordem jurídica. Passaremos a analisar algumas das possibilidades de sentenças inconstitucionais aptas a gerar a coisa julgada inconstitucional para esclarecer algumas das questões relativas ao problema exposto.

### 3.2 – Principais Modalidades

As principais modalidades da inconstitucionalidade da coisa julgada foram apresentadas por Paulo Otero (1993, p. 65) que desenvolveu um trabalho pioneiro sobre o tema. A grande maioria dos doutrinadores<sup>6</sup> que abordou o tema, o faz com algum apoio na doutrina do autor português ou, pelo menos, menciona alguns dos aspectos por ele abordados.

Segundo o referido autor, três são as principais modalidades de inconstitucionalidade da *res iudicata*, quais sejam: a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou princípio constitucional; a que aplica uma norma inconstitucional e a que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade na referida norma.

Vejamos cada uma das situações por ele elencadas:

#### 3.2.1 – A Decisão Judicial direta e imediatamente violadora da Constituição Federal

São as decisões que ofendem direta e imediatamente a Constituição, sem a interposição de qualquer norma. Por exemplo: a sentença que recusa o reconhecimento de um direito consagrado na Constituição Federal através de uma norma executável por si mesma, as chamadas normas de eficácia plena<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Carlos Valder do Nascimento (2004, p.03), Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2002, p.26), Leonardo de Faria Beraldo (2004, p.136), Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 184), Fabrício dos Reis Brandão (2005, p. 66), Deocleciano Batista (2005, p. 67), José Ignácio Botelho de Mesquita (2004, p. 97), Cezar Santos (2004, p. 59), Francisco Barros Dias (1999, p. 77), Ovídio Batista (2004, p. 217).

<sup>7</sup> José Afonso da Silva (1998, p. 82) classifica as normas constitucionais em: de eficácia plena – são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou podem produzir todos os efeitos essenciais, relativa-



Alexandre de Moraes (2002, p.41) sugere, como perententes a tal categoria normativa, os remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e ação popular.

Então, tomando-se como exemplo a ação de *habeas corpus*, a sentença que não reconhece o direito a sua impetração, viola dispositivo constitucional expresso (art. 5º, LXVIII) que garante a toda e qualquer pessoa a possibilidade de se valer do referido remédio constitucional em suas hipóteses de cabimento.

E quando falamos em reconhecer o direito, não estamos nos referindo ao reconhecimento de mérito, ou seja, ao provimento da ação; pelo contrário, estamos tratando da admissibilidade do *mandamus* constitucional.

O juiz ou o Tribunal podem conceder ou não a ordem perseguida a depender dos contornos fáticos e jurídicos assumidos pelo caso concreto mas, se, ao realizarem o juízo de admissibilidade e, mesmo verificando a presença de todos os requisitos e pressupostos processuais não reconhecerem o direito à impetração da Ação Constitucional, sua decisão será contaminada pela inconstitucionalidade sem a intermediação de quaisquer outras normas.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria sustentam que:

Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é

mente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular, sendo por isso, de aplicabilidade direta, imediata e geral; de eficácia contida – são aquelas que o legislador constituinte regulou os interesses relativos a determinada matéria mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público; e as de eficácia limitada – são aquelas que somente incidem totalmente sobre os interesses que regulam após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. **Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe.** Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, **falta-lhe condição para valer**, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 34).

A doutrina diverge em relação à natureza jurídica da sentença que viola a Constituição Federal: uns dizem ter natureza de ato inexistente enquanto outros alegam ser ato nulo por considerarem que todos os atos do Poder Público, inclusive os jurisdicionais, são inválidos quando desconformes com a Constituição.

### 3.2.2 – A Decisão Judicial aplicadora de Norma Inconstitucional

Nesse caso, Paulo Otero (1993, p.70) sustenta que podem advir duas hipóteses: quando a norma aplicada já tiver sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e quando tal declaração ainda não tenha ocorrido.

A declaração de inconstitucionalidade da norma *erga omnes* tem o condão de produzir efeitos extintivos na mesma. “Por isso mesmo, o tribunal não só aplicou uma norma contrária à Constituição, como procedeu à aplicação de uma não-norma ou ex-norma” (OTERO, 1993, p. 70).



Caso o fato não seja percebido no prazo que precede à formação da coisa julgada, estaremos diante de mais um caso de *res iudicata* inconstitucional<sup>8</sup>.

O órgão judicial pode, de outra forma, aplicar uma norma inconstitucional mas cuja declaração de inconstitucionalidade ainda não ocorreu.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina tratam da hipótese em que a sentença é proferida com base em lei e há uma posterior Ação Declaratória de Inconstitucionalidade julgada procedente. Vejamos:

Na doutrina brasileira, sempre prevaleceu a tese de que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ação direta tem *efeito retroativo*. Na verdade, ocorrendo essa declaração, tem-se que a lei rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 39).

O art. 27<sup>o</sup> da Lei N<sup>o</sup>. 9.868/99 deixa claro que a regra geral é a de que a decisão tem efeitos *ex tunc*, tendo, excepcionalmente, efeitos *ex nunc*, quando o Supremo Tribunal Federal decida nesse sentido, por maioria de dois ter-

<sup>8</sup> No Direito Português, quando o Tribunal aplicar uma norma julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, o Ministério Público tem a obrigatoriedade de interpor recurso da decisão para o Tribunal Constitucional. Entretanto, quando o *Parquet* não cumprir com o seu dever, nem as partes tenham suscitado a questão em primeira instância nem tampouco interposto recurso para o mencionado Tribunal é que tal decisão gera a formação da Coisa Julgada Inconstitucional.

<sup>9</sup> "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".

ços de seus membros, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Uma vez pronunciada, pela Corte Máxima, a inconstitucionalidade da norma com efeitos retroativos (como é a regra), as sentenças proferidas com base nela seriam rescindíveis. Essa é a tendência do direito brasileiro, comungando dessa opinião: Accioly Filho, Lucio Bittencourt e Alfredo Buzaid (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 42).

Assim, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina<sup>10</sup> (2003, p.43) entendem que a propositura de Ação Rescisória não é necessária porque a decisão impugnável é juridicamente inexistente por ter sido baseada em lei que não existe, razão pela qual a parte interessada deveria propor Ação Declaratória de Inexistência.

Os supracitados autores apontam, entretanto, outra solução mencionada por Flávio Yarshell, que é a da propositura de Ação Rescisória com supedâneo legal nos arts. 485, V, e 458, todos da Lei Adjetiva Civil.

A rescindibilidade da decisão ocorreria por falta de fundamento legal devido à expulsão da norma do ordenamento jurídico, o que não poderia prosperar em razão da necessidade de tal fundamentação imposta nos sistemas de raiz romano-germânica.

Não há que se cogitar em nulidade ou anulabilidade da norma declarada inconstitucional porque:

Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só "aceita" normas compatíveis com a Constituição Federal.

<sup>10</sup> Vale destacar que os referidos doutrinadores consideram que a sentença é juridicamente inexistente quando baseada em lei que não existe, embora reconheçam a existência das sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais em processos instaurados pelo exercício do direito de petição e não do direito de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido que configura ausência de uma das condições da ação.



Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*. (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 46).

Os efeitos porventura gerados pela norma podem ser preservados, a depender do caso concreto. A manutenção de tais efeitos se dá em consonância com a orientação de princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, tais como: Segurança Jurídica e Boa-Fé, também prestigiados pelo art. 27 da Lei N<sup>o</sup>. 9.868/99.

### 3.2.3 – A Decisão Judicial que não aplica Norma Constitucional sob o fundamento de uma suposta inconstitucionalidade

É a situação que ocorre quando a decisão judicial recusa a aplicação de uma norma sob o fundamento de que é inconstitucional, sem que nela se verifique qualquer inconstitucionalidade.

Quando o órgão judicial afasta uma norma constitucional por entendê-la inconstitucional e a substitui por uma outra, duas situações podem ocorrer: a norma substituinte ser inconstitucional, ou seja, na verdade, a decisão judicial aplicou uma norma inconstitucional (caso tratado acima); ou ser constitucional.

Então, o magistrado deveria aplicar uma determinada norma constitucional mas aplica uma outra, também constitucional. Quer dizer: ao proferir uma sentença que deveria ser fundamentada num determinado dispositivo legal, optou por adotar um outro, ou seja, trocou o embasamento legal.

Paulo Otero compara tal situação com a da sentença ilegal, diferenciando uma da outra a partir do entendimento do juiz de que a lei que deveria aplicar é inconstitucional:

Se a norma que o tribunal vai aplicar é também ela não inconstitucional, tal como a norma que ele afastou, então essa situação não é substancialmente diferente das decisões judiciais ilegais decorrentes da aplicação da lei x, em vez da lei y. A única diferença... reside no seguinte facto: ... o fundamento que leva o juiz a aplicar uma outra norma, em vez da norma devida, reside no entendimento (errado) de que a primeira é inconstitucional (OTERO, 1993, p. 74).

Quando o juiz recusa a aplicação da norma legalmente aplicável ao caso concreto, tanto por erro interpretativo de direito quanto por entender ser ela inconveniente, inoportuna, ilegal ou, de forma equivocada, a considerar inconstitucional, a violação da Carta Magna surge apenas a título mediato.

À princípio, verifica-se a infringência à legislação infraconstitucional pela decisão judicial, ainda que utilizado o argumento da inconstitucionalidade da norma para justificar o seu afastamento.

Nesse caso, estamos diante de uma sentença ilegal em que não há a violação de uma norma constitucional de forma direta, o que não afasta o seu descumprimento de forma indireta porque a não observância do direito ordinário implica *per se* a violação constitucional.

Assim, os mesmos fundamentos utilizados para sustentar a Coisa Julgada Ilegal serviriam para esse caso específico de Coisa Julgada Inconstitucional, desde que a norma fundamentadora da decisão posterior seja constitucional.



Na verdade, essa hipótese não seria propriamente de Coisa Julgada Inconstitucional mas sim Ilegal por não ter se configurado a ofensa direta aos dispositivos constitucionais, devendo, portanto, ter os seus efeitos resguardados assim como ocorre nos casos tradicionais da ilegalidade da *res iudicata*.

#### 4 – MECANISMOS PROCESSUAIS HÁBEIS AO COMBATE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2002, p. 34) chegaram à preocupante conclusão de que: “O exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para controle da coisa julgada inconstitucional, ao contrário do que se observa na Alemanha, por exemplo”.

Parece que o legislador constituinte só se preocupou com o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Executivo, ao atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*), sem regular de forma direta a situação em que o agressor dos mandamentos constitucionais é o próprio Poder Judiciário.

Diante disso, os supracitados autores sustentam que:

À míngua de previsão expressa de um instrumento de controle, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer meio de impugnação. Destarte, tão logo configurada a coisa julgada, com o esgotamento da via recursal, não mais haveria a possibilidade de ser alterada acaso contivesse uma violação direta à Constituição Federal (THEODORO JÚNIOR; FÁRIA, 2002, p. 34).

Tal entendimento, no entanto, não poderia prosperar se considerarmos que até mesmo as hipóteses de coisa julgada Ilegal podem ser desconstituídas pela via da ação rescisória com fundamento na literal violação a dispositivo de lei, desde que proposta no prazo decadencial de dois anos.

Por isso, uma violação mais grave, qual seja, aos preceitos constitucionais, não poderia restar imune a algum tipo de impugnação.

José Ignácio Botelho de Mesquita (2004, p. 112-113) aduz que o fato de haver a declaração de inconstitucionalidade da norma não tem o alcance de anular *ipso facto* todos os atos que tiverem sido baseados nela. Ao contrário, o objeto da ADIN é limitado à declaração da lei ou do ato normativo em causa, razão pela qual mister se faz a identificação de mecanismos processuais capazes de desfazê-los.

Passaremos a analisar aqueles apontados pela doutrina, às vezes com respaldo jurisprudencial, de alguns meios processuais hábeis à desconstituição da Coisa Julgada Inconstitucional.

##### 4.1 – Ação rescisória

Cezar Santos (2004, p. 62) faz coro com Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria ao aduzirem que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo com frequência, geralmente em matéria tributária, no sentido de admitir a desconstituição da coisa julgada inconstitucional através de ação rescisória

Nesse sentido, trazemos à colação alguns pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Processual Civil – Ação Rescisória – Interpretação de texto constitucional – Cabimento – Súm. 343/ STF – Inaplicabilidade – Violação a literal disposição de lei



(CPC, art. 485, V) – FNT – Sobretarifa – Lei 6.093/74 – Inconstitucionalidade (RE 117315/RS) – Divergência jurisprudencial superada – Súm. 83/ STJ – Precedentes.

O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei é no sentido de que “a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado sujeita-se à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o STF, mais tarde, declare inconstitucional” (REsp 128.239/RS).

Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que “deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna”. Ação Procedente (AR 870/PE, 3.<sup>a</sup> Séc., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.03.2000, p. 123)

Processual Civil. Ação Rescisória. Lei Declarada Inconstitucional pelo STF. Súmula 343 – STF. Não Incidência. Servidor Público. Tempo de Serviço Prestado como Celetista. Contagem para todos os fins. Precedentes.

1. Pacífica a orientação desta Corte no sentido de ser cabível a ação rescisória, sob o fundamento do CPC,

art. 485, V, buscando a desconstituição da decisão transitada em julgado que deixa de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la conforme os ditames da Constituição Federal, em desacordo com pronunciamento do STF. Não incidência da Súmula 343 – STF.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o servidor celetista, alçado à condição de estatutário por força da Lei 8.112/90, tem direito adquirido à contagem do tempo pretérito para todos os efeitos legais, inclusive para a percepção de anuênio e licença-prêmio. Declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei 8.162/91, art. 7º, I e III.

3. Ação Rescisória julgada procedente (AR 947/RN : Ação Rescisória/ STJ).

A admissibilidade da ação rescisória no caso de *res iudicata* inconstitucional não implica na “[...] sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 36).

Seja por entender que a coisa julgada inconstitucional é nula (Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria), seja por defender a sua inexistência (Ivo Dantas, Carlos Valder do Nascimento<sup>11</sup>), o fato é que a maior parte da doutrina vem admitindo a possibilidade de propositura da ação rescisória, independentemente da observância do prazo de dois anos. Nesse sentido, mais uma vez, vejamos o entendimento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

<sup>11</sup> Defende a inexistência de Coisa Julgada em razão da nulidade da sentença.



Nada obstante e porque as nulidades podem ser decretáveis até mesmo de ofício, como é a hipótese da inconstitucionalidade, a eleição da via rescisória, ainda que inadequada, para a argüição da coisa julgada inconstitucional não importa na impossibilidade de conhecer-se do vício. O que se deve ter em mente é o fato de que a admissibilidade da rescisória, nesta hipótese, é medida extraordinária diante da gravidade do vício contido na sentença (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 36).

No caso a coisa julgada inconstitucional ser consequência de lei ordinária cuja interpretação era controvertida pelos Tribunais, sendo, posteriormente, pacificado entendimento diverso daquele adotado pelo *decisum* impugnado, a jurisprudência tem afastado o cabimento de ação rescisória.

Entretanto, quando tratar-se de matéria disciplinada pela Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça entende que a ação rescisória deverá ser sempre acatada, afastando-se a Súmula N.º. 343 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Ivo Dantas (2005, p. 40), o Supremo Tribunal Federal já decidiu em várias oportunidades que a inconstitucionalidade da lei em que se baseou o magistrado para proferir decisão transitada em julgado também está contemplada no art. 485, V do CPC. Entretanto, deve ser proposta dentro do prazo decadencial de dois anos.

Em que pese o entendimento da Corte Máxima, Ivo Dantas sustenta que não há que se falar em prazo decadencial para a propositura dessa ação porque estamos diante de uma decisão inexistente.

Defensor da mesma idéia é Carlos Valder do Nascimento (2005, p. 172), quando afirma: "Pouco importa o transcurso do lapso temporal para o manejo da ação rescisória. O que se quer é o estabelecimento do *status quo* [...]".

Caso os Tribunais Superiores admitissem a ação rescisória como meio eficaz de elidir a coisa julgada Inconstitucional sem condicionar a sua propositura à data certa, o problema estaria resolvido, de forma que não necessitaríamos do socorro de outros instrumentos processuais.

Como não o fazem, só encontramos a solução pelo prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão, o que nos obriga a buscar a solução definitiva em outros mecanismos processuais.

#### 4.2 - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada

É a denominação proposta por Francisco Barros Dias (1999, p. 134), como forma de se corrigir a ausência de um instrumento processual específico para o combate da *res iudicata* inconstitucional. Segundo ele, essa ação não encontraria nenhum óbice no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a ação poderia ser proposta a qualquer tempo até que fosse observada a prescrição do direito subjetivo em consonância com os prazos previstos na Lei Civil. E mais, a discussão deve ser totalmente adstrita à matéria de direito porque o que a motivou é a argüição de que a *res iudicata* é contrária aos preceitos constitucionais.

Dessa forma, tal ação não comporta revisão da matéria de fato nem produção de novas provas ou reapreciação das já existentes. Restringe-se única e exclusivamente à análise da matéria de direito relativa à constitucionalidade ou não da coisa julgada formada no caso em apreciação.

Por fim, deve-se ressaltar que os efeitos dessa ação devem ser compatíveis com os produzidos pelo recurso extraordinário, *ex tunc*, do mesmo modo que a eficácia é apenas *intra partes*.



Dessa forma, esse tipo de ação seria um meio hábil ao combate da coisa julgada inconstitucional, sujeitando-se, apenas, ao prazo previsto para a fulminação do próprio direito material

## 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal é o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico no qual estão garantidos os direitos dos cidadãos que não têm nenhum tipo de condicionante. Quer dizer: não existe nem mesmo ou principalmente por parte do Poder Judiciário um meio de reconhecê-lo ou não, vez que não se trata de uma faculdade do juiz.

O magistrado não tem o poder de desprezar determinado dispositivo constitucional garantidor de um direito do jurisdicionado. Por certo, em razão da falibilidade humana ou mesmo de um erro ou de um entendimento incompatível com a realidade normativa, pode ocorrer de o juiz proferir uma sentença inconstitucional, seja por ferir diretamente a Constituição, por não aplicar norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou o contrário.

Quando a sentença inconstitucional adquire força de *res iudicata*, é inadmissível que essa decisão prospere sob o fundamento da segurança jurídica porque o que ocorre é exatamente o contrário, a possibilidade de o Judiciário, seja por que motivo for, proferir decisões desse tipo que se entranhem no ordenamento é *per se*, causadora de insegurança jurídica.

Assim, é em nome da segurança jurídica que a coisa julgada inconstitucional deve ser desconstituída, já que a paz social só será restabelecida quando o provimento jurisdicional for realizado de modo compatível com a Constituição Federal.

Entendemos, no entanto, que não há que se falar em flexibilização da coisa julgada porque essa denominação po-

deria implicar uma dissonância em relação à finalidade do próprio instituto que prescreve a indiscutibilidade e imutabilidade da sentença, como regra.

A situação pede, na verdade, uma rescindibilidade da *res iudicata* ou sua relativização num caso de contornos muito bem delineados. A ação rescisória se presta ao ataque da coisa julgada inconstitucional quando há violação à literal disposição de lei, sem que se condicione a sua propositura a um prazo certo, qual seja, dois anos a contar do trânsito em julgado.

O condicionamento a um termo *ad quem*, de certo, irá deixar a questão sem resposta, já que o descumprimento de preceito constitucional é um vício de tamanha gravidade que não pode ser absorvido pelo ordenamento jurídico.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada nos parece ser, dentre as possibilidades aventadas, o mecanismo mais, geral, que se presta ao ataque da *res iudicata* inconstitucional em todas as suas hipóteses.

Essa ação só estaria condicionada ao prazo de decadência do próprio direito material que, uma vez escoado, não mais haveria interesse na obtenção da declaração de que a coisa julgada é inconstitucional.

Assim, entendemos que o mito de que a coisa julgada faz do preto, branco e do quadrado, redondo, deve ser em relação à coisa julgada inconstitucional, definitivamente afastado do nosso sistema jurídico, porque é a própria Constituição Federal que o implementa e deve ser resguardada de qualquer tipo de violação que traga insegurança para os jurisdicionados.



## 6 – REFERÊNCIAS

## LIVROS

BERALDO, Leonardo de Faria. A Relativização da Coisa Julgada que viola a Constituição. In: **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DANTAS, Ivo. **Processo Constitucional**. Mimeo.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. In: **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986-1988. v.3.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 1999. v. 4

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. **Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex - Jurídicas, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa Julgada Relativa? In: **Relativização da Coisa Julgada - Enfoque Crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2004. v. 2

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## REVISTAS

ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.04, p.09-28, jul. 2003. Mensal.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 371, p. 175-202, jan./fev. 2004. Bimestral.



DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 11-32, nov./dez. 2002. Bimestral.

LOPES, Bruno de Vasconcelos Carrilho. Coisa Julgada e Justiça das Decisões. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.374, p. 15-32, jul./ago. 2004. Bimestral.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.375, p. 141-158, set./out. 2004. Bimestral.

SANTOS, Cezar. A Coisa Julgada Inconstitucional e Instrumentos de Controle. **Revista Consulex**, Brasília, v. 08, n.174, p. 57-62, abr. 2004. Quinzenal.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 21-40, jan. 2002. Mensal.

## TESE

DIAS, Francisco Barros. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 1999. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999.



# Prática



SENTENÇA PENAL E PROCESSO PENAL.  
Crime Contra o Patrimônio

*Blanche Maymone Pontes Matos*  
Juíza de Direito

Proc. nº 231.2004.004236-4

**EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES – PRELIMINARES DE VÍCIO NO ENTRANHAMENTO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (1ª), NULIDADE DO RECONHECIMENTO (2ª) E AUSÊNCIA DE PERÍCIA BALÍSTICA OU DE EFICIÊNCIA (3ª) AFASTADAS – TESE DA NEGATIVA DE AUTORIA INCONSISTENTE – RECONHECIMENTO DAS VÍTIMAS E OUTROS ELEMENTOS ROBUSTOS A APONTAR A AUTORIA AO DENUNCIADO – CONDENAÇÃO.** 1. Os delitos pelos quais o acusado foi detido (porte ilegal de arma e adulteração de placa de veículo automotor) e este agora anali-



sado (roubo majorado) estão entranhados pelos aspectos circunstanciais que os envolvem, não havendo como acolher a alegação da Defesa de que não há nenhuma ligação do auto com o crime em questão, devendo, portanto, ser mantido nos autos, como mais um elemento de convencimento. 2. A opinião esmagadora da doutrina e da jurisprudência aponta para o sentido de que o reconhecimento fotográfico é uma prova inominada, como outras que não estão expressamente previstas no diploma processual penal pátrio, mas que podem e devem ser consideradas. Ademais, além do reconhecimento fotográfico, as vítimas também reconheceram o denunciado espontaneamente no fórum, estando ele junto com outras pessoas e sem algemas, fato este declinado com segurança nos depoimentos e não contrariado pelo Defensor durante a audiência, oportunidade na qual o denunciado não adentrou no gabinete a pedido das testemunhas (art. 217 do C.P.P.), mais uma vez sem protesto da Defesa, devendo-se, ainda, notar e destacar, por oportuno, que nada de concreto aponta no sentido da presença de algum motivo especial para infundada incriminação, a não ser suposições de "inimigos ocultos" que não foram de nenhuma maneira comprovados. 3. Para o reconhecimento do emprego de arma despendida se faz a apreensão mesma do artefato, quanto mais a

realização de perícia, quando a prova oral atesta o emprego da arma e evidencia a eficiência desta na intimidação das vítimas. 4. A ausência de auto de apreensão pela não recuperação do produto do roubo na totalidade não impede a caracterização da materialidade, quando a farta produção probatória a legitima, havendo, inclusive, nos autos, laudo de avaliação indireta. 5. Todo o painel probatório resulta, pois, forte e harmônico em seus dados essenciais e aponta, infelizmente, eficaz e objetivamente para a participação ativa do denunciado na empreitada criminosa, idôneo ao convencimento de sua culpabilidade. As declarações das vítimas em casos que tais, mormente quando não conheciam anteriormente o denunciado – como elas e ele próprio afirmaram – e só depois vieram a saber que se trata de policial militar, assumem especial relevância e preponderam sobre as do acusado, principalmente quando em consonância com os demais elementos dos autos. Isto resulta do fato de que não é razoável que elas, sem desvios de personalidade e nem animosidade específica contra o agente – pelo que se depreende dos autos – acusassem um inocente da prática de um delito, quando isto não ocorreu, porquanto seu verdadeiro intento é responsabilizar o culpado, sendo que o acusado é que, em geral, procura fugir da responsabilidade pelos seus atos. Ademais,



as declarações do denunciado e do seu álibi (sua esposa), frágeis e incertas, porquanto não demonstraram em nenhum momento quem teria interesse em prejudicá-lo, não têm o condão de infirmar a segura prova acusatória, afastando, portanto, a pretensão de negativa de autoria.

#### Vistos etc.

O representante do Ministério Público com exercício nesta vara criminal promoveu a presente ação penal pública em desfavor de **Milton Cristiano Gomes Neto**, brasileiro, natural do Recife – PE, casado, nascido aos 11 de maio de 1961, filho de Mário Cristiano Gomes e de Jandira de Araújo Gomes, pela prática do fato típico previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

Narra a atrial acusatória, em síntese, que no dia 14 de agosto de 2004, por volta das 2 horas e 30 minutos, no Bar Caldinho do Vera, situado na Rua Rio Amazonas, s/n, bairro do Nobre, neste município, o acusado, em comunhão de ações e desígnios com um terceiro não identificado, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu para si as coisas alheias móveis descritas no auto de avaliação indireta constante dos autos (fl. 37), além da importância de R\$ 600,00 (seiscentos reais) em espécie, pertencentes a Everaldo Ferreira da Silva, David Gomes dos Santos, Bruno Renato Pereira Nascimento e Daniel Aguiar de Albuquerque.

Aduz, ainda, a inicial, que o acusado e seu comparsa chegaram ao estabelecimento comercial supramencionado em um táxi roubado momentos antes no município de

Olinda-PE, ocasião em que, de arma em punho, anunciaram o assalto, renderam os fregueses do bar e subtraíram os pertences das vítimas, fugindo em seguida.

Relata, por fim, a exordial, que o acusado já estava sendo alvo de investigações, por ser apontando como autor de vários assaltos ocorridos neste município, sendo no momento de sua prisão em flagrante por outro ilícito, apreendido na posse de vários objetos roubados.

A denúncia foi recebida em 19 de outubro de 2004.

Interrogatório às fls. 52/55.

Defesa prévia às fls. 64/65, oportunidade em que foram arroladas três testemunhas.

Na instrução foram ouvidas as vítimas, seis testemunhas arroladas pelo Ministério Público (fls. 74/84 e 96/97) e três testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 98 e 175/177).

Não houve requerimentos na fase do art. 499 do CPP.

A Promotoria de Justiça apresentou suas razões finais, requerendo a procedência da denúncia, com a inclusão da agravante disposta no artigo 61, inciso II, alínea “g” do Código Penal (fls. 180/184). A Defesa, por sua vez, apresentou arrazoado, alegando preliminares e, no mérito, encampou a tese da negativa de autoria e insuficiência de provas para a condenação, pugnando pela absolvição (fls. não numeradas).

Feito o relatório.

Decido.

Primeiramente, devo analisar as preliminares argüidas pelo ilustre Defensor do denunciado.

Como primeira preliminar, alega-se que o auto de prisão em flagrante delito de fls. 13/18 não guarda pertinência com o objeto da presente ação, por se referir a fato ocorri-



do em 07.09.2004 (porte ilegal de arma de fogo e adulteração de placa), pelo que requer, a Defesa, o seu desentranhamento “uma vez que vicia o feito e molesta a verdade”.

Realmente, o supra-referido auto foi elaborado quando da prisão em flagrante do denunciado por outros ilícitos penais (porte ilegal de arma e adulteração de placa de veículo automotor) posteriores ao crime descrito na denúncia (roubo majorado). No entanto, é de se destacar os aspectos circunstanciais envolvendo os delitos pelos quais o acusado foi detido e este agora analisado. Vejamos:

O fato narrado na arial acusatória ocorreu em 14 de agosto de 2004, sendo que, como relata aquela peça processual, os assaltantes conseguiram fugir levando os pertences das vítimas.

Já em data de 07 de setembro de 2004, o denunciado, segundo consta do auto de prisão em flagrante, foi preso na Praça de Eventos João Pessoa, no Centro deste município, por portar ilegalmente uma pistola marca Taurus, e por estar na posse de uma motocicleta Honda, modelo Twist de cor vermelha, de sua propriedade, com placa adulterada. Com o acusado foram encontradas também cinco munições intactas do mesmo calibre, um relógio, uma pulseira e um trancelim de metal branco, além de documentos pessoais (v. fl. 13).

Por ser, o denunciado, policial militar, e já haver várias denúncias de que o mesmo estaria cometendo assaltos na área, o fato foi levado a público através de reportagem em jornal escrito (v. fl. 19) e televisado, e, assim, algumas vítimas o reconheceram e compareceram à delegacia, conforme depoimentos constantes do inquérito policial, onde, além do reconhecimento fotográfico, uma das vítimas reconheceu um colar de cor prata, de sua propriedade, que foi encontrado na posse do denunciado. Todas as vítimas e tes-

temunhas ouvidas aduziram que o assalto foi cometido com uma pistola igual a que foi encontrada com o acusado por oportunidade da prisão em flagrante pelos crimes de porte ilegal e adulteração de placa.

Pelo exposto, apesar de o auto de prisão em flagrante açoitado tratar de crimes diversos do ora apurado, não há como acolher a alegação da Defesa de que não há nenhuma ligação com o delito em questão, devendo, portanto, ser mantido nos autos, como mais um elemento de convencimento.

Indeferido, portanto, o pedido de desentranhamento do auto de fls. 13/18.

Como segunda preliminar, expõe a Defesa que o reconhecimento do denunciado se deu por fotografia (fl. 27), o que, segundo sua ótica, “é reprovável e inaceitável”.

Mais uma vez sem razão o digno patrono do denunciado.

Primeiro porque a opinião esmagadora da doutrina e da jurisprudência aponta para o sentido de que o reconhecimento fotográfico é uma prova inominada, como outras que não estão expressamente previstas no diploma processual penal pátrio, mas que podem e devem ser consideradas.

Segundo, e principalmente porque, além do reconhecimento fotográfico, as vítimas também reconheceram o denunciado espontaneamente no fórum, estando ele junto com outras pessoas e sem algemas, fato este declinado com segurança nos depoimentos e **não contrariado pelo Defensor durante a audiência**, oportunidade na qual o denunciado não adentrou no gabinete a pedido das testemunhas (art. 217 do C.P.P.), mais uma vez **sem protesto da Defesa**, devendo-se, ainda, notar e destacar, por oportuno, que nada de concreto aponta no sentido da presença de algum motivo



especial para infundada incriminação, a não ser suposições de “inimigos ocultos” que não foram de nenhuma maneira comprovados.

Neste sentido, vejamos a jurisprudência:

EMENTA: *Habeas Corpus*. Roubo qualificado. Alegação de nulidade do reconhecimento fotográfico feito na polícia, e não repetido em juízo, (...). 1. O reconhecimento de pessoas só é feito quando houver necessidade (CPP, artigo 226); no caso, além de não ter sido a única prova produzida, foi confirmado em juízo por testemunha e corroborado por outras provas produzidas. Precedente. (...).(STF – HC 77426/RS – 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 29.08.2003).

EMENTA: Criminal. Resp. Roubo qualificado. (...). Reconhecimento fotográfico. Condenação amparada em outras provas. Recurso conhecido e desprovido. (...). O reconhecimento fotográfico vem sendo admitido como meio de prova, desde que a condenação se faça acompanhar de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito. (...).(STJ – RESP 604325/PR – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 21.06.2004).

EMENTA: *Habeas Corpus*. (...)Reconhecimento de pessoas. Inobservância das formalidades previstas no artigo 226 do CPP. Ausência de nulidade. (...). (STJ – HC

37559/RS – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJ 22.11.2004).

Rejeitada, portanto, a segunda preliminar.

A terceira preliminar alega a ausência de perícia balística ou de eficiência de arma.

Novamente sem sucesso a Defesa, porquanto para o reconhecimento do emprego de arma despicienda se faz a apreensão mesma do artefato, quanto mais a realização de perícia, quando a prova oral atesta o emprego da arma e evidencia a eficiência desta na intimidação das vítimas. Mais uma vez a jurisprudência:

EMENTA: *Habeas Corpus*. Roubo qualificado pelo emprego de arma. Ausência de laudo atestando a potencialidade ofensiva do objeto. Desnecessidade de laudo. Depoimentos testemunhais e da própria vítima atestando o uso da arma por parte do agente. Indeferimento do *writ*. Havendo depoimento de testemunha (e também da vítima), anunciando que o acusado teria se utilizado de arma de fogo para perpetrar o ilícito do artigo 157 do CP, irrelevante, para fins de aplicação da qualificadora, a apreensão da arma ou existência de laudo pericial atestando a sua potencialidade lesiva. Ordem denegada (STJ - HC 39625/SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 07.03.2005).



Ementa. Penal e Processual Penal. Roubo duplamente qualificado. Preliminares: (...). 2ª) Da ausência de exame pericial no revólver para a configuração da qualificadora do emprego de arma. Inacolhida. No presente caso, é irrelevante a perícia neste instrumento a fim de aplicar-se a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do CP, principalmente quando as declarações do ofendido não deixam dúvidas quanto ao emprego da arma. Decisões uníssonas. (...). (TJPE - Ap. Crim. 97464-9 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Rivadávia Brayner - DJ 21.02.2004).

Rechaçada a terceira preliminar.

Destarte, o feito foi regularmente instruído, apresentando-me isento de vícios ou nulidades a sanar, tendo sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, incorrente a prescrição, motivo pelo qual passo a adentrar no mérito.

No que pertine à materialidade, a Defesa argüi não figurar no caderno processual auto de apreensão, não existindo, no seu entender, “nada de palpável sobre o patrimônio”. No entanto, observo que o denunciado foi preso quase um mês após a ocorrência do assalto – o que, por si só, já justifica a não apreensão da totalidade da *res furtiva* – e, mesmo assim, segundo depoimentos testemunhais e demais elementos probatórios constantes dos autos, foi ele encontrado na posse de um dos objetos de uma das vítimas, qual seja, um colar cor prata. Na instrução, as vítimas elencaram objetivamente os objetos que lhes foram subtraí-

dos, apontando o denunciado como autor do assalto. Portanto, a ausência de auto de apreensão pela não recuperação do produto do roubo na totalidade não impede a caracterização da materialidade, quando a farta produção probatória a legitima, havendo, inclusive, nos autos, laudo de avaliação indireta. Neste sentido:

EMENTA: Penal e Processo Penal. Apelação Criminal. 1 – roubo qualificado (...). 3 – apreensão da *res furtiva* – não constitui prova indispensável à comprovação da prática do delito. (...). (TJPE – Ap. Crim. 53220-9 – 2ª C. Crim. – Rel. Des. Nildo Nery – DJ 22.08.2000).

EMENTA: Roubo. Materialidade. Prova testemunhal. Palavra das vítimas. Inequívoco reconhecimento. Condenação mantida. 1. Não se faz necessária a apreensão da *res furtiva* para se inferir a materialidade do delito de roubo. (...). (TJRS – Ap. Crim. 70008968083 - 7ª C. Crim. – Rel. Des. Nereu José Giacomolli – j. 05.08.2004).

Comprovada, pois, no meu entender, a materialidade.

Passo à análise da autoria.

O denunciado, em seu interrogatório, negou o cometimento do crime, afirmando que no dia do fato estava em sua residência, na companhia de sua esposa e filhos. Aduziu não conhecer as vítimas nem as testemunhas, mas, inexplícitamente, afirmou que eles “estão querendo prejudicá-lo”. Disse nunca ter ido ao Bar Caldinho do Vera - local do fato.



Confessou possuir uma pistola e uma moto vermelha Twist e, de novo, ao final, alegou ser alvo de um “negócio forjado” e ter “inimigos ocultos na PM”.

Das provas carreadas aos autos, entretanto, tem-se que o denunciado foi preso em flagrante delito, um mês após o assalto, na posse de uma moto vermelha Honda, modelo Twist com placa adulterada e de uma pistola cromada, sem nota fiscal e nem registro, quando se encontrava, à paisana, em uma festa pública numa praça de eventos deste município. A pistola foi referida de forma uníssona pelas vítimas como sendo semelhante a que foi utilizada no assalto e estas, em depoimento perante este juízo, afirmaram de forma uníssona e sem titubear terem reconhecido o denunciado presente no fórum, como autor do roubo, acompanhado de outra pessoa não identificada, inclusive solicitando, por medo de represálias, as suas oitivas sem a presença dele.

A vítima Everaldo, dono do bar assaltado, contou com detalhes, perante a autoridade policial, como se deu o crime. Disse que autores do delito – dois homens – estavam em um táxi gol branco quatro portas; que foi utilizada uma pistola; que dele foi subtraída a quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais) e documentos pessoais; que antes o seu sobrinho de nome Helton também foi assaltado, do qual foram subtraídos uma pulseira de metal e um cordão que estava sendo usado pelo denunciado quando foi preso e reconheceu quando compareceu à Delegacia; e que teve conhecimento de que o denunciado era policial militar por informação de seu sobrinho e também da delegacia de Olinda (fls. 11/12).

A supramencionada vítima não pode comparecer em juízo para ratificar seu depoimento, como asseverou a defesa técnica, porque, segundo informações do meirinho, obtida com os familiares e confirmadas pelos depoimentos teste-

munhais, foi assassinada em seu estabelecimento comercial. Para o convencimento da morte da testemunha, não é necessária, como para o denunciado, a prova documental (certidão de óbito original). Entretanto, é verdadeiro que suas declarações na fase inquisitorial, não confirmadas por motivo de força maior em juízo, só devem ser consideradas quando são confirmadas pelo conjunto probatório colhido na fase judicializada. Tudo o que aconteceu na hipótese *sub judice*, porquanto, no seu núcleo, as declarações da vítima falecida foram confirmadas pelas testemunhas. Senão vejamos:

Os depoimentos das também vítimas, Srs. Bruno Renato e Daniel Aguiar, são claros, objetivos e narram com riqueza de detalhes o desenrolar do crime. Diversamente do que alega a Defesa, são coincidentes em seus aspectos essenciais tanto entre si quanto em relação às declarações prestadas pelo Sr. Everaldo:

(...) foi uma das vítimas do assalto ao Bar Caldinho do Vera; que reconheceu o denunciado quando este passou pelo corredor do fórum como sendo o autor do assalto; que o denunciado estava na companhia de outra pessoa moreno claro, baixo, magro; (...) que parou no bar mais ou menos às 02:45 da madrugada; que quando chegou lá o denunciado e seu comparsa já estavam no bar bebendo; (...); que os dois estavam armados; que o denunciado estava com uma pistola 380 e o outro estava com um revólver 38; (...); que o denunciado e o comparsa só apontaram as armas, mas não foram agressivos e nem ameaçaram de morte o depoente;



(...); que depois o denunciado e seu comparsa fugiram em um táxi branco placa de Olinda; (...); que o denunciado não estava fardado; (...); que o denunciado levou do depoente um relógio, a carteira porta-cédula com quarenta reais e documentos, um blusão azul, o capacete de cor preta e a chave de uma moto; que já ouviu boatos de que o denunciado já praticou outros assaltos; que as pessoas que o denunciado já assaltou disseram que ele é perigoso e por isso o depoente não quis testemunhar perante ele; (...); que tanto o denunciado quanto o comparsa estavam de calça comprida e de camisa de tecido, mas o depoente não sabe dizer a cor; (...); que ninguém apontou o denunciado no corredor do fórum para o depoente; que o depoente o viu passando pelo corredor e o reconheceu; (...) que o revólver 38 tem um cano e a pistola é pequenininha, toda quadradinha; (...). (sic). (depoimento de Bruno Renato às fls. 74/75).

(...); que chegou ao bar às 23:30 horas; que quando chegou no bar o denunciado não estava; que não viu o denunciado na delegacia; que reconheceu o denunciado aqui no corredor do fórum como sendo a pessoa que assaltou o bar; que o denunciado estava no corredor do fórum sem algema; (...); que o denunciado chegou juntamente com um outro elemento, num táxi gol branco, sentou e pediu

uma cerveja; (...); que todos os dois estavam armados; que não sabe descrever a outra pessoa que era morena, e tinha um bigode fininho, pois ele ficou mais afastado; (...); que o depoente esclarece que Bruno chegou um pouco depois do denunciado no bar; que todos os dois assaltantes estavam com jaqueta jeans de mangas compridas e boné; que o moreno estava com um 38 e o denunciado com uma pistola; (...); que foi roubado do depoente um celular marca Nokia modelo 2100 e a carteira porta-cédula contendo a carteira de identidade, CPF e o título de eleitor, sem conter dinheiro; (...); que não quis depor na frente do denunciado porque foi ele que o assaltou e não sabe o dia de amanhã; (...); que sabe que o táxi era de Olinda porque tem um emblema na porta e chama a atenção; (...); que a pistola é quadrada; (...); que todos os dois assaltantes estavam trajando calça comprida; (...); que reconheceu o denunciado em virtude de seu bigode, que é um bigode cheio; que o denunciado antes de assaltar o depoente tinha assaltado um rapaz de nome Helton que também é testemunha e Helton disse ao depoente que o assaltante tinha lhe roubado um trancelim de cor prata; que a pessoa que assaltou o depoente também estava usando este trancelim; que no dia que o denunciado foi preso Helton foi na delegacia e conseguiu o trancelim de volta; (...); que nin-



guém apontou o acusado aqui no fórum; que o depoente o reconheceu espontaneamente.(...). (sic).(depoimento de Daniel Aguiar às fls. 75/77).

A Defesa afirma que há contradições “das mais aberrantes e enganosas”. Sem razão, no meu entender, posto que as alegadas divergências (não se lembrar da placa do carro, nem da cor da camisa ou se o denunciado tomou uma cerveja toda ou só um gole) são incapazes de minar as coincidências centrais e fundamentais dos depoimentos. Ora, é muito mais plausível, principalmente numa situação de extremo estresse como a enfrentada pelas vítimas, lembrar-se do modelo do automóvel no qual os assaltantes fugiram – táxi branco – do que da numeração da placa; recordar-se se o criminoso estava vestido com calça ou bermuda, com camisa ou sem, do que a cor da vestimenta. Quanto à quantidade de bebida tomada... nada acrescenta de importante ao caso em deslinde. As pequenas e insignificantes discordâncias nos depoimentos são fruto das circunstâncias peculiares do fato e próprias da subjetividade e das condições de apreciação do observador.

As testemunhas policiais participaram da prisão em flagrante do denunciado por porte ilegal de arma e adulteração de placa de automotor, mas disseram ter tido contato com o dono do bar e seu sobrinho e este último reconheceu na delegacia o trancelim que estava na posse do denunciado quando este foi preso. Ambas também afirmaram que Sr. Everaldo foi assassinado dentro do bar.

A testemunha Helton, sobrinha do dono do bar, Sr. Everaldo, também foi ouvida em juízo. Eis os termos do seu depoimento:

(...) também foi vítima de assalto; que é o sobrinho do senhor Everaldo conhecido

por Vera, dono do bar assaltado; (...); que na delegacia só reconheceu o denunciado através do jornal Folha de Pernambuco, pois o denunciado já tinha ido para o CREED; que seu tio Everaldo ainda chegou a ver o denunciado na delegacia; e o reconheceu; (...); que o depoente esclarece que não estava no bar do seu tio no dia do assalto; que foi assaltado antes, no dia 20 de junho de 2004, mais ou menos às 02:30 da madrugada; (...) que foi assaltado pelo denunciado e mais outro elemento, moreno, baixinho e meio fortezinho; (...) que o denunciado tem bigode; (...) que o denunciado estava armado com uma pistola cromada; (...) que o denunciado levou um celular Siemens A-50, uma calça, uma camisa, uma pulseira e uma corrente de prata; que tinha trocado a corrente de prata por um CD com seu colega Armando; que também reconheceu o denunciado através de uma reportagem na TV no canal 4; (...); que depois do assalto quando houve a festa Paulistar o depoente encontrou-se de frente com o denunciado e ele tomou um susto e ele estava com o cordão no pescoço; (...); quando o denunciado foi preso estava com a corrente do depoente; que inclusive seu tio reconheceu a corrente na delegacia; (...); que no outro dia de manhã foi na delegacia com seu tio só quando foi reconhecer seus pertences; que o escrivão disse ao depoente que o denuncia-



do tinha sido preso por porte ilegal de arma e por adulteração de placa; que soube pelo reporter do canal 4 que a arma apreendida tinha sido uma pistola 380 igual a do assalto praticado contra o depoente e mesmo tipo de arma que foi utilizado no assalto ao bar; (...). (sic). (fls. 82/83).

Duas das testemunhas da Defesa são policiais militares que não presenciaram a ação delituosa, e que trabalharam com o denunciado. Ambos confirmaram que este último trabalhava com uma pistola inoxidável 380 e que tem uma moto Twister vermelha, aduzindo que o acusado tem uma boa conduta social. O primeiro, policial Edson, disse que costumava sair com o réu para jogar bola em Candeias (fl. 98).

Registro, agora, o depoimento da esposa do denunciado, ouvida como informante. No início das suas declarações, a Sra. Nancy disse que seu marido só saía de casa com ela e que não costumava chegar em casa tarde. Afirmou, ainda, que seu marido não tem inimigo declarado, mas, dizia que tinha muitos inimigos, sem dizer os nomes e nem os motivos. A seguir, aduziu que seu marido, no dia em que foi preso, tinha ido para a praça de eventos para beber e, perguntada se tinha acompanhado seu esposo (pois tinha afirmado que o denunciado só saía com ela), respondeu negativamente e, logo após, notando ter caído em contradição, afirmou que “achou estranho porque seu marido não chegou cedo em casa”. Demonstrando mais uma vez não ter muito conhecimento sobre as “andanças” do denunciado, disse que este gosta de jogar bola em Pau Amarelo, União, Macaxeira e Casa Amarela. Só nesses lugares (quando o ami-

go policial afirmou que costumavam jogar bola em Candeias...). Por fim, confirmou que o denunciado possui uma pistola de aço inoxidável não registrada e que, à paisana, seu marido saía muito poucas vezes armado.

Todo o painel probatório resulta, pois, forte e harmônico em seus dados essenciais e aponta, infelizmente, eficaz e objetivamente para a participação ativa do denunciado na empreitada criminosa, idôneo ao convencimento de sua culpabilidade. As declarações das vítimas em casos que tais, mormente quando não conheciam anteriormente o denunciado – como elas e ele próprio afirmaram – e só depois vieram a saber que se trata de policial militar, assumem especial relevância e preponderam sobre as do acusado, principalmente quando em consonância com os demais elementos dos autos. Isto resulta do fato de que não é razoável que elas, sem desvios de personalidade e nem animosidade específica contra o agente – pelo que se depreende dos autos – acusassem um inocente da prática de um delito, quando isto não ocorreu, porquanto seu verdadeiro intento é responsabilizar o culpado, sendo que o acusado é que, em geral, procura fugir da responsabilidade pelos seus atos. Ademais, as declarações do denunciado e do seu álibi (sua esposa), frágeis e incertas, porquanto não demonstraram em nenhum momento quem teria interesse em prejudicá-lo, não têm o condão de infirmar a segura prova acusatória, afastando, portanto, a pretensão de negatividade de autoria.

E quando digo que, infelizmente, estou convencida do cometimento do crime ora em julgamento por parte do denunciado, o faço porque a polícia é “o braço armado e forte” do Estado na consecução do bem estar comum, e, como tal, seus integrantes deveriam agir – como na grande maioria das vezes o fazem – fundados na legalidade, moralidade e probidade, visando ao interesse coletivo. O policial



.....

muitas vezes sacrifica a própria vida no cumprimento do dever, porque suas ações devem sempre se voltar para a proteção e segurança da sociedade. Nunca ser o seu algoz, sob pena de desvio de suas funções. Tudo o que se passou na hipótese em tela.

Note-se que se um dos agentes, o qual, de acordo com as vítimas e as testemunhas, igualmente portava arma de fogo, conseguiu fugir sem ser preso ou identificado, não integrando, por isto, a relação processual, tal não afasta o concurso de pessoas e nem a majorante do emprego de arma de fogo, uma vez que a cooperação efetiva é suficiente a ensejar o reconhecimento da causas objetivas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal. Pela semelhança, vejamos:

Roubo qualificado. Concurso de pessoas. Nexo psicológico. Falta de identificação do parceiro. Irrelevância. A falta de identificação do parceiro não afasta o reconhecimento da aludida qualificadora. (RT 736/629).

Por todo exposto, entendo estar suficientemente demonstrada a prática do delito descrito na peça acusatória e a autoria que deve ser imputada ao primeiro acusado, motivo pelo qual **JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA CONDENAR MILTON CRISTIANO GOMES NETO**, já qualificado nos autos, às penas previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Passo, a seguir, a dosar a pena, com fulcro nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal:

A culpabilidade do réu é incontestável, sendo altamente reprovável sua conduta.

.....

Suas testemunhas informaram que sua conduta social é boa. Entretanto, conforme consta dos autos, já sofreu repressões por conduta incompatível com sua função (v. fls. 109, 162/164).

É primário e à fl. 178 consta ser possuidor de bons antecedentes. No entanto, encontra-se respondendo ao Proc. nº 231.2004.2817-0 (porte ilegal de arma e adulteração de placa de veículo automotor).

Demonstra personalidade dúbia, principalmente em serviço, ora tendo comportamentos elogiados, ora reprimidos com punição disciplinar.

Não houve alegação de motivos para o cometimento do crime, em virtude da negativa de autoria. Os motivos alegados para a incriminação não foram comprovados.

As circunstâncias não são favoráveis ao réu, posto que o crime foi cometido pela madrugada e num estabelecimento comercial, onde, inclusive, o réu se fez passar por cliente.

As conseqüências não foram leves, porquanto a maior parte dos objetos não foram recuperados pelas vítimas.

Os comportamentos das vítimas não facilitaram e nem incentivaram a ação do réu.

Assim consideradas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Não observo a incidência de atenuantes genéricas.

Afasto, *data venia*, a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, por entender que, para a aplicação da referida circunstância agravante, é necessária a demonstração de que o crime em questão foi assistido e facilitado pela violação de dever inerente à função, o que não se verificou na hipótese, uma vez que o denunciado



cometeu o delito sem estar fardado, à paisana, como um cliente qualquer do bar e as vítimas e testemunhas atestaram, inclusive, que só depois vieram a saber que se tratava de policial militar. Não há outras agravantes a considerar.

Não ocorrente causas especiais de diminuição da pena.

Incide, na hipótese, duas causas especiais de aumento de pena (concurso de agente e emprego de arma de fogo – art. 157, § 2º, I e II), o que revela maior temibilidade e potencialidade criminógena, não podendo equiparar-se a um assalto com uma causa de aumento - que autoriza um aumento de 1/3 da pena. Nesta direção:

EMENTA: Criminal. HC. Roubo qualificado. Dosimetria (...). Majoração resultante da incidência de duas qualificadoras. Agravamento justificado pela maior reprovabilidade da conduta. (...). A presença de duas qualificadoras justifica a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente. Precedentes. (...). (STJ – HC 32412/SP – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 01.04.2004).

No entanto, entendo que as circunstâncias do caso não autorizam nem a majoração no mínimo previsto legalmente e nem no máximo (1/2), motivo pelo qual aumento a reprimenda em 3/8, ou seja, em 22 (vinte e dois) meses e 15 (quinze) dias, **fixando-a definitivamente em 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.**

Há, ainda, na espécie, a cumulação da pena privativa de liberdade com a de multa. Atendendo, pois, às circunstâncias judiciais, **fixo a quantidade da pena pecuniária em**

**50 (cinquenta) dias-multa** e, atenta, ainda, às condições econômicas do réu (art. 60, CP), **fixo o seu valor unitário em 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos (art. 49, § 1º, CP).**

A lei determina que o condenado a pena privativa de liberdade superior a quatro anos mas não excedente a oito anos **poderá** cumpri-la, desde o princípio, em regime semi-aberto. No entanto, não há direito subjetivo do condenado a esse regime, devendo ser levadas em consideração as circunstâncias judiciais (art. 33, § 3º, CP).

No caso *sub judice*, apesar de o réu ser primário e possuidor de bons antecedentes, as circunstâncias judiciais não lhe são de todo favoráveis, devendo se destacar a amplitude e os aspectos circunstanciais do delito já examinadas alhures.

Desta análise, **depreendo que o regime que mais se coaduna à hipótese em concreto é o inicialmente fechado, o que ora determino, devendo a pena ser cumprida na Penitenciária Prof. Barreto Campelo.**

**Deverá ser computada na pena privativa de liberdade o período em que o réu esteve preso provisoriamente (detracção – CP, artigo 42).**

De outra parte, entendo que não seria lógico pôr em liberdade quem esteve preso durante toda a instrução criminal, quando recebe pronunciamento judicial condenatório. Tal não malferir, no meu entender, o princípio da presunção de inocência, sendo conseqüência lógica da sentença criminal condenatória.

Nesta direção:

Se o acusado responde preso ao processo, mediante ordem escrita de autoridade competente, não se há de falar em princípio de inocência para que o mesmo



possa apelar em liberdade, porquanto a Constituição, ao instituir a referida licença protecional, não aboliu as chamadas prisões processuais, que continuam autorizadas pela própria Carta. (RJDTACrim 22/430 e LEX – Jurisprudência do STJ E TRF's, nº 121/324).

O art. 594 do CPP admite o recurso em liberdade em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, mas se ao tempo da condenação o mesmo estiver preso, em decorrência de flagrante ou preventiva, tal dispositivo não é aplicável. (RJDTACrim 25/414 e LEX citada).

Ante os motivos acima expostos, **não concedo ao réu o benefício de apelar em liberdade, recomendando-o na prisão (art. 393, I, CPP).**

Custas processuais pelo réu.

Deixo de determinar a perda da arma de fogo descrita e caracterizada nos autos, por ter sido apreendida quando da prisão em flagrante do réu em outro processo (Proc. nº 231.2004.3817-0), ao qual, conforme já informado, aquele responde perante esta vara.

Após o trânsito em julgado da presente decisão:

a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados, preenchendo-se, ainda, o boletim individual, remetendo-o ao órgão competente.

b) remetam-se os autos ao Contador para o cálculo da multa, intimando-se o réu para o pagamento em 10 (dez) dias (art. 50 do C.P.), podendo ser fracionada. Transcorrido o referido prazo *in albis*, officie-se à Fazenda Pública, comunicando o débito para inscrição na dívida ativa,

nos termos da redação dada ao art. 51 do C.P. pela Lei nº 9.968/96.

c) suspendam-se os direitos políticos do réu (art. 15, III, CF/88), enquanto durarem os efeitos desta decisão, oficiando-se ao Tribunal Regional Eleitoral, para o cancelamento da inscrição.

d) officie-se à Procuradoria Geral de Justiça acerca da presente decisão, para os devidos fins (réu policial militar).

e) expeça-se Carta de Guia em triplicada, remetendo uma cópia para o estabelecimento penal onde os réus estiverem presos, uma para o Juízo da 1ª Vara de Execuções Penais e uma para o Conselho Penitenciário do Estado.

Além das acima determinadas, tome, a Secretaria, as providências de praxe.

P.R.I. e Cumpra-se.

Paulista, 31 de março de 2005



## SENTENÇA CRIMINAL. Ação Penal

Processo n.º 4.271/2000

Natureza: Ação Penal

Promovente: Ministério Público do Estado de Pernambuco

Promovidos: Luiz Carlos Soares da Silva, Antônio Carlos  
Murer, José Carlos de Oliveira e Sílvio Ângelo  
Miguel

*Uraquitan José dos Santos*  
Juiz de Direito

Vistos etc.

O Representante do Ministério Público com exercício nesta Comarca ingressou neste Juízo com Ação Penal em face de **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA, ANTÔNIO CARLOS MURER e JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**, qualificados nos autos, acusando-os de haverem cometido os crimes tipificados no art. 157, § 3º, *in fine*, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal, bem assim, ainda, aquele previsto no art. 16 da Lei nº 6.368, de 21.10.76, e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.437/97, tudo em concurso material como previsto no art. 69 da Lei Substantiva Penal.



A acusação consiste em que, no dia primeiro de fevereiro de dois mil, os acusados acima nominados, em companhia de um outro indivíduo que se dizia adolescente, contrataram com um taxista uma viagem de Ipojuca com destino ao Distrito de Ibiratinga, neste município e, em meio ao caminho, mais precisamente entre Ibiratinga e a localidade conhecida por Muriçoca, nesta Comarca, munidos de armas de fogo, os acusados anunciaram que se tratava de um assalto e, assim, subtraíram pertences da vítima, dentre os quais o automóvel do tipo Gol, placas KIZ-6386, táxi com o qual a vítima trabalhava, e, com frieza e covardia, assassinaram o mencionado taxista.

No município de Barreiros os acusados, dirigindo o veículo roubado, quando, em um bloqueio efetuado pela Polícia Militar, foram presos e autuados em flagrante delito, ocasião em que, em poder dos meliantes foi apreendida pequena quantidade de erva que, de acordo com o Laudo de fls. 209 dos autos, trata-se da erva *Cannabis Sativa Linneu*, vulgarmente conhecida por MACONHA.

A denúncia veio acompanhada do rol de testemunhas e do inquérito policial.

Os acusados foram regularmente citados e interrogados, conferindo-se-lhes oportunidade para defesa preliminar.

Tramitando o processo, com a cópia da Certidão de Nascimento de fls. 141, veio a notícia de que o indivíduo que se dizia adolescente, em verdade já era maior de dezoito anos, o que se comprovou com o Laudo de Exame de Idade de fls. 186, razão pela qual a denúncia foi aditada para dela também fazer constar **SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL** que, como os demais acusados, foi escorreitamente citado e interrogado, havendo na ocasião própria apresentado defesa prévia.

No sumário de culpa foram ouvidas as testemunhas relacionadas na denúncia, fls. 261/265 e fls. 270/277, bem

assim duas das três arroladas pela defesa, fls. 306 e 307. Sobre a terceira testemunha, que não foi encontrada, não houve insistência.

Na fase prevista no art. 499 do Código de Processo Penal, nada foi requerido pelas partes.

Em muito bem elaboradas alegações finais, a *i.* Promotoria, dizendo demonstrada a materialidade do delito e que os acusados, sem dúvida, associaram-se na empreitada criminosa, pugnou pela condenação dos denunciados nos termos da inicial acusatória e seu aditamento, pedindo, ainda, que a imputação de uso de entorpecente recaia exclusivamente sobre o denunciado **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**, porque assim restou provado.

**LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA**, por intermédio de profissional bastante, em derradeiras alegações de fls. 322, dizendo-se confesso, pede a atenuação da pena a ser aplicada.

Por sua defesa o acusado **ANTÔNIO CARLOS MURER**, nas alegações finais de fls. 323, alega não haver participado do ato criminoso, rogando seja excluído do processo.

**SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL**, através do *d.* causídico designado a defendê-lo, em suas alegações derradeiras, fls. 327, argumentando carência de prova, pugna pela desclassificação do delito para o crime de homicídio doloso, a fim de que seja submetido a julgamento perante o E. Tribunal do Júri desta Comarca.

Ao seu turno, a defesa de **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**, dizendo improvados os fatos narrados na denúncia, pretende sua absolvição, fls. 329.

Vieram-me os autos conclusos.

Eis o relatório.

DECIDO.

Sobre a materialidade dos delitos tratados nestes au-



tos, insere-se a fls. 22 o Auto de Apresentação e Apreensão das armas de fogo encontradas em poder dos acusados; a fls. 26 o Laudo do Exame Cadavérico.

Encarta-se a fls. 186 o laudo referente ao Exame de Idade efetuado na pessoa do denunciado **SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL**, dizendo tratar-se de pessoa maior de idade.

A fls. 209 dos autos, o laudo da análise elaborada no material vegetal apreendido em poder dos denunciados, dando conta tratar-se de *Cannabis Sativa Linneu*, conhecida por **MACONHA**.

**Na fase judicial**, **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA** admitiu por verdadeiras as acusações a ele imputadas, confessando que, com os demais denunciados, tomou um táxi no Município de Ipojuca com destino a Ibiratinga, e, em ali chegando, o **SÍLVIO ÂNGELO** sacou de um revólver calibre 38, anunciou ao taxista que se tratava de um assalto e, de logo, desferiu um tiro no rosto do mencionado profissional. Em seguida, ele próprio – **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA** – também sacou de sua arma, uma pistola calibre 380, e desferiu um tiro no rosto do já referido taxista, afirmando que o acusado **ANTÔNIO CARLOS MURER** também estava armado. Ao chegarem em Barreiros foram interceptados por policiais que, além das armas, encontraram também uma quantidade de maconha bastante para fazer mais ou menos “cinco dólar”, e que pertencia a **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA** (fls. 122/123).

**ANTÔNIO CARLOS MURER**, ouvido em Juízo como consignado às fls. 124/125, apenas em parte admitiu as acusações formuladas com a denúncia, relatando que, sendo morador do Estado de São Paulo, da mesma rua que **LUIZ CARLOS**, foi por este convidado a passar cerca de dez dias neste município, em casa de uma sua tia, onde, por tratar-se de um sítio, poderiam caçar, razão pela qual o interrogando resolveu trazer consigo um revólver calibre 22,

da marca Rossi. Disse que, já no táxi, pediu que o veículo fosse parado, a fim de urinar, o que fez a cerca de cinquenta metros do automóvel, quando ouviu dois disparos oriundos do local onde o táxi estava e, quando para ali retornou, já encontrou o taxista morto.

Acrescentou que, quando da revista ao mencionado táxi, os policiais encontraram, no porta-malas, o revólver da marca Rossi, calibre 22, pertencente a ele **ANTÔNIO CARLOS MURER**, o revólver calibre 38, pertencente Júnior (**SÍLVIO ÂNGELO**) e uma pistola pertencente a **LUIZ CARLOS**, além de cerca de dez gramas de maconha, pertencentes a **JOSÉ CARLOS**.

O acusado **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**, ouvido em Juízo como registrado às fls. 189/190 dos autos, confessou as acusações com riqueza de detalhes, dizendo que, em dado momento ouviu o disparo, e quando ele olhou para trás o taxista já estava no chão, enquanto que o **LUIZ CARLOS** empunhando um revólver efetuou um outro disparo no mencionado taxista. Também disse que os policiais quando interceptaram o táxi encontraram o revólver com o qual o taxista foi assassinado, uma pistola que pertencia a **LUIZ CARLOS**, e uma quantidade de maconha pertencente a ele **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**.

**SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL**, interrogado como se vê às fls. 191/192, por igual, confessou como verdadeiras as acusações a ele imputadas, dizendo que, juntamente com **JOSÉ CARLOS** e **ANTÔNIO CARLOS**, a quem chama de “**GORDINHO**”, veio de São Paulo a esta cidade visitar parentes de **LUIZ CARLOS**, e relata:

“(...)pegaram um táxi e em determinada altura do caminho para este Município o Luiz Carlos mandou que o motorista do táxi parasse, e, em seguida mandou que ele interro-



*gado pegasse a bolsa e 'apagasse' o taxista; que empunhando um revólver trinta e oito que ele interrogado chama de 'oitão' ele interrogado apontou para o taxista, no entanto antes de mirar, o revólver disparou atingindo de raspão no olho o taxista; que naquele momento o Luiz Carlos tomou a arma dele interrogado e efetuou um outro disparo na cabeça do taxista (...) que com os disparos, todos entraram no carro e sendo este dirigido pelo "GORDINHO", sem que ninguém mandasse, saíram do local (...) que a arma com a qual os disparos foram efetuados pertencia a ele interrogado (...) adquirida para si, por Luiz Carlos (...) que o Luiz Carlos tinha uma arma que no Estado de São Paulo é conhecida por "quadrada", e que o "GORDINHO" tinha um revólver calibre vinte e dois;"*

Ante tais relatos, resta detalhadamente claro como se deu a morte do taxista, vítima da sanha assassina dos acusados.

As testemunhas ouvidas dão conta de que, efetivamente, os acusados são os responsáveis pela morte do taxista, confira-se:

WILSON VIEIRA DA SILVA, fls. 261/263, também taxista, relata que por volta das 13h30min do dia do crime presenciou quando os quatro acusados contrataram a corrida pretendida e saíram com a vítima e, como esta estivesse demorando a retornar, via celular, tentou contato com seu colega, porém, em vão, pelo que passou a se preocupar, empreendeu diligências e por volta das 18h00min tomou conhecimento que o corpo da vítima havia sido encontrado em terras deste município, e que na Delegacia de Barreiros

foi apresentado aos quatro acusados que identificou como sendo os mesmos que contrataram a corrida de táxi com a vítima, os denunciados.

A testemunha WALDIR JOSÉ LIMA WANDERLEY, fls. 270/271, declarou que no porta-malas do táxi foi encontrado um revólver calibre 38, uma pistola 380 e um revólver 32, além de muita munição e um pacote que ele acredita ser maconha, acrescentando, ainda, recordar-se que, quando da apreensão, o acusado MURER assumiu a propriedade do revólver calibre 32.

Consoante atermado às fls. 272/273, a testemunha HUMBERTO JOSÉ DOS SANTOS, no dia do fato, participando de uma blitz, ao abordar o veículo, o táxi da vítima, no porta-malas encontrou um revólver calibre 38, um revólver calibre 32, uma pistola e um pacote contendo vegetal que acreditou tratar-se de maconha, aduzindo que, momentos depois, por intermédio de um telefonema, tomou conhecimento que o mencionado veículo GOL pertencia a um taxista de Ipojuca, o qual havia sido vítima de assalto seguido de morte, praticado pelos acusados, testemunho ratificado por JOSÉ ROBERTO DA SILVA BARBOSA, a fls. 274.

As testemunhas que, arroladas pela defesa, foram ouvidas por precatória, fls. 306/307, nada disseram sobre os fatos apurados nos autos.

A prova produzida é por demais eloqüente e por si só dá conta de que o acusado ANTÔNIO CARLOS MURER teve efetiva participação nos fatos, não podendo ser excluído da *actio*, como pretendido pelo seu esforçado Defensor.

Este é o entendimento da torrencial jurisprudência, refletido nas decisões ora transcritas:

TJSP: *"Responde pelo crime de latrocínio em co-autoria o agente que, embora não tendo*



*efetuado o disparo contra a vítima, contribuiu para a realização do delito (vínculo subjetivo), assumindo, assim, o risco do resultado "morte" (RT 667/272).*

TARS: "O co-partícipe que não atirou, mas esteve armado, responde pelo fato, pois está dentro da corrente causal do crime-fim" (JTAERGS 71/54).

Por mais que insignificante houvesse sido a participação direta do acusado **ANTÔNIO CARLOS MURER**, resta sobejamente comprovado que o mesmo encontrava-se armado, não se podendo, portanto, falar-se de sua exclusão do processo, ou mesmo em participação de menor importância, porque quem aguarda o desfecho de um assalto a mão armada, anuindo com o comportamento dos demais acusados, obviamente assume o risco que tal empreitada termine em morte, como terminou.

Comprovado, pois, que os acusados agiram como previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, todos devem responder pela morte do taxista.

Bom.

Quanto à acusação pelo crime tipificado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, a toda evidência, os acusados associaram-se com o fim próprio de cometer crimes, tanto que, inclusive, quando da viagem do Estado de São Paulo para este Estado já estavam amados, o que, por sinal, em momento algum foi refutado.

A responsabilidade do acusado **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA** pela erva **MACONHA** apreendida encontra-se tranqüilamente demonstrada, quer por sua confissão judicial, quer pelas demais provas constantes dos autos, pelo que sua conduta subsume-se ao disposto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Considerando a análise efetuada, os pedidos de absolvição não podem ser atendidos, porque as provas com relação aos crimes até então analisados são por demais evidentes no sentido de ser procedente a ação penal.

De banda outra, no que tange ao crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.437, de 20.02.97, a denúncia não pode ser acolhida, eis que, em casos tais, o crime consistente no porte ilegal de arma é absorvido pela circunstância qualificadora de o roubo haver sido praticado mediante uso de arma, confira-se:

TACRSP: "Para a prática de crime de roubo qualificado mediante uso de arma, o agente, necessariamente, deve portá-la. Razão pela qual, a contravenção prevista no art. 19 da Lei Especial fica por ela absorvida" (RT 735/626).

Diferentemente, porém, ocorre com a possibilidade de cumular a qualificadora consistente no emprego de arma com o crime de quadrilha armada, essa inclusive é a tônica da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veja-se o julgado ora transcrito:

"São suscetíveis de acumulação a qualificadora do roubo relativo a emprego de armas com a figura qualificada da quadrilha armada. Precedentes do STF" (RE 107.773 (STF - HC 68.745-8 - Rel. Moreira Alves, DJU de 29.11.91, p. 17.327).

Pois bem.

Por tudo exposto, julgo **PROCEDENTE**, em parte, a denúncia, para o fim de **CONDENAR** os acusados **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA**, **ANTÔNIO CARLOS MURER**, **SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL** e **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**, assaz qualificados, pela prática dos crimes



tipificados no art. 157, § 3º, *in fine*, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, condenando, ainda, o último nominado acusado pelo cometimento do crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, passando a dosar-lhes as respectivas penas, o que faço a partir da análise dos elementos contidos no art. 59 do Código Penal.

Tenho por muito bem comprovada a culpabilidade dos acusados, posto como merecedora de indubitável reprovação a conduta dos mesmos; os motivos para a prática dos delitos cometidos, assim como as circunstâncias, em nada lhes favorecem.

As conseqüências dos crimes, sobretudo no que se refere ao latrocínio, por se constituir no arrebatamento de uma vida, são verdadeiramente nefandas. A vítima fatal em nada contribuiu para a hedionda perpetração criminosa.

Assim, ao acusado **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA** que, embora primário, não tem boa conduta social, o que se infere a partir de uma pesquisa em seus antecedentes (fls. 161, 172 e 173), e considerando ter personalidade que se mostra atraída para a prática criminosa, pelo crime previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, aplico-lhe a pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, estes fixados em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato.

Considerando a confissão do acusado, reduzo a pena privativa de liberdade a ele aplicada em 01 (um) ano; e a de multa em 30 (trinta) dias-multa.

Pelo cometimento do crime capitulado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, considerando o disposto no art. 8º, da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, aplico ao acusado acima nominado a pena de 04 (quatro) anos de reclusão e, considerada a sua confissão, reduzo em 03 (três) meses o tempo da sanção.

Fica, portanto, ao acusado **LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA** imposta a sanção de 24 (vinte e quatro) anos e 09 (meses) de reclusão, e o pagamento de 210 (duzentos e dez) dias-multa, cada um destes fixado em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época dos fatos, pena que torno definitiva.

O acusado **ANTÔNIO CARLOS MURER**, conquanto primário, não pode ter adjetivada por boa sua conduta social, podendo-se dizer detentor de uma personalidade voltada para o crime, pelo que, em relação ao fato previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, aplico-lhe a pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, estes fixados em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato, pena que, ante a inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou de causas de aumento ou de diminuição de pena, fica assim fixada.

Pela prática do crime capitulado no art. 288, parágrafo único do Código Penal, considerando o disposto no art. 8º, da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, aplico ao acusado supramencionado a pena de 04 (quatro) anos de reclusão, sanção que se firma dada a ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Destarte, fica ao acusado **ANTÔNIO CARLOS MURER** imposta a sanção de 26 (vinte e seis) anos de reclusão, e o pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, cada um destes fixado em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época dos fatos, pena que torno definitiva.

O denunciado **SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL** é menor de vinte e um anos de idade, portanto, com personalidade em formação, primário e não ostenta antecedentes criminais, devendo sua pena ser fixada no mínimo legal.



Assim, pelo crime previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, aplico-lhe a pena de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estes fixados em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato.

Pela prática do crime capitulado no art. 288, parágrafo único do Código Penal, considerando o disposto no art. 8º, da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, aplico ao supramencionado acusado a pena de 03 (três) anos de reclusão.

Portanto, ao acusado **SÍLVIO ÂNGELO MIGUEL** fica imposta a sanção de 23 (vinte e três) anos de reclusão, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um destes fixado em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época dos fatos, pena que, a despeito de o acusado haver confessado a prática delituosa e ser menor de idade, torno definitiva, posto que já fixada no mínimo.

O acusado **JOSÉ CARLOS DE OLIVERIA**, inobstante a sua imaculada Folha de Antecedentes Criminais, quando do fato era dotado de uma personalidade ainda em formação, visto como menor de vinte e um anos, no entanto, a análise de sua vida pregressa, ante o histórico da prática de furtos, envolvimento com entorpecentes e entradas na FEBEM, fls. 189/190, não recomenda sua conduta na sociedade, desta forma, pelo crime previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, aplico-lhe a pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, estes fixados em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato.

Pelo cometimento do crime capitulado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, considerando o disposto no art. 8º, da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, aplico ao supramencionado acusado a pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em razão da infração prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76, aplico ao acusado 01 (um) ano de detenção e a imposição do pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, os quais fixo em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato.

Considerando, todavia, ser o acusado menor de vinte e um anos à data do fato, para satisfação da norma contida no art. 65 do Código Penal, pelo cometimento do crime residente no art. 157, § 3º, *in fine*, da Lei Substantiva Penal, reduzo a pena de reclusão aplicada em 01 ano, e a de multa 10 (dez) dias-multa.

A pena imposta pela prática criminosa prevista no art. 288 do CP fica reduzida em 04 (quatro) meses.

Quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, a pena de privação de liberdade aplicada fica reduzida em 02 (dois) meses, e a de multa em 05 (cinco) dias-multa.

Enfim, resta ao denunciado **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA** a imposição de pena consistente em 24 (vinte e quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão; 10 (dez) meses de detenção e o pagamento de 100 (cem) dias-multa, cada um destes fixado em 1/30 (um trigésimo) do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época dos fatos, pena ora tornada definitiva.

As multas impostas aos acusados deverão ser pagas no prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado desta sentença, podendo ser fracionada em caso de comprovada escassez de recursos financeiros (art. 50 do Código Penal).

Pela gravidade dos delitos e as conseqüentes repercussões, na forma do art. 33 do Código Penal, os acusados cumprirão a pena de reclusão integralmente em regime fechado, o que se faz, inclusive, por força do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Considerando que os denunciados encontram-se presos, e dada a extrema gravidade dos delitos, um dos quais,



.....

inclusive, teve como conseqüência o resultado morte, com arrimo do art. 2º, § 2º, da lei 8.072/90, nego aos acusados o direito de apelar em liberdade, devendo ser os mesmos recomendados na prisão em que se encontram.

Ainda.

Em nome da União, decreto a perda das armas apreendidas, instrumentos utilizados na prática delituosa.

Por fim, condeno os acusados, *por rata*, nas custas processuais.

P.R.I.

Transitada em julgado esta decisão, lancem-se os nomes dos acusados no Rol dos Culpados, expedindo-se as respectivas Cartas de Guia.

Sirinhaém, 02 de abril de 2003

**ESMAPE - BIBLIOTECA**

340.05

P-01

CONSULTA





*Bumba-meu-boi*

*Arnaldo Lopes*



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO  
Fone: (81) 3224-0086/ 3224-1285/ 3224-0837  
Site:<http://www.esmape.com.br>

 **BANCO DO BRASIL**