



UNIVERSIDADE
DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE
DE
DIREITO

NÚMERO

ISSN 0104 - 0367

1

VOLUME **1**

1993

PUBLICAÇÃO ANUAL
RIO DE JANEIRO

revista

DA FACULDADE DE
DIREITO

UERJ

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA

DA


FACULDADE DE DIREITO



ISSN 0104 - 0367

Rev. da Fac. de Direito	Rio de Janeiro	V.1	N.1	P.1-425	1993
----------------------------	-------------------	-----	-----	---------	------

Os artigos publicados nesta Revista são de inteira responsabilidade dos seus autores, cujos direitos autorais foram outorgados pelos mesmos à UERJ.

DIRETORA DA REVISTA
Wanda Vianna Direito

SUPERVISÃO EDITORIAL E REVISÃO
Elias Santana Gomes - SR-2
Wanda Vianna Direito

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Celso Alves Pereira
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloisa Helena Barbosa
João Marcello de Araújo Júnior
José Carlos Barbosa Moreira
Paulo Cesar Pinheiro Carneiro
Ricardo Cesar Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres
Wanda Vianna Direito

FACULDADE DE DIREITO DA UERJ
Rua São Francisco Xavier, 524 - 7º andar
20.559.900 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Fax: (021) 284-0447

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO . V. 1-
N.1- 1993- Rio de Janeiro: UERJ,
1993
V. Anual

1. Direito - Periódicos. 2. Rio de Janeiro - Direito

- Periódicos. I. Rio de Janeiro Universidade do Estado do Rio
de Janeiro. Faculdade de Direito.
CDU 34 (05)

CEPUERJ
CENTRO DE PRODUÇÃO
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REITOR
Hésio Cordeiro

VICE REITOR
José Alexandre Assed

SUB-REITORA DE GRADUAÇÃO
Sandra Maria Correa de Sá Carneiro

SUB-REITOR DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
Roberto José Ávila Cavalcanti Bezerra

SUB-REITOR PARA ASSUNTOS COMUNITÁRIOS
Ricardo Vieiralves de Castro

FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Antonio Celso Alves Pereira

VICE - DIRETOR
Gustavo José Mendes Tepedino

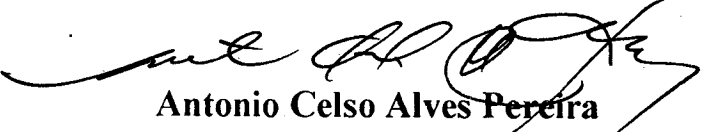
APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que entregamos à comunidade científica brasileira este primeiro número da "*REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*", reunindo artigos, resenhas e discursos de autoria do corpo docente da Casa.

Com esta publicação, a Faculdade de Direito dá continuidade ao trabalho de divulgação da produção científica dos seus professores, atividade iniciada na profícua administração do nosso ex-Diretor, Professor Doutor Ricardo César Pereira Lira, com as coletâneas "*TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO BRASILEIRO DOS ANOS 80*" e "*TEMAS ATUAIS DO DIREITO BRASILEIRO*".

Queremos deixar claro que a edição da "REVISTA" se tornou possível graças ao inestimável apoio recebido do Magnífico Reitor, Professor Doutor Hésio Cordeiro, e ao suporte do CEPUERJ, na pessoa do seu Diretor Geral, Doutor Guilherme Simon.

Rio de Janeiro, junho de 1993.



Antonio Celso Alves Pereira
Diretor da Faculdade de Direito da UERJ

SUMÁRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL <i>Afranio Silva Jardim</i>	01
EXECUÇÃO. MODALIDADES. EMBARGOS DO EXECUTADO <i>Alexander dos Santos Macedo</i>	15
DIREITO INTERNACIONAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO <i>Antonio Celso Alves Pereira</i>	32
CAMINHADA PELO DIREITO PENAL <i>Antonio Evaristo de Moraes Filho</i>	64
A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS <i>Arión Sayão Romita</i>	77
O ANTEPROJETO LEGISLATIVO DA LEI DE CONCORDATAS E FALÊNCIAS <i>Dora Martins de Carvalho</i>	85
O PODER LEGISLATIVO E O "IMPEACHMENT" <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	96

A TUTELA DA PROPRIEDADE PRIVADA NA ORDEM CONSTITUCIONAL <i>Gustavo Tepedino</i>	107
FAMÍLIA - CASAMENTO - UNIÃO ESTÁVEL CONCEITOS E EFEITOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Heloisa Helena Barbosa</i>	123
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA CONSTATAÇÕES E PROSPECTIVA <i>João Marcelo de Araujo Junior</i>	138
O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO DE NOSSO TEMPO <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	154
MEIO AMBIENTE, TRIBUTAÇÃO E VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS <i>José Marcos Domingues de Oliveira</i>	175
IMUNIDADE RECÍPROCA - DA ADEQUADA EXEGESE <i>Luis César Souza de Queiroz</i>	189
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS OU DE COMO O PAPEL ACEITA TUDO <i>Luis Roberto Barroso</i>	206
A NOMEAÇÃO À AUTORIA <i>Luiz Fux</i>	243
EMENDA E REVISÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Paulo Braga Galvão</i>	252

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PREVISTO NA LEI QUE DISCIPLINA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85 - ARTIGO 5º § 6º) <i>Paulo Cesar Pinheiro Carneiro</i>	263
LEI E DIREITO NA CONCEPÇÃO DE FARIAS BRITO <i>Paulo Condorcet</i>	273
AINDA SOBRE O LIBERALISMO FINANCEIRO NA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ <i>Amilcar de Araujo Falcão - Ricardo Lobo Torres</i>	283
CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRESENTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. A TEORIA DA APARÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Ricardo Pereira Lira</i>	301
DA IMPOSSIBILIDADE E DA INCONVENIÊNCIA DA PENA DE MORTE NO BRASIL <i>Sergio do Rego Macedo</i>	320
DIREITO SOCIAL <i>Sergio Verami</i>	344
COMENTÁRIO AO ANTEPROJETO DA LEI QUE ALTERA A LEGISLAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS <i>Theóphilo de Azeredo Santos</i>	350
DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL <i>Yvan Senra Pessanna</i>	359
A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS <i>Wanda Vianna Direito</i>	369

CORRELAÇÃO ENTRE IMPUTAÇÃO E SENTENÇA ARTS. 383/385 - DO CPP <i>Weber Martins Batista</i>	389
---	-----

DISCURSOS/RESENHAS

DISCURSO DE POSSE NA DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ (1992/1996) <i>Antonio Celso Alves Pereira</i>	400
---	-----

MIGUEL REALE, POR SI MESMO ETAPAS DO "TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO" <i>Aquiles Côrtes Guimarães</i>	407
--	-----

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - MANUAL DO MANDADO DE SEGURANÇA - EDITORA RENOVAR - 1991 - 141 PÁGINAS <i>Caio Tacito</i>	421
--	-----

TANIA DA SILVA PEREIRA- COORDENADORA - O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI 8.069/90 ESTUDOS SÓCIO - JURÍDICOS <i>Rosângela Martins Alcântara Zagaglia</i>	423
---	-----

TEXTOS

AFRANIO SILVA JARDIM

Prof. Adj. de Direito Processual da UERJ e da Fac. Candido Mendes
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1 - Introdução

Temos asseverado, em outras oportunidades, que o verdadeiro Estado de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos. Este controle deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais. Por outro lado, cabe salientar que a forma de se efetivar a necessária fiscalização não importa, necessariamente, na violação da autonomia ou independência de determinado órgão do Poder Público. Impõe-se, modernamente, afastar concepções meramente corporativistas, de forte conotação conservadora e que não atendem aos interesses da sociedade como um todo.

Note-se, outrossim, que a experiência tem demonstrado que o controle interno, embora útil e até mesmo necessário, não é suficiente. É preciso criar mecanismos de fiscalização externa, vale dizer, fiscalização a ser efetivada por órgãos não pertencentes à instituição controlada.

A toda evidência, as diversas formas de controle da atividade dos órgãos estatais não têm por escopo paralisá-los, inviabilizar ou dificultar o seu desempenho. Ao contrário, buscam-se maior eficácia e operosidade dentro do princípio de legalidade. Cremos que prevenir ou reprimir abusos não pode ser algo indesejável num Estado que se deseja democrático. Perversa a afirmação que colhemos alhures no sentido de que determinada atividade pública se torna inviável dentro dos estritos parâmetros legais (sic).

Desta forma, louvável a iniciativa do legislador constituinte de inserir na Carta Magna a regra do artigo 129, inc.VII, que dispõe ser função institucional do Ministério Público "exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior". No artigo 128, parágrafo 5º, da Constituição Federal encontramos previsão expressa de organização do Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, através de princípios gerais a serem traçados por lei complementar federal ou estadual, respectivamente.

Assim, todo o estudo que abaixo vamos desenvolver terá por base uma interpretação sistemática de tais regras constitucionais, tendo sempre em vista as demais normas constantes da Constituição que traçam a estrutura acusatória do nosso sistema processual. Vale dizer, é indispensável bem compreender o papel do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia no processo penal brasileiro.

2 - O conteúdo do controle: atividade de polícia judiciária e de polícia em geral.

Tendo em vista a expressão genérica inserida no texto constitucional já aludido, julgamos caber aqui uma interpretação restritiva. Como se sabe, a polícia civil dos Estados e a polícia federal desempenham dupla função: atividade de polícia administrativa e atividade de polícia judiciária. A primeira tem caráter preventivo e deve ser compatibilizada com a atribuição das polícias militares, a quem compete o policiamento ostensivo, preventivo e fardado. A segunda atividade supra mencionada tem aspecto mais repressivo, pressupondo a prática de uma conduta penalmente típica, cuja investigação se fará através do inquérito policial. Esta atividade de polícia judiciária também pode ser desempenhada pela polícia militar e pela polícia das Forças Armadas, merecendo controle do respectivo Ministério Público. O controle da atividade de polícia administrativa não depende sequer de lei federal. Por se tratar de organização dos ser-

viços públicos estaduais, cabe ao legislador estadual dispor a respeito. A questão aqui é delicada, pois o Ministério Público não pode ser transformado em corregedor da polícia, criando-se vinculações administrativas e hierárquicas, com os poderes disciplinares e avocatórios que a elas são inerentes. Ademais, tal controle da atividade administrativa da polícia é de difícil efetivação, pela forma difusa com que este serviço público é desempenhado, carecendo o Ministério Público de estrutura mínima para levar a cabo tal árdua tarefa. De qualquer sorte, somos que o constituinte quis se referir ao controle da atividade de polícia judiciária. Este sim, pelo papel processual outorgado ao Ministério Público, tem status de função institucional e relevância constitucional.

Desta maneira, a nossa preocupação, neste passo, é com o controle que o Ministério Público deve fazer da atividade de polícia judiciária no inquérito policial. Pela sistemática do vigente Cod. Proc. Penal, o Ministério Público, com certa timidez e sem exclusividade, já exerce este controle. Com o novo texto constitucional e com a legislação futura, tal fiscalização há de ser mais concreta, efetiva e exclusiva, consoante se verá abaixo.

Ressalte-se que o controle da atividade de polícia judiciária ora tratado não pressupõe qualquer vinculação hierárquica entre a autoridade policial e os Promotores de Justiça ou Procuradores da República. A vinculação aqui é meramente funcional ou processual. Neste sentido, a sempre autorizada lição do mestre de todos nós, prof. José Frederico Marques, in verbis:

" A polícia Judiciária não está subordinada, hierarquicamente e administrativamente, às autoridades judiciárias e às do Ministério Público. Há, no entanto, relações funcionais no âmbito da Justiça Penal, em que a própria autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal". (Tratado de Direito Proc. Penal, São Paulo, Saraiva,

1980, vol. 1º, p.201/202).

Ora, se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal pública, (art.129, inc. I, da C.F), e se a atividade de polícia judiciária, concretizada no inquérito policial, é que irá aparelhar o Parquet para oferecer sua denúncia, é até mesmo intuitivo que o Promotor de Justiça deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, instaurar a persecutio criminis in iudicio. Não estivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte tratar-se-ia dos chamados "poderes implícitos".

Delimitado assim o controle do Ministério Público, passemos agora à sua análise.

3-A norma constitucional e sua eficácia depuradora do sistema processual acusatória.

Não resta dúvida de que o preceito constitucional supra transcrito defere à lei complementar a regulamentação do controle pelo Ministério Público da atividade policial. Aos menos avisados poderia parecer tratar-se de uma norma cuja total eficácia ficasse dependendo do legislador infraconstitucional. Entretanto, não é bem assim. Consoante magistério do Professor José Afonso da Silva, "todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia". No dizer do mestre citado, mesmo as regras constitucionais, que devem ser regulamentadas pelo legislador ordinário, possuem eficácia **ab-rogativa** da legislação precedente com ela incompatível, criando situações subjetivas simples e de interesses legítimos. Estas normas constitucionais, por outro lado, impedem que legislação futura disponha de forma diversa, sendo dotada, por conseguinte, de uma eficácia "paralisante". (Aplicabilidade das normas constitucionais. S.Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p.253).

Em sendo assim, parece-nos oportuno examinar se alguma regra do vigente Código de Processo Penal encontra-se em testilha com a nova sistemática decorrente do artigo 129, inc.VII, da Constituição

da República.

Creemos não mais caber ao Poder Judiciário a fiscalização que exercia, através do inquérito policial, da atividade de polícia judiciária. A Constituição de 1988, em mais de uma passagem, procurou preservar o Poder Judiciário das atividades persecutórias do Estado, em prol de sua imparcialidade e neutralidade. Veja-se, por exemplo, o disposto no parágrafo primeiro do aludido artigo 129, dando ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, revogando os artigos 26 e 531 do Cod. Proc. Penal e a lei nº 4.611/65. Ao juiz não mais é dado instaurar, de ofício, o processo penal.

Em estudo anterior, interpretando a norma do art.5º, inc.LIV, da Constituição Federal, que consagra o princípio do "devido processo legal", deixamos dito:

"... entendemos vedada aos órgãos do Poder Judiciário qualquer atividade persecutória na fase inquisitorial, pré-processual. Não é mais o juiz um dos destinatários da notitia criminis, em qualquer de suas modalidades. Não pode mais o magistrado requisitar a instauração do inquérito policial, desempenhando a função anômala dentro do sistema acusatório, que se apresenta como pressuposto do "devido processo legal". Tais poderes são incompatíveis com a nobre função de julgar com neutralidade e imparcialidade. Agora o juiz somente deve desempenhar função jurisdicional, dependendo sempre de provocação da parte, através do exercício do direito de ação, seja de conhecimento, seja cautelar... Tal perspectiva vem tornar mais clara a regra do art.129, inc. VII, da Constituição, que declara ser função institucional do Ministério Público o controle externo da atividade policial. Certíssimo, por tudo que se expôs, o excelente parecer do professor e magistrado Dr.Nagib Slaibi Filho, aprovado pelo então Corregedor da Justiça e publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, parte III, p.q, de 24.10.88". (Afranio Silva Jardim, Direito Processual Penal, Rio, Forense, 1991, 4ª edição, p.467).

Em verdade, o inquérito destina-se à coleta de provas para viabilizar o exercício da ação penal, vez que esta não deve ser admitida sem que esteja

lastreada em um suporte probatório mínimo do que consta da acusação pública ou privada. A prova do inquérito é que pode fornecer a chamada justa causa para a instauração do processo penal. Por isso, o destinatário do inquérito há de ser o titular do direito de ação e não o juiz. Este somente desempenhará atividade processual em face do exercício da ação penal, como é próprio do sistema acusatório.

Por isso, entende-se que a sistemática processual decorrente de interpretação dos textos da nova Constituição revogou a parte final do parágrafo 1º e todo o parágrafo 3º do art.10, bem como parte inicial do art.23, todos do Cod. Proc. Penal. Em se tratando de infração penal pública o inquérito policial deve ser encaminhado ao Ministério Público para a formulação da opinio delicti e demais atividades persecutórias de sua atribuição.

4- Problemas decorrentes da norma constitucional em exame

Estabelecidas estas premissas, ainda não enfrentadas frontalmente pela doutrina e jurisprudência, surgem alguns problemas a serem enfocados nesta oportunidade.

Como vimos, o controle externo da atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público dos Estados há de ser feito na forma da lei complementar estadual. Ora, levando-se em linha de conta que tal controle se efetiva através do inquérito policial, pode-se romper com a salutar unidade do Direito Processual Penal, permitindo-se que o legislador de cada Estado da Federação discipline a tramitação do inquérito perante o Ministério Público.

Destarte, seria bom alvitre que a futura reforma constitucional alterasse a parte final do inc.VII, do art.129 da atual Constituição, dispondo que o controle externo pelo Ministério Público da atividade de polícia judiciária se faça na forma da lei complementar federal ou mesmo de lei ordinária federal. Enquanto não se altera o texto constitucional, a solução seria modificar-se, nesta parte, o Cod.Proc.Penal a inserir, no projeto

de lei orgânica do Ministério Público, que ora tramita no Congresso Nacional, normas que regulamentem a nova disciplina do inquérito perante o Ministério Público, conforme já foi sugerido, na imprensa, pelo atual Procurador-Geral da República. Dr.Aristides Junqueira. Tal expediente não violaria a Constituição, na medida que se compete à União legislar sobre matéria processual, (art.22, inc.I). A lei complementar estadual caberia dispor sobre os órgãos de execução do Ministério Público que atuariam no inquérito policial, suas atribuições e relação com a polícia dos estados, cuja organização também compete à lei estadual.

O Estado do Rio de Janeiro se antecipou a tudo isso e, de forma interessante e mesmo ousada, criou mecanismo no âmbito do Ministério Público para que o Parquet através do inquérito, pudesse se relacionar diretamente com a polícia civil. A seguir, passaremos ao exame da experiência pioneira de nosso Estado, de forma genérica e resumida a fim de não fugir aos limites deste trabalho.

5- O controle do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre a atividade de polícia judiciária no inquérito policial.

Como deixamos dito acima, com a vigência da nova Constituição da República, o Desembargador-Corregedor do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro expediu ato normativo determinando que o Poder Judiciário Estadual não mais recebesse os inquéritos policiais e notitia criminis, que deveriam ser encaminhados diretamente ao Ministério Público como titular exclusivo do controle da atividade de polícia judiciária e da ação penal. Vale dizer, a partir de determinada data não mais seriam objeto de distribuição aos órgãos jurisdicionais os atos persecutórios. A distribuição ficou reduzida às denúncias e requerimentos de arquivamento dos inquéritos por parte do Ministério Público.

Como não poderia deixar de ser, fez-se uma ressalva: quando se fizesse necessária uma atividade jurisdicional cautelar por parte do juiz, mesmo que anterior ao oferecimento da denúncia, a

postulação seria distribuída a um juízo criminal. Assim, efetuada uma prisão em flagrante, sua comunicação seria distribuída normalmente a fim de que o magistrado, em cumprimento de preceito constitucional, fiscalizasse a sua legalidade, relaxando ou não a prisão, bem como examinasse a aplicação à hipótese do art.310 e seu parágrafo do Cod. Proc. Penal. Da mesma forma, seriam distribuídas as representações da autoridade policial pela prisão temporária ou preventiva de algum indiciado e eventuais requerimentos de liberdade provisória, com ou sem fiança, formulados pelos advogados dos indiciados. Nestes casos, tais distribuições tornariam prevento o juízo, motivo pelo que o posterior inquérito seria a ele diretamente remetido, nele passando a officiar o Promotor de Justiça lotado no órgão de execução do Ministério Público vinculado à Vara Criminal.

Destarte, nas outras hipóteses, ou seja, instaurado o inquérito na delegacia policial e não havendo qualquer atividade jurisdicional cautelar prévia a ser prestada pelo Poder Judiciário, deveria o inquérito ser encaminhado ao Ministério Público diretamente.

Cabe salientar, entretanto, que, com a extinção do mandato do Desembargador-Corregedor, tal ato normativo foi revogado pelo seu sucessor, daí porque usamos os verbos sempre no condicional. Posteriormente, através de outra Resolução, com a recondução ao cargo mencionado Corregedor da justiça, foi restabelecida a primitiva, sendo esta a disciplina dos inquéritos policiais vigente até os dias de hoje.

Diante desta situação, o Procurador-Geral de Justiça viu-se na contingência de expedir a Resolução nº 447, em 17.6.91, alterada pela Resolução nº 495, de 21.5.92, publicada no Diário Oficial de 22.5.92, parte 1ª, p.27, cuja sistemática, em resumo, passamos a noticiar.

Criou-se, no Ministério Público do Rio de Janeiro, um novo órgão de execução: as Promotorias de Investigação Penal, com atribuição específica de atuar nos inquéritos relativos a infrações penais praticadas em áreas territoriais determinadas, tendo como dado referencial as circunscrições

das delegacias policiais. Tais Promotorias de Investigação Penal atribuição para atuar nos procedimentos persecutórios até final denúncia ou requerimento de arquivamento, que devem apresentar ao juízo criminal através de livre distribuição. Só não atuam nos inquéritos que já tenham sido distribuídos a uma vara criminal, em razão de prévia atividade jurisdicional cautelar, consoante já exposto.

Destarte, instaurado um determinado inquérito policial, automaticamente, já temos um Promotor de Justiça com atribuição para nele officiar, não sendo mais preciso aguardar a distribuição do inquérito como era antigamente, pois tal distribuição não mais ocorre. Por isso mesmo, desnecessária a designação especial de membro do Ministério Público para atuar neste ou naquele inquérito, pois em ato normativo prévio e genérico já existe Promotor de Justiça com atribuição fixada. Dentre outras vantagens, avulta o respeito ao princípio do **Promotor Natural**, consagrado na Constituição da República, conforme sustentamos em nosso livro já citado, nas páginas 465/567, com lastro nos ensinamentos do colega Prof. Paulo Cesar Pinheiro Carneiro constantes na pioneira obra intitulada O Ministério Público no processo civil e penal, Promotor Natural, Atribuição e Conflito, Rio, Forense, 1992, 4ª edição.

Ademais, também fica previamente estabelecida a atribuição do órgão do Ministério Público para fiscalizar os xadrezes das delegacias policiais, afastando o sistema anterior de atribuição difusa que, na prática, importava em ausência de fiscalização, à mingua de responsabilidades individualizadas.

Oferecida a denúncia pela Promotoria de Investigação Penal, será ela distribuída a um juízo criminal, passando a atuar, no inquérito policial, o Promotor de Justiça lotado na Promotoria de Justiça a ele vinculada.

Administrativamente foram criadas as chamadas "Centrais de Inquéritos", com a finalidade de viabilizar, burocraticamente, o recebimento dos inquéritos e remessa dos mesmos às promotorias ou delegacias policiais, estando a Central de Inqué-

ritos da Capital em fase final de informatização. Tais órgãos administrativos da Procuradoria-Geral de Justiça outorgam, outrossim, infra-estrutura pessoal e material às promotorias.

Parece-nos excelente esta nova sistemática implantada no Estado do Rio de Janeiro, que deverá ser aperfeiçoada com o tempo e acúmulo de experiências. Adequa-se o Ministério Público aos postulados do sistema acusatório, retirando o juiz da fase persecutório-administrativa, não mais praticando ele aquelas funções anômalas, na feliz expressão do Prof. Fernando Tourinho Filho. Isto é o que se extrai da interpretação sistemática e moderna da nova ordem constitucional. Somente a tutela do princípio do "Promotor Natural" já demonstra a excelência do novo sistema.

Entretanto, impõe-se rápida elaboração de lei federal que, a nível processual, discipline algumas questões que fogem à competência do legislador estadual, conforme salientamos em momento anterior deste trabalho, a menos que interpretemos literal e isoladamente a parte final do art.129, inc.VII, da Constituição da República e se permita que os Estados rompam a salutar unidade de nossa legislação processual penal, o que nos parece indesejável.

A mingua desta legislação federal, que venha substituir os artigos do Cod.Proc.Penal revogados já enumerados, ficamos com alguns problemas no Estado do Rio de Janeiro. Parece-nos, por exemplo, caber às Promotorias de Investigação Penal a fixação dos prazos para o prosseguimento do inquérito e retorno ao Ministério Público. É o que tem ocorrido na prática. Questões desta ordem podem ser solucionadas através da analogia, dos princípios processuais pertinentes e até mesmo pelo bom senso.

Situação mais delicada decorre da regra do art.16 do Cod.Proc.Penal, que dispõe: "O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à delegacia policial, senão para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia". A toda evidência, não mais atuando o juiz no inquérito, descabe condicionar a devolução dos respectivos autos a qualquer requerimento do Ministério Público ao Poder Judiciário. Agora, a Promoto-

ria de Investigação Penal determina a remessa do inquérito à delegacia de origem. Entretanto, fica uma questão em aberto: não mais haverá qualquer forma de controle de não-denúncia, através de eternas devoluções dos inquéritos às delegacias para diligências absolutamente despiciendas?

Em verdade, há quem sustente que este controle jamais existiu, sendo o Ministério Público o senhor absoluto e exclusivo do juízo de devolver ou não o inquérito à delegacia policial. Outros acham caber ao juiz indeferir tal requerimento do Promotor de Justiça, fazendo a ele retornarem os autos do inquérito para denúncia ou arquivamento do inquérito. Parece-nos, entretanto, que, pela sistemática do Cod.Proc.Penal, a solução intermediária é a correta, ajustando-se aos postulados do sistema acusatório e aos princípios constitucionais de independência da atuação dos membros do Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Invocado a aplicação analógica do artigo 28 do Cod.Proc.Penal, após enfrentar outras questões relativas ao sistema processual, assim deixamos escrito em nossa obra anteriormente citada:

"Em outras palavras: tratando-se de um processo de partes, não compete ao órgão jurisdicional provocar a sua jurisdição, bem como impedir que a parte se instrumentalize para fazê-lo, no futuro. O que cabe ao Poder Judiciário é fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo sistema consagrado no atual Cod.Proc.Penal. Destarte, se a Promotoria de Justiça não oferece denúncia, embora já disponha de elementos para tal, o órgão jurisdicional poderá remeter os autos do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, que decidirá sobre a propositura ou não da ação, podendo determinar o prosseguimento das investigações policiais". (op.cit. p.282/283, capítulo O papel do Poder Judiciário em face do sistema processual penal acusatório).

Implantado o sistema de controle da atividade judiciária na forma vigente no Estado do Rio de Janeiro, não mais atuando o juiz no inquérito policial, cremos ser imprescindível alguma forma de

fiscalização da não denúncia pelas promotorias. Lei federal que preconizamos deverá disciplinar a matéria. Até lá, julgamos não violar qualquer prerrogativa dos membros do Ministério Público ou princípio a ele referente o entendimento de que a autoridade policial, diante de devolução de inquérito encerrado, com as investigações exauridas, sem que o órgão do Ministério Público tenha requisitado qualquer diligência policial, possa fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral para que se exerça, no âmbito do próprio Ministério Público, o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A última palavra será do Procurador-Geral, na forma do art. 28 do Cod. Proc. Penal, por analogia. É uma proposta que colocamos à apreciação dos doutos.

Para melhor fixação dos temas que enfrentamos neste singelo estudo sobre o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, cabe apresentar abaixo as principais conclusões, que, nada obstante o nome, têm sempre caráter provisório, como, de resto, tudo em direito.

CONCLUSÕES

1 - É inerente à idéia de Estado de Direito Democrático um sistema de controle das atividades públicas, seja através da sociedade civil organizada, seja através do chamado controle externo, a ser realizado por órgãos estatais que gozem de alguma independência administrativa.

2 - Em alguns casos, é recomendável que o controle externo se concretize sem ferir a autonomia do órgão ou instituição controlada.

3 - Os mecanismos de controle externo devem objetivar não só o respeito ao princípio da legalidade como também maior eficácia do órgão ou instituição pública controlada.

4 - Bem andou o constituinte ao dispor no art. 129, inc. VII, da Carta Magna que a atividade poli-

cial deve ser controlada pelo Ministério Público, motivo pelo qual a futura reforma constitucional deve manter tal princípio, embora através de regra melhor redigida.

5 - A reforma constitucional deve prever apenas o controle pelo Ministério Público da **atividade de polícia judiciária**. O controle da atividade de polícia meramente administrativa deve ficar reservado ao legislador estadual, dentro do princípio federativo que informa a nossa constituição. Não deve ser ele exclusivo do Ministério Público.

6 - A nova reforma constitucional deve explicitar que o controle a ser exercido pelo Ministério Público deverá se efetivar **na forma da lei federal ordinária** e não da lei complementar estadual, a fim de preservar a unidade do nosso sistema processual.

7 - Aos Estados deve caber tão somente criar os órgãos de execução do Ministério Público e definir suas atribuições, aparelhando-os de infraestrutura administrativa, material e pessoal. A toda evidência, em se tratando de Ministério da União, tal se fará também por lei ordinária federal.

8 - O controle externo da atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público prescinde de qualquer vinculação administrativa ou hierárquica entre as duas instituições.

9 - A atual norma constitucional que trata deste controle, (art. 129, inc. VII), embora faça referência à lei complementar estadual, tem eficácia para revogar a legislação anterior que com ela se mostre incompatível.

10 - Numa interpretação sistemática de todas as regras constitucionais que disciplinam a estrutura do nosso processo penal, pode-se afirmar, com base no sistema acusatório e no fato de que o controle de atividade de polícia judiciária não é mais outorgado ao Poder Judiciário, estarem revogados os dispositivos do Cod. Proc. Penal que determinavam

a atuação do juiz na fase persecutória do inquérito, salvo quando for postulada a sua atividade jurisdicional cautelar.

11 - Enquanto não se altera a regra do art.129, inc.VII, da Constituição Federal, seria de bom alvitre que os mecanismos de controle da atividade de polícia judiciária, em suas linhas gerais, fossem disciplinados nas leis orgânicas dos Ministérios Público da União e dos Estados. Por ser matéria processual, qualquer lei ordinária federal dela pode ocupar-se. Aos Estados caberia reorganizar o seu Ministério Público para adequar-se a esta nova realidade, semelhantemente ao que já se fez no Rio de Janeiro.

12 - Tudo há de ser feito de maneira a não violar o salutar princípio do Promotor Natural, devendo o inquérito policial e demais peças de informação serem encaminhados diretamente ao Ministério Público, sem a intermediação do juiz, conforme já previa o projeto de Cod.Proc.Penal em tramitação no Congresso Nacional, muito antes mesmo da Constituição de 1988.

EXECUÇÃO. MODALIDADES. EMBARGOS DO EXECUTADO(1)

ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO

Prof.Adj. de Processo Civil da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Dados históricos e de direito comparado.
Direito brasileiro - Sistema do atual CPC.
Natureza jurídica da execução.

Das condições da ação de execução: legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual - este gerado pela causa petendi passiva: inadimplemento do devedor.

Dos títulos executivos judiciais: art.584, I e II do CPC da irrevocabilidade dos efeitos civis da sentença penal condenatória.

Execução definitiva e provisória
Liquidação da sentença
Modalidades - Das diversas espécies de execução por títulos judicial.

Dos embargos do Devedor.
Vícios do título judicial - gradação - Art.741, I do CPC

De subsistência da "querela nullitatis insanabilis" no direito brasileiro.

"Espero ter conseguido demonstrar aos incrédulos que a execução oferece oportunidade de estudo de questões não menos interessantes que as que se encontram nas outras províncias de direito."

Enrico Tullio Liebman.

Texto apresentado ao concurso de Professor Assistente da Faculdade de Direito da UERJ em 30.09.91.

DADOS HISTÓRICOS E DE DIREITO COMPARADO

Direito Romano.

Os historiadores registram que Roma viveu sob a Monarquia, de 754 a.C. a 510 a.C. ; sob a República, de 510 a.C. a 27 a.C., e, sob o Império, de 27 a.C. a 568 d.C., data da queda do Império Romano, em decorrência da invasão dos bárbaros.

Nesse lapso de séculos, assim consistia o sistema jurídico no Direito Romano:

Sistema da "ordo iudiciorum privatorum", que se caracterizou por dois períodos: o período das "legis actiones", de 754 a.C. a 149 a.C.; e o período de direito formular, de 149 a.C., data da Lei Ebúcia, a 209 d.C..

Sistema da "cognitio extra ordinem", com um só período, de 209 d.C. a 568 d.C. .

No período do direito formular, considerado a época clássica do Direito Romano, iniciado pela Lei Ebúcia de 149 a.C., surgiu, segundo história Eurico Tullio Liebman, no seu "Processo de Execução", a execução no Direito Romano.

Nos termos das fórmulas - "INTENTIO, DEMONSTRATIO, CONDENATIO" - proferida a sentença condenatória pelo iudex privatus", aguardava-se o "tempus iudicati", período de 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado da sentença, no sentido de que o réu, devedor, cumprisse o seu comportamento devido e efetivasse o pagamento do valor da condenação. Se aquele prazo decorresse sem resultado prático, o credor devia mover nova ação, a "actio iudicati". Ambas as partes, credor e devedor, compareciam - da mesma forma quando da cognição condenatória - perante o Pretor e o autor pedia-lhe que lhe fosse entregue a pessoa do réu, devedor, ou então o seu patrimônio.

Se o réu reconhecesse a validade da condenação e a falta de pagamento, o processo se extinguia e o pretor autorizava a execução.

Em hipótese contrária, contestando o réu a ação, emergiam a "Litiscontestatio" e o "iudicium", já, neste caso, tendo como objeto o dobro do valor originário da condenação: ao invés

de ter que pagar x, teria que pagar 2x.

A nova condenação, por sua vez, permitia nova "actio iudicati", e assim sucessivamente, até que o réu reconhecesse a legitimidade da condenação.

Esse mesmo tipo de processo foi mantido no sistema da "cognitio extra ordinem", mas entretanto, com modificações no procedimento. É que neste sistema, o procedimento se passava perante, exclusivamente, o juiz (Magistrado), que era um funcionário público.

No período medieval, por influência dos bárbaros (Tedescos), que não tinham muita paciência em permitir a procrastinação dos feitos e o retardamento em tornar efetivo o cumprimento das obrigações, o próprio credor usava, "manu militari", a própria força e ele mesmo efetivava a penhora dos bens pertencentes ao devedor.

Mas tarde, entretanto, tal violência foi sendo mitigada e o ato construtivo passou a ser autorizado pelo juiz.

No ano 1.000 (mil), nas Universidades italianas, ressurgem a autoridade e o estudo do Direito Romano, do que resultou, como é óbvio e se esperava, um grande choque entre as duas mentalidades em confronto.

Desse confronto de idéias e de filosofia, surgiu um meio termo, criado pelos grandes juristas da idade média: o instituto da "executio parata", que, por ter sido considerada muito eficiente, substancia, ainda hoje, segundo opinião de Liebman, a solução do problema; primeiro, a cognição condenatória, ao depois a "executio parata", que consistia, nos casos normais - normais no sentido de casos ordinários, abrangentes das generalidades das execuções - em tornar efetiva a regra jurídica concreta formulada na cognição condenatória, simplesmente através de um requerimento ao juiz, denominado de "executio per officium iudicis". Assegurava-se, dessa forma, o resultado prático da condenação, ou seja, a execução.

A "actio iudicati" só era admitida para os casos excepcionais, como quando houvesse necessidade de liquidação de sentença, por ter sido ilíquida a condenação, e no caso de acréscimo de juros após a sentença (juros sucessivos à sentença).

Após esse período, não o medieval, mas sim o do sistema jurídico da execução, em decorrência do incremento do comércio e dos grandes negócios da navegação, surgiram as "instrumentae guarentigiatae", que davam eficácia da execução de sentença aos negócios jurídicos concretizados através de escrituras públicas, como confissões de dívida, por exemplo, lavradas por tabelião. Tais títulos gozavam da mesma "executio parata" disciplinadora da execução das sentenças, mas com uma particularidade: nas execuções das sentenças condenatórias só se podia, validamente, alegar em defesa a nulidade da sentença ou o pagamento, isto é, a extinção da condenação pelo pagamento ocorrido após a sentença; nas execuções das "instrumentae guarentigiatae", podia-se alegar em defesa todos e quaisquer argumentos, pois o executado, aí, podia defender-se por todos os meios, como seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, tal qual ocorre, hoje, no direito positivo brasileiro (art. 745 do CPC).

Esse sistema espalhou-se por toda a Europa Central e Ocidental.

Em Portugal, no que se refere às "instrumentae guarentigiatae", ao invés da "executio parata", criou-se uma ação denominada de ASSINAÇÃO DE 10 DIAS, sendo que somente para alguns créditos privilegiados, tais como a cobrança de créditos decorrentes do foro enfitéutico e créditos fiscais (tributários), admitia-se a "actio iudicati".

DIREITO BRASILEIRO - SISTEMA DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Situação semelhante ocorreu no direito brasileiro, à luz do sistema do Regulamento nº 737, de 1841, que previa a execução da sentença, a assinatura de 10 dias e a "actio iudicati", perdurando, assim, até o advento do CPC de 1939.

No sistema do CPC de 1939, regulado no livro VIII, só se permitia a execução das sentenças transitadas em julgado (art. 882), pois os títulos extrajudiciais eram objetos da denominada ação executiva - processo especial do livro IV. Além

disso, existia o executivo fiscal disciplinado por lei extravagante. Aquelas, a doutrina denominou de ações executórias, e a estas, de ações executivas e executivo fiscal, que se caracterizavam pelo embrião de um procedimento ordinário, desde que, após a penhora, o réu contestasse o pedido. Era um misto de execução e cognição, a que o saudoso Machado Guimarães conceituou como um procedimento ordinário precedido de um ato construtivo do juiz. Como se pode ver, o direito brasileiro discrepou dos ordenamentos europeus, tendo, por isto, recebido inúmeras críticas.

Com a edição do CPC de 1973 (Lei nº 5.869), em vigor no Brasil desde 1º de janeiro de 1974 (art. 1220), inovações de vulto surgiram no livro II, do PROCESSO DE EXECUÇÃO, sendo a primeira e principal delas respeitante à UNIDADE do processo de execução, tal como ocorreu na evolução histórica nos países do Continente europeu, como acima se reproduziu.

É como ocorre em França, onde o direito costumeiro reafirmou com energia a igualdade de eficácia entre as sentenças e os instrumentos públicos, para efeito da execução, reconhecendo a ambos a "executio parata":

"Este princípio foi acolhido pelas Ordenações reais, e, depois, pelo, CODE DE PROCÉDURE CIVILE napoleônico, de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas".

(Exposição de motivos do CPC de 1973, do Professor Alfredo Buzaid).

Em termos de direito comparado, pode-se afirmar, sem medo de erros, que é o sistema em vigor na maioria dos ordenamentos europeus, como ocorre, por exemplo, na Itália, conforme art.474, do LIBRO TERZO, TITOLO I, que adota:

"Sono titoli esecutivi:

1 - Se sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;

2 - le cambiali, nonché gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;

3 - gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute."

Assim também ocorre : na Alemanha (§§ 704 e 794 do z.p.o.); na Áustria, especificamente na Lei de Execução da Áustria, § 1º; em Portugal, cujo artigo 46º, sob a rubrica espécies de títulos executivos, discrimina como títulos executivos:

- "a) As sentenças condenatórias;
- b) Os documentos exarados ou autenticados por notário;
- c) As letras, livranças, cheques extractos de factura, vales, facturas conferidas e quaisquer outros escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas ou de entrega de coisas fungíveis;
- d) Os títulos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva."

Uma outra novidade do CPC de 1973 foi a comparação do devedor civil ao comerciante, inclusive quanto ao prazo prescricional da pretensão executiva, criando a execução coletiva contra o devedor insolvente, caracterizado por um fenômeno pouco

ventilado na doutrina, qual seja o de que este procedimento encerra uma das modalidades de intervenção de terceiros, a qual não está relacionada dentre aquelas do Capítulo VI do Livro I, como também não estão ali os institutos do litisconsórcio superveniente, da assistência e do recurso de terceiro prejudicado, omissões que mereceram críticas contundentes da doutrina.

NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO

Não há mais discrepância na moderna doutrina processual brasileira sobre a natureza jurídica da execução. Todos são acordes em que se trata de uma ação autônoma e não mais de mera fase do processo de cognição condenatória. Repetir esta afirmação, hoje, nada mais representa do que Tourinho Filho costuma dizer: "chinesice."

A propósito, convém deixar claro que, quando se fala, como os Códigos acima citados, em execução de sentença condenatória, tem que se levar em conta qualquer sentença, mesmo a declaratória ou constitutiva, desde que contenha, na linguagem de Pontes de Miranda, qualquer carga de eficácia condenatória (condenação em custas e honorários, por exemplo). Não se exige que a carga seja unicamente de eficácia condenatória e nem mesmo, "a fortiori, que concentre carga preponderante de eficácia condenatória.

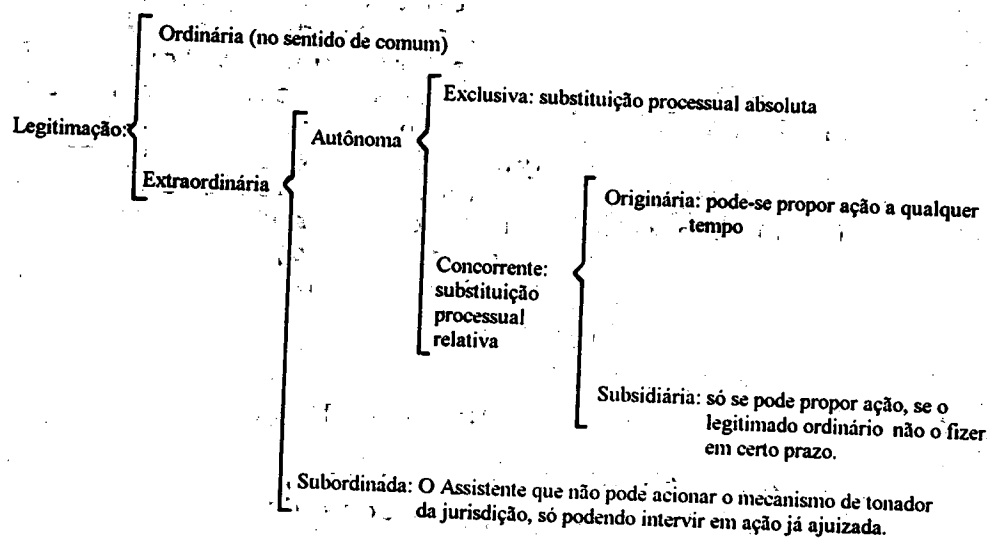
AS CONDIÇÕES DA AÇÃO DE EXECUÇÃO

Como se trata de ação autônoma, distinta das ações de cognição - a divisão considerada clássica e científica das ações compreende, ao lado das ações de cognição (condenatória, declaratórias positivas e negativas, e constitutivas positivas e negativas), as de execução ou executivas (por título judicial e extrajudicial), bem como as cautelares (nominadas e inominadas) - , como exigência indeclinável, o nosso direito positivo impõe o preenchimento de condições genéricas ao legítimo exercício do direito de ação de execução.

São elas - as condições genéricas - conhecidas como legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

DA LEGITIMIDADE

Legitimidade é a pertinência subjetiva da ação (Alfredo Buzaid), ou, na linguagem Chiovendiana: a identidade entre o autor da ação e a pessoa favorecida pela lei (no polo ativo), e o réu e a pessoa obrigada (no polo passivo). É óbvio que, quando a lei excepcionalmente autorizar expressamente, alguém poderá postular em Juízo em nome próprio, por direito alheio, situação que caracteriza a substituição processual decorrente da legitimação extraordinária (art. 6º do CPC) que assim se classifica:



Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, a legitimização deflui da exata coincidência entre o au-

tor da ação, que é parte, e o sujeito ativo da LIDE, o qual não é parte; e entre o réu e o sujeito passivo da LIDE. Em outras palavras, a legitimidade para o festejado professor é a identidade entre os sujeitos da relação jurídica de direito processual e os sujeitos da relação jurídica de direito material deduzida em determinada ação, denominando a estes de supostos credores e devedores respectivamente.

Aplicando-se os conceitos doutrinários ao sistema do Processo de Execução, a parte legitimada ao exercício do direito de ação executiva no polo ativo é o CREDOR a quem a lei confere o título executivo, seja judicial ou extrajudicial, ou todos (aqueles referidos no art. 567 do CPC, os quais consubstanciam os sucessores do credor.

Merece destaque a legitimação conferida ao Ministério Público pelo inciso II do art. 566 do CPC. É óbvio que se o MP tiver sido parte no processo de cognição, tem a sua legitimação para a execução assegurada, do mesmo modo e com as características daquela: em regra, legitimação extraordinária, onde o MP atua em nome próprio, postulando direito alheio. No inciso II, lembrou-se o legislador de que há hipóteses em que o MP, embora não participando do processo civil de cognição e, a despeito disto, confere-se-lhe legitimação extraordinária para a ação executiva, como é o caso clássico decorrente do art. 68 do Código de processo Penal:

"Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público."

Dessa forma, a legitimação do MP na ação executiva de que cuida o art. 584, II, do CPC, sobre a qual se discorrerá mais adiante - o título executivo é a sentença penal condenatória transitada em julgado -, a legitimação do MP, repete-se, é extraordinária, autônoma, concorrente e originária.

No pólo passivo da execução, como legitimado, figura o devedor, aquela pessoa obrigada por lei,

de que fala o Mestre Chiovenda. Os incisos II, III, IV e V, do art. 568 do CPC elencam outros legitimados, mas não cabe aqui comentá-los.

INTERESSE PROCESSUAL NA EXECUÇÃO

A condição ao legítimo exercício do direito de ação, a que a doutrina e o CPC denominam de interesse processual difere do conceito do outro instituto também denominado de interesse, mas material. Este é um dos elementos do direito subjetivo, juntamente com a exigibilidade. O interesse material é o núcleo do direito subjetivo e consiste na "POSIÇÃO FAVORÁVEL À SATISFAÇÃO DE UMA NECESSIDADE" (Chiovenda). É o interesse primário, atua sobre as necessidades dos bens da vida. Como os bens jurídicos são poucos e os interessados são muitos, surgem os conflitos de interesses sobre eles. Um interessado pretende determinado bem jurídico e outro resiste à pretensão, gerando a LIDE a ser composta pelo Poder Judiciário, que detém, constitucionalmente, o monopólio da função jurisdiccional, e ao qual compete afirmar, com força de lei (art. 468 do CPC), qual o INTERESSE PREDOMINANTE.

Como o titular do interesse material (Primário) não pode fazer justiça pelas próprias mãos, em virtude da resistência (ou inadimplemento da obrigação do outro), nasce-lhe o INTERESSE PROCESSUAL (Secundário) em recorrer ao Poder Judiciário, pois só assim poderá gozar da utilidade prática sobre o bem da vida disputado. Ve-se, assim, que esse interesse processual se caracteriza pela necessidade e utilidade prática de recorrer-se ao Poder Judiciário para obtenção de um bem jurídico, tendo em vista que a custosa máquina jurisdiccional não pode ser colocada em movimento sem essas características.

No sistema da ação de execução, o interesse processual se caracteriza, como dispõe o art. 580 do CPC, pelo inadimplente do devedor, por aquele ato de resistência de quem não quer cumprir um comportamento devido, situação que, na lição de Zanzucchi, consubstancia a causa petendi passiva da ação.

DA POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido de execução está vinculada à existência de um título executivo judicial ou extrajudicial, exigindo-se, quando for o caso, a sua liquidação por sentença.

DOS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS

Dentre os títulos executivos judiciais, merecem considerações os do inciso I e II do art. 584 do CPC.

Cuida-se, aqui, de uma questão inusitada na doutrina, qual seja a de dar a mesma equivalência de eficácia ao título decorrente da sentença penal condenatória, tal como se dá à sentença civil. Esta, uma vez transitada em julgado e uma vez decorrido "in albis" o prazo preclusivo (decadencial) da ação rescisória (2 anos), transforma-se em coisa **SOBERANAMENTE** julgada (Pimenta Bueno, Frederico Marques), tornando-se imune a qualquer desconstituição (exceto no caso do art. 741, I, do CPC, de que se falará mais adiante), deixando o credor (exequente) a salvo, definitivamente, de qualquer óbice a ver concretizado (tornado efetivo) o direito decorrente da condenação. E a execução dos efeitos civis da sentença penal condenatória? Sendo intangível unicamente a sentença penal absolutória, como fica o exequente dos efeitos civis daquela se, amanhã ou daqui a um, dez, vinte, cinquenta anos ou mais, o condenado no processo penal obtiver êxito em ação de Revisão Criminal, que, por exemplo, declare não ter sido ele o autor do crime?

Será justo que a vítima do crime, tendo se tornado, v.g., paraplégico em decorrência do ilícito cometido contra ele, e tendo que sustentar uma família numerosa, sem poder trabalhar, esteja sujeita a restituir o que recebera da reparação civil?

Em prol das vítimas de crimes, nova ciência está surgindo - para alguns autores não chega a ser uma ciência autônoma -, qual seja a VITIMOLOGIA que, a par de estudar o comportamento da vítima em relação ao fato delituoso, também insere em

seu contexto a necessidade de medidas judiciais de proteção às mesmas.

Como observou um dos grandes estudiosos da vitimologia, **MARGERY FRY**, por que o operário que cai de uma escada, com a qual estava exercendo o seu trabalho, recebe todo o conforto e indenização pelos prejuízos sofridos, e o outro cidadão, cuja escada foi, criminosamente, puxada por seu inimigo, enquanto se encontrava em sua casa, não tem o mesmo direito ?

Como se pode ver, há necessidade de uma interpretação mais social do disposto no art. 584, II do CPC.

Em trabalho apresentado perante a Banca Examinadora ao concurso de livre docente em processo civil na Faculdade de Direito da UERJ, defendi a tese de que a sentença penal condenatória transitada em julgamento já nasce com a característica da irrevocabilidade quanto aos seus efeitos civis e tais efeitos se espraiam ao processo civil, por força da eficácia preclusiva panprocessual de que fala Machado Guimarães. Dessa forma, esses efeitos são adotados pelo CPC (princípio receptivo) que não permite sua desconstituição, como o faz com as sentenças civis! Por isso, coloquei no trabalho como "magna quaestio" a aludida irrevocabilidade, pela qual os efeitos civis da sentença penal condenatória adquirem a força de coisa soberanamente julgada, ficando imune à ação de Revisão Criminal. Esta só tem efeitos para o fim da condenação à perda da liberdade, somente no aspecto criminal, pois qualquer prejuízo que o ex-condenado tiver sofrido terá que ser indenizado pelo Estado, nos termos do disposto no art. 630 do C. Processo Penal. Nessa indenização inclui-se o valor que o réu do crime houver pago à vítima do mesmo. Em prol da tese, pelo menos se a execução já tiver sido concretizada, há apoio manifesto de José Frederico Marques e da parcela ponderável da jurisprudência. Se é assim, do ponto de vista científico, por que não adotá-la também nos casos em que a execução ainda não se concretizou, ou mesmo não teve início ?

EXECUÇÃO DEFINITIVA E PROVISÓRIA

Distingue o CPC a execução definitiva - quando fundada em sentença transitada em julgado em título extrajudicial - e a provisória - quando a sentença por impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo.

Anteriormente ao CPC de 1973, com rigor de princípios José Carlos Barbosa Moreira defendia a tese de que a execução de sentença pendente de recurso extraordinário era **PROVISÓRIA**. O Excelso Pretório, pela ementa nº 228 da Súmula da jurisprudência ali dominante, afirmava que "Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir".

Com a vigência do CPC de 1973, o mesmo Processualista persistiu na sua tese, a qual, finalmente, resultou vitoriosa, pois o Supremo Tribunal Federal, hoje, afirma que ela é provisória, tendo, inclusive, revogado a Súmula 228.

De fato, como era já no direito anterior e Barbosa Moreira o demonstrou, se o § 4º do art. 543 do CPC de 1973 - atualmente, a Lei nº 8.038, de 28.05.90, que revogou os artigos 541/546 do CPC, repete a mesma disciplina do dispositivo revogado e insere o recurso especial -, se o § 4º, repete-se, dispõe que o "recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo", é curial a conclusão de que a execução, nesse interim, é provisória, consoante a parte final do disposto no art. 587 do CPC, o qual, inclusive, define a execução provisória.

LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA

Quando a sentença for ilíquida, há necessidade de sua liquidação, como ocorre, por exemplo, com a sentença penal condenatória, cujos efeitos civis se prestam à execução, após a determinação do "quantum debeatur", já que o "an debeatur" foi naquela acertado.

O procedimento para a liquidação de sentença está insculpido no art. 603 "usque" 611 do CPC, sendo que não tem natureza jurídica de ação, segun-

do determinada corrente doutrinária, o que é contestado por outros autores. O candidato entende que se cuida de uma procedimento entre a condenação e a execução, servindo-se de preparação para esta. Qualquer que seja, entretanto, o entendimento, inexistem consequências práticas, pois o art. 611 permite o recurso de apelação para a sentença de liquidação, seja ela uma ação ou mero procedimento.

Relevante notar que o art. 610 proíbe discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou. Ora, sem lide - mérito de ação - como entendê-la como ação? O mérito, afinal, é um dos componentes do trinômio processual que caracteriza uma ação: Pressupostos processuais, Condições da ação e mérito.

MODALIDADES DA EXECUÇÃO

DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL

O CPC de 1973 trouxe várias novidades a respeito das modalidades de execução, valendo ressaltar a execução por quantia certa contra devedor insolvente (execução coletiva), considerando extintas as obrigações - como no caso de falência - decorrido o prazo de cinco anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência.

Disciplina o CPC, ainda, a execução para entrega de coisa certa (art. 621 e seguintes); entrega de coisa incerta (art. 629/631), execução das obrigações de fazer e de não fazer (art. 632/645); execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 646/729); execução contra a Fazenda Pública (art. 730/731); e execução de prestação alimentícia (732/735).

Merece destaque a execução da obrigação de fazer, tendo em vista o avanço do legislador na matéria, uma vez que o CPC de 1939 era muito parco e respeito.

Nessa modalidade, o primeiro passo é distinguir as obrigações personalíssimas. É sabido que, em virtude do princípio universal da autodetermi-

nação da vontade, não se pode obrigar, por exemplo, o grande seresteiro Nelson Gonçalves, ou o clássico Pavarotti, a cumprir a obrigação de dar um recital. Os prejuízos da omissão se resolvem em perdas e danos, nos termos do art. 632, parágrafo único do CPC.

Trouxe o CPC a novidade dos artigos 639, 640 e 641, por forte influência do direito tedesco, até com mais avanço, porque, enquanto na Alemanha a sentença terá que ser levada ao tabelião para concretização, por exemplo, de uma promessa de compra e venda de um imóvel, aqui entre nós, a própria sentença produzirá o efeito do contrato a ser firmado e poderá ser levada diretamente ao Registro Geral de Imóveis, para a transcrição da propriedade.

O mesmo se passa com a condenação à emissão de declaração de vontade.

DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Sob tal rubrica, o CPC, nos art. 736 a 747, disciplina os embargos do executado, denominação esta contida, com tal literalidade, na lista de pontos do concurso.

Trata-se de uma ação judicial (não é contestação de forma alguma), embora destinada (tem por objeto) à desconstituição dos títulos executivos.

Prefere-se, aqui, dar relevância aos embargos opostos aos títulos judiciais.

Sabe-se que tanto as sentenças quanto os processos podem conter vícios, assim graduados:

Peso 1 = vícios que se sanam pela simples preclusão temporal, v.g., o vício da incompetência relativa, o qual, se não for arguido no prazo legal e pelo instrumento adequado (Execução de incompetência), fica sanado, prorrogando-se a competência do Juízo e, definitivamente, imune a qualquer contrariedade.

Peso 2 = vícios mais graves que se sanam com o trânsito em julgado da

setença de mérito, em virtude do efeito sanatório da coisa julgada material. Esses vícios, entretanto ainda podem ser objeto de reexame através de ação autônoma impugnatória (ação rescisória), e seu elenco está definido taxativamente no art. 485 do CPC. Uma vez, no entanto, decorrido "IN ALBIS" os dois anos do trânsito em julgado, ou julgado improcedente o pedido na ação rescisória, os vícios ficam definitivamente sanados, transformando-se a coisa julgada em coisa soberanamente julgada.

Peso 3 = Há porém, um vício que é considerado o mais grave de todos: Art. 741, I, do CPC, "falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento se a ação lhe correu à revelia". Este vício merece um capítulo mais detalhado.

No Direito Romano, esse vício impregnava a sentença de inexistência ("nula sententia"), sem necessidade de qualquer remédio processual, pois, para os romanos, o "nulla" significava inexistente.

Assim também ocorreu no Direito dos povos cultos e, portanto, no de Portugal: "A sentença é per direito nenhuma nunca fazendo coisa julgada".

É considerado tão grave que doutrina (Moniz de Aragão) e jurisprudência do STF entendem que, por causa dele, ainda subsiste no direito brasileiro a "querela nullitatis insanabilis" do direito italiano. Isto porque, se a vítima de tal sentença perder o prazo para a ação rescisória, ainda lhe resta a alternativa dos embargos do art. 741, I. E se ainda ocorrer a execução - imagine-se um réu revel, fora do país, que só tome ciência do fato após a execução -, poderá acionar o Poder Judiciário com ação declaratória de nulidade, de processo com esse vício. Não é a sentença que será desconstituída, pois para isto só os tribu-

nais é que podem atuar mediante ação rescisória, mas o processo é que será objeto da declaração de nulidade, caindo com ele, a "nulla sententia". A ação, a ser proposta em juízo monocrático (1º grau), com procedimento ordinário, tem sua pretensão imprescritível.

Como se pode ver, os embargos do executado com tal fundamento merecem mais atenção da doutrina brasileira.

Com a interposição desses embargos, e, é claro, a procedência do pedido, cai o título executivo, tornando sem efeito todos os atos executórios, dando-se, tanto quanto possível o retorno ao "status quo ante".

Ressalte-se que, segundo lição de Barbosa Moreira, não haverá responsabilidade do credor pelos possíveis prejuízos causados ao devedor, pois tal sanção só se põe em relação à execução provisória (art. 588 I, do CPC).

Parodiando Liebman, espero ter demonstrado que a execução oferece oportunidade para o estudo de questões tão importantes e interessantes quanto aquelas ventiladas nas outras províncias do direito.

ANTONIO CELSO ALVES PEREIRA

Prof. Adjunto de Direito
Internacional Público da
Faculdade de Direito da UERJ
Prof. Adjunto de Relações
Internacionais do Instituto
de Filosofia e Ciências Soci-
ais da UFRJ.

INTRODUÇÃO

A evolução do direito internacional nos últimos decênios exige, desse ramo da Ciência Jurídica, a permanente atualização de seus institutos básicos para que eles possam acompanhar o ritmo impressionante da vida moderna e adaptar-se às realidades do nosso tempo.

Durante séculos, até começar a reestruturar-se por meio de sua própria universalização, o direito internacional público permaneceu, desde HUGO GROTIUS, estrutural e funcionalmente, como um *jus europaeum*, criado pelas nações cristãs e mercantilistas da Europa para legalizar interesses e privilégios regionais que, absolutamente, nada tinham de internacionais. Vigorara como direito dominante para todas as "nações civilizadas", consagrando o direito de conquista e de ocupação de territórios ultramarinos, reconhecendo validade aos tratados desiguais através de procedimentos formais, que mal disfarçavam as desigualdades flagrantes existentes entre os Estados europeus e não-europeus.

Informam Kaplan e Katzenbach que a europeização do direito foi ostensivamente aceita por vários juristas do século XIX. "Salientavam que o

direito internacional era o direito das "nações civilizadas"; Kent e Story, grandes intelectuais americanos, repetidamente empolgavam esta expressão ou "nações cristãs", que significava essencialmente a mesma coisa. ...Hall, por exemplo, dizia francamente que os "Estados estranhos à civilização européia deviam gravitar em torno do países juridicamente organizados. Com a aquiescência de um ou de alguns desses últimos países deveriam aceitar inteiramente o direito, eliminando qualquer possibilidade de interpretá-lo erradamente." Os mencionados autores afirmam, ainda, que "durante o século XIX, praticamente todos os autores latino-americanos protestam contra essa opinião, embora sem resultado, como as novas nações África e Ásia protestam hoje em dia com maior eficácia". (1)

Assim, localizados o exclusivismo e a limitação regional do Direito Internacional Clássico - a teoria e a doutrina aplicadas às grandes nações e aos pequenos Estados europeus não se acomodavam perfeitamente às sociedades menos desenvolvidas do resto do mundo - fica evidente o caráter oligárquico deste direito, voltado às relações *inter se*, que garantiam a integridade e a independência somente ao grupo "civilizado". Por outro lado, fica também patente o seu sentido plutocrático para legalizar a pilhagem colonial. (2)

Essa natureza excludente começará a ser paulatinamente modificada por acontecimentos políticos que acabaram forçando a descentralização e a consequente universalização do DIP.

Inicialmente o direito internacional se estendeu às nações do Continente Americano, que se tornavam independentes politicamente das antigas metrópoles: em seguida voltou-se para todos os Estados europeus com a admissão da Turquia no concerto da Europa - artigo 7º do Tratado de Paris de 30 de março de 1856. Mais tarde, o quadro de sujeitos do Direito Internacional vai ampliar-se, quando China, Japão, Pérsia, Sião e Afeganistão passam a ser considerados membros da sociedade internacional. A rigor, contudo, a universalização só se dará completamente após o término da Segunda Grande Guerra.

As organizações internacionais, realidades dinâmicas da sociedade internacional, representam hoje o marco mais importante e mais efetivo para a democratização do Direito Internacional. Fator de estabilização do sistema internacional, essas organizações promovem a expansão geográfica do Direito Internacional, contribuindo, desta forma, para sua universalização.

As organizações supranacionais dos tipos universal e regional exercem papel considerável na criação e desenvolvimento da norma internacional. Não há como negar, neste contexto, a contribuição das Nações Unidas para o avanço do Direito Internacional, em seus diversos aspectos. Através de sua Comissão de Direito Internacional, a ONU promove o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação. Sabemos que a inaptidão de costume para responder aos desafios da sociedade internacional deste século propiciou, quantitativamente, o destaque do tratado no quadro das fontes, circunstância que promove a renovação constante do Direito Internacional. Os órgãos políticos da ONU, através de resoluções, introduzem outros elementos renovadores que, ao lado da fonte convencional, ditam a tônica do processo de reestruturação jurídica internacional.

Reconhecidas como fontes do Direito Internacional, as Resoluções das Organizações Internacionais permanentes promovem o contínuo processo de articulação, expressão e evolução do Direito Internacional Público. É exatamente por esse caminho que os países do Terceiro Mundo buscam influir na reconstrução da ordem jurídica internacional. Como membros das Nações Unidas e dos outros organismos internacionais, perto de 120 Estados, quase todos ex-colônias das antigas potenciais européias, utilizam-se, principalmente, da igualdade estabelecida na Assembléia Geral, para erguer o nível de consciência dos representantes dos países pobres no sentido de forçar a mudança dos padrões sociais, econômicos, políticos e jurídicos do mundo, e construir uma Nova Ordem Internacional. Procurando, através da ação política neutra, não-alinhada, manterem-se equidistantes de jogo do poder das grandes potências os Estados do Terceiro Mundo re-

cusam, em bloco, a validade do direito internacional clássico, cujas normas foram estabelecidas em uma época em que não podiam participar de nada, e em cujas definições não colaboraram. Assim, escreve Adriano Moreira - "enquanto que tradicionalmente o reconhecimento da personalidade de um Estado implicava para este a aceitação do direito internacional, os neutralistas entendem que o reconhecimento significa o acesso à participação na definição de um novo direito internacional".(3)

Nas assembléias do mundo, ocupadas hoje pela nova maioria composta pelos países do Terceiro Mundo, manifesta-se o princípio da igualdade jurídica dos Estados, sendo aí a única oportunidade em que essa ficção jurídica se torna realidade. Mesmo porque, ao instituir o sistema de veto no Conselho de Segurança, os idealizadores das Nações Unidas deixavam claro que uma grande potência nunca submeteria os seus interesses vitais à decisão da maioria dos pequenos Estados. Como lembra Adriano Moreira, "foi a tradição aristocrática ocidental que levou à instituição do Conselho de Segurança, no qual é necessário que o voto de todas as grandes potências seja ouvido e respeitado para a aprovação de decisões referentes à segurança internacional".(4)

Mohamed Bedjaoui salienta que "nas instituições internacionais, a maioria encontra-se do lado do Terceiro Mundo. Este dispõe de um volume de votos, decisivo e decisório, ao nível da Assembléia Geral das Nações Unidas, ou da conferência Geral da OIT, ou da Unesco. E, pela primeira vez, o poder do número encontra-se em oposição ao poderio material. Também pela primeira vez, o poder político-econômico real do mundo, que continua nas mãos do Ocidente, já não dispõe da sua expressão jurídica tal como esta ainda há alguns anos se revelava nas resoluções da ONU, da OIT, da CNUCED ou da Unesco, por exemplo. Inversamente, e pela primeira vez, o terceiro mundo dispõe ao nível dessas instituições de um "direito", graças ao poder do número".(5)

Em virtude da Assembléia Geral da ONU ter-se transformado numa tribuna terceiro-mundista, as grandes potências procuram encaminhar a solução de

seus interesses fora da ONU. Desta forma, os países industrializados, procurando garantir suas conquistas do tempo do direito internacional clássico, insistem em discutir os problemas Norte/Sul em outros foros. Por outro lado, os EUA e a CEI através de acordos bilaterais, negociam entre si a redução de armamentos, assunto de vital importância para todos, ricos, pobres, armados e desarmados. Saliente-se o fato de que a primeira resolução aprovada pela Assembléia Geral da ONU, versava sobre desarmamento e propugnava a eliminação das armas atômicas e de todos outros instrumentos bélicos de destruição coletiva, bem como recomendava o controle da energia atômica ao nível necessário para assegurar o seu uso para fins pacíficos - Resolução nº 1 (I) de 24 de janeiro de 1946 que criou a Comissão para a Energia Atômica.

A construção da Nova Ordem Internacional só será realmente possível com a ampliação do processo de democratização e universalização do Direito Internacional. Transformar e não apenas emendar o Direito Internacional Clássico é o desafio legal para a configuração de um sistema jurídico baseado não nos velhos conceitos europeus, no "espírito de Vestfália" e no conseqüente corpo normativo criado para justificar o direito de fazer a guerra e de celebrar tratados, que espelham apenas a vontade das nações poderosas.

O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO

É comum, ao iniciar-se uma tentativa de conceituação de uma disciplina científica, principalmente no campo das Ciências Sociais, fazer-se referência às dificuldades para se estabelecer, no âmbito restrito de uma definição, a essência do que se quer esclarecer ou explicar, pois não é fácil indicar, com a necessária clareza, o objeto, (6) a exata finalidade, ou mesmo o conteúdo de qualquer disciplina no contexto global da Ciência a que ela pertence. A complexidade da vida moderna ampliou, de forma absoluta, a interdisciplinaridade e a interação das Ciências.

O direito internacional do desenvolvimento é um novo ramo, do direito internacional público. As dificuldades para definir o próprio DIP são registradas pelos grandes internacionalistas.

Celso Mello (7) assinala a variedade de critérios que presidem, de autor para autor, as abordagens conceituais do DIP. Alguns consideram os sujeitos da ordem jurídica internacional (Fauchille); outros levam em conta o modo de formação das normas jurídicas (Bourquin); ou como quer Verdross, o importante seria considerar a "comunidade de que as normas emanam".

Conforme Gros Espiell "o direito internacional do desenvolvimento é um ramo do direito internacional público cujas normas e princípios regulam os aspectos econômicos comerciais, sociais e técnicos do desenvolvimento e da cooperação internacionais, em sentido global e sistemático. É um direito essencialmente finalista, teleológico, isto é, busca realizar o desenvolvimento econômico, social, cultural e político de todos os povos, sobretudo dos países em desenvolvimento". (8)

No detalhamento desse enunciado genérico, devemos, preliminarmente, considerar o problema que se coloca em relação ao direito econômico internacional (9), isto é, se o direito internacional do desenvolvimento se enquadraria no âmbito do direito internacional público como parte integrante do direito internacional econômico, ou se deveríamos considerá-lo como um novo ramo do direito internacional público, com suas características próprias, suas finalidades e suas especificidades. Somos, como já afirmamos, de opinião de que o direito internacional do desenvolvimento se localiza no DIP por suas particularidades e finalidades.

Considerando que o direito internacional econômico objetiva regular as transações internacionais caracterizadamente econômicas, o direito internacional do desenvolvimento vai além do meramente econômico para se colocar como instrumento jurídico dinâmico, promotor de mudanças e do progresso em todos os campos da atividade humana.

Sintetizando o problema da localização do direito internacional do desenvolvimento no âmbito do DIP, afirma Gros Espiell: (10)

"O direito internacional do desenvolvimento se situaria, em parte, no direito internacional econômico, capítulo, por sua vez, do direito internacional geral, porque todos os princípios e normas relativas ao desenvolvimento econômico, e que são parte do atual direito internacional econômico são, por sua vez, um setor do direito internacional do desenvolvimento. Contudo, desenvolvimento não é somente crescimento econômico, e sim desenvolvimento social, progresso cultural e desenvolvimento político. Há portanto, um setor do direito internacional do desenvolvimento que não se pode situar no direito internacional econômico".

Desta forma devemos considerar que esta nova formulação do direito internacional tem, também como ponto de destaque, uma perspectiva de constante evolução. Seu caráter interdisciplinar incorpora "uma noção de universalização que, frente à crise da velha ordem da divisão internacional do trabalho, o direito internacional está perdendo. Assim, a preocupação científica pelo desenvolvimento ou modernização, segundo alguns, transformou-se na "ideologia básica mais comum do mundo presente". (11)

Conforme assinala Friedmann o DIP clássico pouco se preocupou com as questões de bem-estar ou com as condições econômicas das nações cujos governos mantinham relações diplomáticas mútuas. Convém lembrar que, hoje, neste mundo interdependente e assimétrico, onde a miséria se abate sobre dois terços da população, o direito internacional do desenvolvimento aparece não somente como um direito novo, mas também como "uma técnica jurídica destinada a instrumentalizar normativamente a luta contra o subdesenvolvimento". (12)

Vejamos agora, nestas linhas que tentam estabelecer as características do direito internacional do desenvolvimento, um de seus principais destaques: regular as relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no âmbito econômico, político e cultural, com vistas ao desenvolvimento integrado dos Estados do Terceiro Mundo.

Observa Michel Virally que, domínio econômico, a livre escolha do sistema econômico surge como a primeira reivindicação em nome da soberania. (13)

O saque indiscriminado, a que foram submetidos os povos do Terceiro Mundo durante os séculos de colonialismo, propiciou aos Estados centrais a oportunidade de confiscar grande parte das riquezas naturais das colônias. O processo de descolonização e a criação dos novos Estados fez surgir, a esse respeito, o problema fundamental do questionamento da soberania recém-conquistada e, da mesma forma, despertou as antigas colônias para que estas viessem a exigir, como derivativo do princípio da autodeterminação, o direito de recuperar o controle de sua riqueza e, livremente, escolher sua organização econômica, política social e cultural.

Explica César Sepúlveda que, à primeira vista, não há o que discutir sobre a legitimidade do direito dos novos Estados, que emergiram da descolonização, de disporem de seus recursos naturais e de suas condições econômicas, uma vez que pertence à própria essência do Estado regular tudo quanto se encontra em seu território, exceto as limitações estabelecidas com base no DIP. (14)

Apesar de todos os esforços até hoje empreendidos para reverter o quadro das desigualdades Norte/Sul, e dos quais resultaram muitas conquistas importantes, como a Carta de Direito e Deveres Econômicos dos Estados, persiste a situação conflitiva derivada da igualdade de direito e da desigualdade econômica quadro que leva Charles Velée a afirmar que "o direito internacional do desenvolvimento é "un droit de l'inegalité". (15)

Afirma Virally que dentre os princípios relacionados no Capítulo I da Carta do Direito e Deveres Econômicos dos Estados a letra b "Igualdade Soberana de todos os Estados", reveste-se da maior importância.

Como sabemos, o princípio da igualdade soberana dos Estados é um dos alicerces da ordem jurídica internacional. A Carta das Nações Unidas, em seu Capítulo I, artigo 1º registra como propósitos do organismo:

"Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz mundial".

A desigualdade econômica, que caracteriza as relações internacionais, não pode ser tratada isoladamente no âmbito das relações internacionais globais. A independência política constitui uma preliminar à independência econômica e, portanto, a soberania será imperfeita se permanecer apenas no âmbito político.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico os direitos e deveres econômicos dos Estados fazem parte do direito internacional geral, do qual são apenas parte especial.

É, por esta razão - diz Virally - "que os princípios relacionados aos direitos e deveres econômicos dos Estados se encontram ligados a um certo número de outros princípios do DIP que, apesar de não versarem matéria econômica, constituem-se em corolários para sua explicação. O princípio da igualdade soberana é bastante complexo e traz, em seu âmbito, duas idéias distintas: a de soberania e a de igualdade. Essas idéias são complementares e definitivamente indissociáveis". (16)

Analisando a contradição de igualdade jurídica/desigualdade econômica, Charles Vallé (17) assinala que a igualdade jurídica aparece sempre como um meio de defesa dos países em desenvolvimento face aos ataques à sua soberania. Essa realidade é, no entanto, bastante contraditória, na medida em que os países em desenvolvimento exigem, em suas relações econômicas com os Estados desenvolvidos, os benefícios dos regimes desiguais. É, em razão disso, que as normas do direito internacional do desenvolvimento têm quanto aos seus destinatários, aspectos de dualidade que, de fato, não tornam, este caso, uma exceção no quadro geral do DIP. A situação especial dos Cinco Grandes, como membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, exemplifica privilégios especiais que conformam uma excepcionalidade de tratamento e de direitos que conferem ao grupo poder de veto.

No caso presente das normas de direito internacional do desenvolvimento, para que esse ramo do DIP se instrumentalize, de fato, para atingir suas finalidades, devemos considerar, também, uma situação de excepcionalidade.

Assim, podemos registrar a existência de normas voltadas para as relações entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento; e um segundo grupo destinado a reger as relações entre os próprios países em desenvolvimento.

Dessa dualidade de normas, voltadas para a realidade das situações de igualdade jurídica em contraposição à desigualdade econômica, resulta a aplicação do princípio da desigualdade compensatória assim definido por Celso de Albuquerque Mello:

"... a igualdade só pode vir a ser entendida se os países em desenvolvimento receberem maiores vantagens do que os países ricos. Compensam-se as desigualdades de fato para que a igualdade jurídica se realiza". (18)

O artigo 38 da Carta da OEA foi redigido considerando, exatamente, as desigualdades econômicas entre os Estados.

"Os Estados-Membros reafirmam o princípio de que os países de maior desenvolvimento econômico, que em acordos internacionais de comércio facam concessões em benefício dos países de menor desenvolvimento no tocante a redução e abolição de tarifas ou outras barreiras ao comércio exterior, não devem solicitar a estas países concessões recíprocas que sejam incompatíveis com seu desenvolvimento e com suas necessidades financeiras e comerciais".

Em resumo, podemos concluir que as seguintes características permitem destacar o direito internacional do desenvolvimento no quadro geral do DIP.

- a) É um direito voltado para o problema das economias nacionais em processo de desenvolvimento integrado. Por desenvolvimento

compreende-se um processo que considere os indicadores não apenas econômicos, mas também, os aspectos da modernização política, da proteção ambiental, e do progresso cultural livre e universal.

- b) É um direito que pretende regular as relações internacionais derivadas dos problemas do desenvolvimento.
- c) É um direito novo, em ampla formação, contemporâneo da Carta da ONU e, sobretudo, das consequências jurídicas do processo de descolonização. Seus principais titulares são os países em desenvolvimento.
- d) É um direito com uma finalidade: erradicar a miséria, corrigir injustiças e criar as condições necessárias para que as antigas colônias das potências imperialistas possam participar da vida mundial como sujeitos ativos da história.
- e) É um direito que insiste na cristalização da idéia de fazer penetrar no Direito, em definitivo, o problema do desenvolvimento.
- f) É um direito integrado no âmbito do DIP e, como tal, apresenta todas as suas virtudes e todas as suas franquezas. (19)
- g) A fonte convencional tem, obviamente, papel relevante a desempenhar na formação das normas do direito internacional do desenvolvimento. Contudo, a sua fonte mais adequada e mais promissora está localizada na Resolução do organismos internacionais.

A fonte costumeira, embora não contestada de forma sistemática, é apontada como inadequada uma vez que os países em desenvolvimento têm pressa, correm contra o tempo na busca do desenvolvimento integrado.

FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO

Não está nos objetivos deste trabalho discutir a problemática geral das fontes do direito internacional. Preocupa-nos, tão-somente, levantar a questão sob o ponto de vista do direito internacional do desenvolvimento, à luz das fontes tradicionais enumeradas no texto do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, sobretudo, das novas formas de manifestação do direito internacional como as resoluções dos organismos internacionais.

Conforme a letra a do mencionado artigo 38 "as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecida pelos Estados litigantes" por se constituírem, hoje, na fonte formal mais ativa e mais freqüente na construção do novo DIP, serão objeto de nossas considerações iniciais.

Consoante o artigo 2º da Convenção sobre Direito dos Tratados - Viena, 1969 - "tratado significa um acordo internacional, que conste, ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica."

A superação do sistema colonial e o conseqüente surgimento do Terceiro Mundo exigiram mudanças na estrutura do direito internacional clássico. Os tratados e convenções internacionais tornaram-se, neste século, a fonte do DIP mais importante e menos controvertida. Informa Cançado Trindade, com base nos números da **United Nations Treaty Series** que, entre 1945 e 1955, foram editados 225 volumes, contendo 3.633 tratados registrados e publicados pelo Secretariado da ONU. Em 1963 esses números já atingiam 7.420 tratados registrados e 470 volumes da **U.N.T.S.** (20).

Não vamos, esta oportunidade, discutir os tratados como fontes do DIP. Basta-nos a afirmação de que eles constituem o elemento mais atuante e mais presente dentre as fontes enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. (21)

Como fonte do direito internacional do desenvolvimento o tratado deve ser visto com certo cuidado. A situação paradoxal a que estão submetidos

os países em desenvolvimento, igualdade jurídica/ desigualdade econômica - pode propiciar o aparecimento de tratados desiguais que, ao cabo, não expressem a livre vontade da parte mais fraca.

Uma das características do imperialismo contemporâneo é sua efetivação por meio dos processos de penetração e dominação econômicas. Não há, nos dias que correm, necessidade de se impor, pela força, a dominação e a perpetuação dos laços de dependência. O velho estilo das canhoneiras ou do **big stick** já não teriam mais justificativas.

Por ocasião da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, o grupo de países não-alinhados tentou impor uma interpretação lata aos dispositivos constantes do artigo 52, que tratam dos casos de nulidade da convenção internacional celebrada mediante ameaça ou emprego da força.

Artigo 52

"É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou emprego da força, em violação dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas". (22)

Os países desenvolvidos, contudo, ofereceram pronta e eficiente oposição. Informa Georges Ténékidès(23) que, durante as discussões, o representante do Afeganistão à Conferência, apoiado nos artigos 18 e 19 da Carta da OEA(24), pedia uma interpretação do artigo 52, afirmando que as pressões econômicas e políticas têm condições de produzir efeitos muito mais danosos à soberania do Estado do que a intervenção armada. Os delegados da Síria e do Iraque, na mesma linha de raciocínio, chamavam a atenção para o fato de que a proibição ao Estado de qualquer tipo de ameaça ou utilização da força se coloca contra os princípios do direito internacional, pois, segundo o entendimento do governo de seus países, "força" significa não somente a força armada, também, todas as outras formas de pressão, econômica ou política, conforme a resolução 2131 (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Esta, consoante a opinião dos não-alinhados, seria a posição dos países que ha-

viam participado da Conferência do Grupo Não-Alinhado realizada no Cairo, em 1964, onde ficara bastante claro que o artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta da ONU deveria ser interpretado de forma a englobar as pressões econômicas e políticas. Da mesma forma, essa foi, também, a posição dos russos.

Os países desenvolvidos, liderados pelos Estados Unidos, conseguiram impedir que a Conferência adotasse a interpretação **lato sensu** das causas de nulidade inscritas ao artigo 52. (25)

Após longas discussões, os países desenvolvidos acabaram em anexar à Ata da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, "Declaração" sobre a interdição da coação militar, política ou econômica, no momento da conclusão dos tratados... Seu texto, registrado por Ténékidès(26), em forma seguinte:

"La conférence des Nations Unies sur le droit des traités..., réaffirmant le principe de l'égalité souveraine des Etats, convaincue que les Etats doivent jouir d'une totale liberté pour l'exécution de tout acte relatif a la conclusion d'un traité, déplorant le fait que, dans le passé, des Etats aient parfois été forcés de conclure des traités sous l'effet de pressions de formes diverses, exercées par d'autres Etats, désireuse que dans l'avenir pareilles pressions ne puissent être exercées, sous quelque forme que ocsoit, par aucun Etat en liaison avec la conclusion de traité, condamne solennellement le recours à la menace ou à l'emploi de tous les formes de pression, qu'elle soit militaire, politique ou économique, par quelque Etat que ce soit, en vue de contraindre un autre Etat à accomplir un acte quelconque lié à la conclusion d'un traité, en violation des principes de l'égalité souveraine des Etats et de la liberté da consentement".

Convém assinalar que os Estados desenvolvidos, ao concordarem com essa "Declaração", o fizeram impondo a consagração, pelo artigo 4º da Convenção, do princípio da irretroatividade da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Contudo, não há como negar a importância do tratado multilateral para evolução e modernização do DIP. Os tratados são fontes destacadas do direito internacional do desenvolvimento. Lembramos, ainda, que, da mesma forma, não há, também, como negar o fato de que, em certos assuntos, como na utilização da energia nuclear com fins pacíficos, a técnica multilateral funciona como instrumento para de Não-Proliferação das Armas Nucleares é um típico exemplo do que acabamos de afirmar. Deixando de lado quaisquer consideração de ordem moral, ecológica e tudo mais que a energia nuclear possa suscitar, de ponto de vista jurídico-econômico e político o TNP é um documento excludente, injusto, resultante da política de poder das superpotências. O TNP pretende dividir o mundo em duas categorias de nações; as que podem desenvolver e utilizar todas as formas de energia nuclear, inclusive para fins bélicos; e as que não podem desenvolver a tecnologia do átomo, ainda que para fins pacíficos. (27)

O Tratado de Não-Proliferação das Armas Nucleares é um documento rígido, que quer cristalizar o monopólio nuclear em favor das potências nucleares. É, enfim, no dizer de Mário Pessoa, "uma tentativa de tordesilhar o mundo". (28)

Comenta Bedjaoui (29) que, de modo algum, os países em desenvolvimento ignoram a importância do tratado como fonte do DIP.

"O acordo é efetivamente a base das relações internacionais e o tecido mais sólido do direito internacional. É o processo por excelência de produção e de elaboração da norma jurídica internacional. (...) Mas, sem deixar de demonstrar interesse e consideração por este gênero de elaboração convencional da norma jurídica internacional, o terceiro mundo tem perfeita consciência dos seus limites. Havemos de observar mais adiante que, por uma multitude de razões político-jurídicas, os países em desenvolvimento não estão em situação de igualdade com os outros para negociarem e concluir tratados. Visto que o direito internacional se caracteriza ainda pelo formalismo do aparecimento e da aplicação das suas regras, os tratados nem

sempre são a manifestação fiel da vontade livre; podem muitas vezes resultar de pressões, de coações ou de condições diversas que não estão satisfeitas à data de sua conclusão.

Deve notar-se que, por outro lado, o que permitiu revolucionar o antigo direito do mar, no fim de contas em pouco tempo, não foi o processo convencional em si, mas sim os progressos técnicos e as poderosas motivações econômicas das grandes potências, em busca dos recursos submarinos para se libertarem da sua dependência em matéria-primas e em energias. Convém, pois, evitar cuidadosamente confundir o efeito e a causa. Todas as seduções da técnica convencional multilateral a que acima aludimos não irão permitir, com tanta facilidade como aconteceu com o direito do mar, a instauração da nova ordem econômica internacional, desde que os países industrializados não se sintam motivados ou se considerem ameaçados nos seus privilégios por essa nova ordem.

Portanto, se o terceiro mundo tem consideração - embora não absoluta - pela via convencional, que já adaptou e que utilizará mais vezes ainda em diversos domínios pontuais do direito internacional; e até da nova ordem econômica internacional, sempre que tal se verifique possível, nem por isso deixa de ser incontestável que o seduz mais a técnica da resolução da organização internacional".

Vejamos agora como se coloca o costume no quadro das fontes do direito internacional do desenvolvimento. Segundo Celso Mello, a doutrina "tem sido uniforme no sentido de afirmar que o costume não é apropriado para um Direito Internacional Econômico que necessita de normas precisas." (30)

Desta forma, levando em conta essa assertiva, podemos afirmar que o costume, por seu processo demorado de formação, também não é apropriado como fonte do direito internacional do desenvolvimento. O Terceiro Mundo tem pressa. Os problemas econômicos, sociais e políticos que, historicamente, o afeta, apelam para as técnicas que possam acelerar o processo de mudança e, conseqüentemente, as transformações para a efetivação da nova ordem econômica internacional.

Por serem maioria nas assembléias do Mundo, os países em desenvolvimento elegeram a resolução dos organismos internacionais, por sua flexibilidade, como o caminho para instrumentalizar juridicamente a nova ordem desejada.

Considerando, pois, essa realidade, podemos inferir que o costume, em sua forma clássica de manifestação por meio de seus dois elementos constitutivos - o material e o psicológico - não pode, de forma imediata, contribuir para o nascimento de novas normas que venham tornar mais justas as relações Norte/Sul.

Contudo, é preciso ficar claro, que não há, por parte dos países em desenvolvimento, o propósito de contestar as normas consuetudinárias de forma sistemática e irracional. Como observa Milan Shahovic, o que se quer é protestar contra o valor obrigatório das regras e princípios consuetudinários que são a expressão da desigualdade de direito e de fato que existia durante o período do colonialismo. (31)

A crítica do terceiro Mundo ao costume como fonte do novo DIP está apoiada no fato de que as velhas normas costumeiras não expressam a vontade da maioria dos países que hoje formam a sociedade internacional que, devido o processo de descolonização, passou por mudanças quantitativas e qualitativas que a tornaram verdadeiramente aberta, democrática e universal:

Salienta Badjaoui que uma norma não é necessariamente melhor por ter recebido a consagração de muitas gerações e triunfado na prova do tempo. "Imagina-se bem o problema essencial que se apresenta e se encerra no seguinte dilema: o novo Estado surgirá num mundo jurídico organizado e intangível e respeitará um direito internacional consuetudinário cuja formação histórica se operou totalmente sem ele e em grande parte contra ele? Ou emergirá ele num quadro jurídico em perpétuo devir, cujas ações não há dúvida que sofre, mas ao qual imprime as suas próprias reacções, e que lhe dá possibilidade de passar à peneira certas regras consuetudinárias?" (32)

De acordo com o artigo 38, l.b do Estatuto da CIJ, considera-se o costume como fonte se ela atender à seguinte expectativa:

"O costume internacional como prova de uma prática aceita como sendo direito".

Desse conceito emergem os dois elementos constitutivos do costume: O material, objetivo, que se traduz na repetição geral, constante, de uma prática comum; e o subjetivo ou psicológico que consiste na convicção de que tal atitude está de acordo com o direito.

Da mesma forma como fizemos na apreciação do tratado como fonte do direito internacional do desenvolvimento, não entraremos na discussão geral do costume; interessa-nos levantar de que forma o costume pode, ou não, funcionar como elemento formador do direito internacional do desenvolvimento.

Como já mencionamos a urgência da reforma da ordem jurídica resultante do direito internacional clássico não se coaduna com um processo que necessita esgotar o tempo para a consagração, como direito, dos atos que se tornaram prática comum na vida internacional. Nesse caso, o elemento material não tem como funcionar, numa perspectiva de reforma urgente, e de mudança imediata. Assinala Bedjaoui que, na realidade, o elemento material joga em favor dos países desenvolvidos.

"os acontecimentos recentes provam-no por superabundância. Assim, o exemplo da reforma monetária internacional é revelador, visto que, vários anos depois das negociações de Rambouillet e de Kingstone, a desordem nunca foi tão grande no mercado de câmbios." (33)

Por outro lado, o segundo elemento - o subjetivo - a *opinio juris necessitatis*, exige, ao lado do elemento material haja uma convicção de que a "prática comum" seja aceita como direito e, portanto, seja obrigatória. Assistimos hoje à contestação pelo Terceiro Mundo de normas costumeiras que deram conteúdo a um direito cuja formação histórica não contou com a participação de novos Estados que surgiram da descolonização.

O costume, portanto, não serve, de forma precisa, à criação das normas do direito internacional do desenvolvimento. Ao exigir que a "prática comum" seja obrigatória para sua configura-

ção, o direito costumeiro quer, também, que essa obrigatoriedade seja aceita pelos membros da sociedade internacional. Sua lentidão, "faz com que ele se adapte às novas circunstâncias sociais com grande atraso".(34)

O professor Charpentier tem razão ao notar que o costume "exige certo prazo para se formar e ser aplicado pela maioria dos Estados, e, portanto, para obter o seu assentimento tácito; o que equivale a dizer que muitas das reivindicações que os novos Estados gostariam de exigir em regra de direito não têm mais possibilidades de triunfar pela via consuetudinária de que pela via convencional".(35)

Da mesma forma como procedemos com as outras fontes, não vamos entrar na polêmica doutrinária sobre a aceitação, ou não das resoluções dos organismos internacionais como fontes do DIP. Apenas registraremos algumas observações sobre o assunto para melhor encaminharmos nossas idéias.

"Ao favorecer o desenvolvimento de **standards** de comportamento internacional, tais resoluções têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os princípios gerais emergentes do direito internacional.

... A atuação das organizações internacionais têm contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos. O mais comum e freqüente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo a adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma **opinio juris**."(36)

Portanto, apesar de não se constituírem em formas de criação do direito internacional de modo semelhante ao tratado, por exemplo, as resoluções dos organismos internacionais abrem caminhos importantes para que a fonte convencional se apresente e se instrumentalize.

Escrevendo sobre as fontes do DIP, Friedman explica que, além das fontes tradicionais, há de se considerar o papel das resoluções neste contex-

to. Cita como exemplo a resolução de 20 de dezembro de 1963, que aprovou uma proposta dos Estados Unidos sobre a cooperação no espaço exterior. Tal resolução admite a aplicação do direito internacional e do princípio de livre exploração do espaço exterior e corpos celestes, por todas as nações. Após promulgação dessa resolução, dois anos mais tarde, uma outra foi votada na Assembleia Geral, abordando o problema do espaço exterior de forma mais específica, isto é, desenvolveu os princípios da resolução de dezembro de 1963 por meio da proibição de apropriação nacional do espaço exterior e corpos celestes, como os planetas. Em dezembro de 1966, os princípios das duas resoluções foram reunidos em um tratado formal: "Resoluções semelhantes" - diz Friedman - muitas vezes representam uma importante ligação no processo contínuo de desenvolvimento e formulação de novos princípios de direito internacional.(37)

Contudo, não é tranquila, entre os internacionalistas, a tese da obrigatoriedade da resolução. Karl Deutsch(38) - comentando o funcionamento da Assembleia Geral da ONU - chama a atenção para o seguinte:

"Em geral, cada grande potência tinha grande zelo na implementação de votos ou de recomendações de Assembleia quando eles serviam suas políticas nacionais, mas absolutamente nenhum zelo no caso contrário".

É dentro dessa mentalidade que os países desenvolvidos procuram negar valor jurídico às resoluções, classificando-as como meras proclamações políticas resultantes das disputas entre países ricos e países pobres.

"É evidente - lembra Eduardo Novoa Monreal(39) - que não se pode juridicamente equiparar uma resolução a uma convenção internacional. Mas da mesma forma, não se pode aceitar a tese, segundo a qual, a resolução não tenha qualquer força jurídica vinculante".

Acreditamos no seu valor jurídico a partir do momento em que sua aprovação se der em razão de ampla maioria. Como retirar validade jurídica de um documento aprovado por maioria esmagadora de países membros da ONU - 120 contra 6 e 10 abstenções - como é o caso da resolução 3.281 (XXIX) que instituiu a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados?

Doutrinariamente o problema da natureza jurídica da resolução é bastante controvertido. Jorge Castañeda destaca sua importância, acentuando seu caráter declaratório e, evidentemente, negando-lhe a condição de força criadora do direito. Segundo o mesmo autor a resolução pode funcionar como instrumento declaratório da normas consuetudinárias, como também de princípio gerais de direito. "y en tal sentido fijan, aclaran y precisan normas y principios y se convierten en elementos indicativos de derecho". (40)

Monreal sustenta sua defesa do valor jurídico das resoluções, e de seu caráter de fonte, indicando o fato de que o Tribunal Superior de Tokio, em sentença de 27 de maio de 1953, invocou a resolução 626 (VII) da Assembléia Geral para apoiar sua decisão em litígio a respeito do petróleo iraniano. Analisando o mesmo caso, o Tribunal de Roma também foi buscar na resolução 626 (VII) a fonte para sua decisão. (41)

Resumindo essas teses, Celso Mello esclarece muito bem o problema:

"O valor jurídico das resoluções depende do fato de elas refletirem um consentimento geral, ou consagrarem um direito pré-existente". (42)

Um outro aspecto a ser considerado está na correlação entre a resolução e o costume.

"Se apreciarmos certas resoluções - comenta Cançado Trindade - de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculados entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, podemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como ocorreu nos últimos

anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais." (43)

Nesse particular, ao adotar o elemento consensual, que é verificado facilmente pela votação, a resolução favorece em quadro evolutivo que partiria, segundo Badjaoui, de um pré-direito para, em seguida, transcorridos alguns anos, transformar-se em direito positivo.

O direito internacional do desenvolvimento está sendo construído por meio das resoluções dos organismos internacionais, sobretudo daquelas votadas e aprovadas na Assembléia Geral da ONU, versando sobre o desenvolvimento integrado do Terceiro Mundo. Mesmo porque, a polêmica em torno da condição de resolução como fonte do DIP fica superada a partir do instante em que se considere certas resoluções como instrumento de interpretação da Carta da ONU. Segundo Gros Espiell, as resoluções declarativas da Assembléia Geral tem valor jurídico que lhes assegura o caráter de fontes do direito. Nesta circunstância as resoluções devem ser assim consideradas pela Corte Internacional de Justiça, conforme a resolução adotada pela Assembléia em 21 de novembro de 1974 - resolução 3232 (XXIX). "Esta resolución - diz Gros Espiell -, relativa a la acción de la Corte Internacional de Justicia en cuanto principal órgano judicial de las Naciones Unidas, reconoce en su parte preambular que el desarrollo del derecho internacional puede reflejar-se, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General que, en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia". (44)

Desta forma, as resoluções referentes à construção de uma Nova Ordem Econômica Internacional vão alicerçando o direito internacional do desenvolvimento. É o caso das seguintes resoluções da Assembléia Geral: 1515 (XV) declarando que um dos deveres elementares da ONU é o de acelerar o progresso econômico e social dos países em desenvolvimento; 1522 (XV) abordando o problema da ajuda,

aos países em desenvolvimento, por parte dos países desenvolvidos que deveriam destinar um por cento de suas rendas nacionais para tal finalidade; 1710 (XVI) proclamando os anos sessenta como a "Primeira Década para Desenvolvimento"! 917 (XXXIV) aprovada pelo Conselho Econômico e Social, juntamente com a 1785 (XVII), da AG, que convocaram a **I UNCTAD**; 2029 (XX) intitulada "A Serviço do Progresso" sobre o "Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD"; 2089 (XX) que criou, no quadro da ONU, uma organização autônoma destinada à promoção do desenvolvimento industrial - ONUDI - Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Esta resolução foi completada por outra - 2152 (XXI); 2200 (XXI) sobre a **II UNCTAD**; e a número 2626 (XXV) que institui o Segundo Decênio das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Muito importante neste contexto, é a Resolução 41/128 sobre o "Direito ao Desenvolvimento". Essas resoluções, fontes destacadas do direito internacional do desenvolvimento, foram precedidas pela importante decisão da Assembleia Geral adotada por meio da resolução 1.514, conhecida como "Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais," que foi decisiva na liquidação do impérios coloniais.

Conforme Charles Vallés, a resolução 1.514 tem importância excepcional, pois, em seu último parágrafo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é colocada em pé de igualdade com a Carta da ONU.(45) É bom lembrar que a ONU instituiu, a partir dessa resolução, o seu "Comitê de Descolonização" que desempenhou importante papel na liquidação do colonialismo.

Ainda neste contexto, faz-se necessário mencionar as resoluções da Assembleia Geral de nº 1803 (XVII) sobre a soberania permanente em relação às riquezas e recursos dos Estados, e a importante 2625 (XXV) - Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e a Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU. Todas essas resoluções são importantes fontes do direito internacional do desenvolvimento e, como tal, precederam, em suas condições de pré-direito (Bedjaoui) a Carta dos Direitos e

Deveres Econômicos dos Estados adotada pela resolução nº 3281 (XXIX) de 12 de dezembro de 1974. As resoluções 3201 (SVI) e 3202 (SVI) foram preparatórias de 3281. Registre, também, a resolução 3362 (SVII) de 16 de setembro de 1975, que aborda os problemas do desenvolvimento e da cooperação econômica internacional.

A sociedade internacional contemporânea, como se sabe, é composta por entes estatais de variado grau de desenvolvimento econômico.

Essa realidade exige a instrumentalização de mecanismos que possam funcionar como coordenadores do processo de inter-relacionamento desses entes estatais. Os organismos internacionais vêm exercendo importante papel nessa direção.

Os problemas derivados do atraso secular que, historicamente, marca a trajetória dos países que ingressaram na sociedade internacional após 1945, somente vieram à tona a partir do instante em que esses povos passaram a utilizar os organismos internacionais, sobretudo a Assembleia Geral da ONU como tribuna para pedir mudanças profundas nas relações entre países desenvolvidos e não-desenvolvidos.

Como assinala Cançado Trindade, a resolução cristaliza novos conceitos e princípios gerais "em geral acompanhados ulteriormente de certos mecanismos de supervisão e controle, pode vir a suprir, em parte, a insuficiência das modalidades tradicionais de formação do direito internacional - consignadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, - principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes grau de desenvolvimento econômico".(46)

A técnica da resolução se mostra eficiente, entre outras, pela sua flexibilidade, isto é, ela não precisa, necessariamente, excluir o tratado ou o costume. Em muitos casos ela pode funcionar como documento preparatório, ou introdutório à adoção de uma convenção. Em seu processo de elaboração a resolução considera, de início, as especificidades do problema a que ela pretende abordar, levando em conta todos os indicadores sócio-econômicos e políticos suscetíveis de influenciar a negociação.

A resolução é, portanto, a fonte mais adequada e mais promissora ao direito internacional do desenvolvimento. É nessa situação que ela funciona como importante fator de renovação do DIP. Conforme Bedjaoui, "na resolução da organização internacional o novo pode estar ao lado do antigo e o contestado ao lado do que já está assente... Porque na resolução - e isso é importante - o novo e o antigo estão misturados, reforçam-se mutuamente e, numa osmose fecunda e decisiva, comunica a um o que falta ao outro. (47)

CONCLUSÕES

Vivemos hoje numa sociedade internacional marcada essencialmente pela interdependência em todos os campos da atividade humana, e por um conjunto de componentes anárquicos - lutas tribais que julgávamos superadas, violência política, instabilidade financeira e monetária, atentados ecológicos - tudo isso em meio à mais impressionante e aterrorizadora corrida armamentista de todos os tempos.

Não será demasiado afirmar que, dentre os graves problemas que as sociedades nacionais enfrentam neste final de século, quatro se destacam por sua natureza e importância:

- garantir os direitos fundamentais;
- realizar o desenvolvimento econômico;
- defender o sistema ecológico; e
- conseguir o desarmamento, sobretudo o nuclear.

O advento de novos Estados e o surgimento das macroempresas transnacionais, além dos grupos de interesse e de pressão internacionais, introduziram uma gama de mudanças qualitativas na estrutura da sociedade internacional, fato que passou a exigir do direito internacional uma adaptação imediata à nova realidade.

Acrescente-se, a tudo isso, o fato de que a preocupação com o desenvolvimento econômico e o bem-estar dos povos do Terceiro Mundo passou a exigir mudanças imediatas na ordem antiga. Como lembra Wolfgang Friedman, "os princípios e métodos do desenvolvimento econômico internacional tem criado um conjunto inteiramente novo de direitos e de organizações internacionais.

... As preocupações com o bem-estar e com o desenvolvimento econômico internacional, como aspectos vitais das relações internacionais, são parte do interesse maior e universal da humanidade na sobrevivência. Isso tem angariado novas dimensões como resultado dos modernos progressos técnicos e científicos. Esse interesse comum na humanidade na sobrevivência pode ser dividido em dois aspectos:

- 1) o interesse em se proteger da destruição, e
- 2) o interesse na preservação dos recursos comuns."

É neste quadro de aspirações que o direito internacional do desenvolvimento aparece como instrumento para as mudanças. Sendo um direito com uma finalidade muito clara - o desenvolvimento dos Estados não-industrializados - esse direito não se preocupa exclusivamente com os aspectos econômicos do desenvolvimento. Quer ser o promotor das mudanças também nos campos social e cultural. Como destaca Héctor Cuadra, a primeira das medidas a ser tomada, para assegurar a proteção dos direitos econômicos e sociais, será considerar as relações existentes entre direitos políticos e civis, por um lado, e os direitos econômicos e sociais, por outro.

Contudo, a nova ordem internacional que vem se estruturando desde o colapso do Império Soviético e o fim da guerra fria, se não for alicerçada em um verdadeiro querer ético-político que redefina o conceito de cooperação internacional por parte dos G-7, (48) será apenas uma nova versão da ordem internacional da miséria que nasceu do colonialismo, da divisão internacional do trabalho conseqüente

da 1ª Revolução Industrial e do imperialismo europeu e não-europeu. Não há possibilidade de superação de impasse Norte/Sul sem o desenvolvimento econômico, social e político dos países que estão reunidos sob o controvertido rótulo de Terceiro Mundo. Da mesma forma, não será possível uma segurança coletiva enquanto dois terços da humanidade estão mergulhados na fome e na miséria.

O direito internacional do desenvolvimento não se confunde com o direito ao desenvolvimento, um dos direitos humanos de 3ª geração - direitos de solidariedade. Trata-se de um ramo novíssimo do direito internacional público que apresenta uma concepção teleológica, pois é uma manifestação jurídica voltada para a mudança, o progresso e o desenvolvimento sustentável. Não é apenas um conjunto normativo de formação recente, cujo objetivo centraliza-se na regulagem das relações internacionais que têm por finalidade o desenvolvimento: constitui, isto sim, um sistema jurídico que pretende acelerar e impulsionar o desenvolvimento integrado. É também uma de suas características mais destacadas o fato de apresentar uma estrutura normativa dual, isto é, normas voltadas para as relações entre países desenvolvidos e normas que se dirigem às relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Visa, em última análise, dar o necessário suporte jurídico à construção da tão almejada Nova Ordem Econômica Internacional.

NOTAS

- 1) Kaplan, Morton A. e Katzembach de B. - Fundamentos Políticos do Direito Internacional. Zahar Editores, 1974, p.75.
- 2) Bedjaoui, Mohammed. Para Uma Nova Ordem Internacional. Lisboa: Editorial Presença, 1979, p.50.
- 3) Moreira, Adriano - Ciência Política - Lisboa: Livraria Bertrand, 1979, p.403.
- 4) Idem, p.400
- 5) Op. cit. p.151.
- 6) "Sabem os senhores que os sociólogos até hoje não conseguiram estabelecer, sem discrepâncias, o objeto da Sociologia, o que não deve causar estranheza, pois com o Direito, que é bem mais antigo, acontece o mesmo. O caráter problemático do objeto parece ser inerente às ciências humanas." Miguel Reale - Lições Preliminares de Direito - São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p.19.
- 7) Mello, Celso D. de Albuquerque - Direito Internacional Público Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1º volume, 1979, pp.44/45.
- 8) Consulte-se Héctor Gros Espiell. El Nuevo Orden Económico Internacional - in Jorge Castañeda et alii. Derecho Económico Internacional, pp.84/103. Da mesma forma. Witker, Jorge, idem, p.113.
- "Maurice Flory, após observar que, hoje, o DI está a serviço de um projeto: o nascimento de uma nova ordem econômica internacional caracteriza o DI do Desenvolvimento como um direito a serviço de uma finalidade... a luta contra o subdesenvolvimento e a procura de uma verdadeira independência para os países subdesenvolvidos." Celso Mello, op. cit. p. 1.119.
- 9) Ver Blagojevic, Borislav T. Quelques Caractéristiques du Droit Économique International Actuel in Revue Internationale de Droit Comparé - Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n° 2-avril-juin, 1968, pp. 273/285.

- 10) Idem, p.114.
- 11) Witker, Jorge, op. cit. p.112.
- 12) Friedman, Wolfgang - Mudança da Estrutura do Direito Internacional - Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, p.9.
- 13) La Charte des Droits et Devoirs Économiques des Etats in Annuaire Français de Droit International, 1974, p.67.
- 14) Soberania Permanente sobre los Recursos Naturales las Matérias Primas y la Carta de Derechos e Deberes Económicos de los Estados - in Derecho Economico Internacional, pp. 386/387.
- 15) Thierry, Hubert, Cumbacau, Jean, Sur, Serge e Vallée, Charles. Droit International Public - Paris: Editions Montehrestien, 1975, p.516.
- 16) op. cit. p.30
- 17) op. cit. pp.517/518.
- 18) O Princípio da Igualdade no Direito Internacional Público - in Revista da OAB - Ano VII, Volume XX, p.23.
- 19) Ver, a propósito da integração do Direito do Desenvolvimento no DIP, Vallée, Charles, op. cit. pp. 503/537.
- 20) Antonio Augusto Cançado Trindade - Princípios do Direito Internacional Contemporâneo - Brasília - Editora UnB - 1981, p.10.
- 21) Para um estudo completo dos Tratados consulte-se, J.F. Rezek - Direito dos Tratados - Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984.
- 22) Ver o texto integral da Convenção sobre Direito dos Tratados em Celso D. de Albuquerque Mello. Tratados e Convenções. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar - 1986, pp. 678 e seguintes.

23) Les Effets de la Contrainte sur les Traités a la Convention de Vienne du 23 Mai 1969 - in Annuaire Français de Droit International Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1974, pp. 79/102, especialmente p.90.

24) Art. 18 "Nenhum Estado em grupo de Estados têm o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este principio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem...

....Art.19 "Nenhum Estado poderá aplicar ou estimular medidas coercitivas de caráter econômico e político, para forçar a vontade soberana de outro Estado e obter vantagens de qualquer natureza".

25) É interessante destacar que a Síria, por ocasião da ratificação da Convenção sobre os Direitos dos Tratados, coerente com a posição assumida durante a Conferência, ao apresentar suas reservas à Convenção, deixava claro que seu governo entendia o artigo 52 da seguinte forma: Os termos "ameaça ou emprego da força previstos no artigo 52 se aplicam igualmente às coações econômicas, políticas, militares e psicológicas, assim como todas e qualquer pressões que possam levar um Estado a firmar em tratado contra seu desejo ou seu interesse. Conférence des N.U. sur le Droit des Traités - Première Session, Vienne, 26 mars - 24 mai 1968 - Documents Officiels, pp. 292 Apud Ténékidès, op. cit. p.90.

26) Idem, idem, p.91.

27) Sobre a natureza jurídica e as implicações político-econômicas do Tratado de Não-Proliferação das Armas Nucleares, ver Alves Pereira, Antônio Celso, Os Impérios Nucleares e seus Reféns: Relações Internacionais Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Saral, 1984, pp. 174/177.

- 28) Leis de Guerra e Armas Nucleares, São Paulo: Editora dos Tribunais, 1969, p.212.
- 29) op. cit. pp. 147/148.
- 30) op. cit. p.212.
- 31) Milan Shahovic - Influence des Etats Nouveaux sur la Conception du Droit International - Annuaire Français de Droit International, 1966, p.34/35 - Apud Bedjaoui, op. cit. pp.143/144.
- 32) Bedjaoui, p.143.
- 33) idem, p.145.
- 34) Celso Mello, op. cit. p.213.
- 35) Charpentier, Lean - Mudancas de l'Elaboration du Droit International Public Coutumier, Paris: Editions Pedone, 1975, p.112 - Apud Bedjaoui, op. cit. p.146.
- 36) Cançado Trindade, op. cit. p.30.
- 37) op. cit. pp.87/88.
- 38) Deutsch, Karl, W. El Analisis de las Relaciones Internacionales - Buenos Aires: Editorial Paidós, 1974, p.224.
- 39) La Nacionalización en su aspecto jurídico in Castañeda, Jorge et alii - Derecho Económico Internacional, p.171.
- 40) Jorge Castañeda - Valor Jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas - México: El Colegio de México, 1967, p.170. Apud Monreal, op. cit. p.172.
- 41) Monreal, op. cit. p.172.
- 42) Idem, idem, idem.
- 43) op. cit. p.27.

- 44) op. cit. p.94.
- 45) op. cit. p.495.
- 46) op. cit. p.27.
- 47) op. cit. p.198.
- 48) Grupo dos 7 países mais desenvolvidos.

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

Prof. de Direito Penal da UERJ e Advogado.

Texto revisado de conferência pronunciada na Associação dos Advogados de Pinheiros-SP, em 26/04/90.

O movimento internacional, visando a reforma do direito Penal, desencadeado a partir do fim da IIª Grande Guerra, não tem paralelo na história (Jescheck, *in* "Política Criminal Y Reforma del Derecho Penal", 1982, p. 236).

Em apreciável parcela, a escalada reformista, que atinge degraus próximos do abolicionismo, é o reflexo dos questionamentos formulados pela denominada Criminologia Sociológica (Wolfgang e Ferracutti, *apud* Jason Albergaria, *in* "Noções de Criminologia". 1978, p.22 e Roberto Bergalli, *in* "El Poder Penal del Estado", 1985, p. 11). Assim, na esteira da concepção de Robert Merton, com sua "Teoria da Anomia", não mais se deve continuar buscando, na patologia individual, as raízes dos comportamentos desviantes, eis que o crime seria a resposta normal do homem, diante da impossibilidade de alcançar suas metas, através dos caminhos institucionalizados. Também a reprovabilidade, que se assenta na consciência e vontade de agir contra os valores oficialmente aceitos, em muito se esmaece, diante das "Teorias das Subculturas", formuladas por Cohen e outros. Na verdade, ao lado da escalada de valores oficiais, desenvolvem-se outros sub-sistemas, que transmitem ao indivíduo modelos diferentes de comportamento e de valoração. E, como assinala Alessandro Baratta, está fora do poder de decisão do ser humano a contingência de participar, ou não, de uma determinada subcultura, que venha a conflitar com os valores oficiais.

(*in* "Política Criminal", cit. p. 34).

Ainda na sequência dos questionamentos, a Criminologia Sociológica, partindo das pesquisas pioneiras de Sutherland, que isolou o "criminoso do colarinho branco", acabou desmistificando o princípio da igualdade em face da lei penal, ao evidenciar que, embora uma apreciável parcela do corpo social cometa crimes, apenas uma minoria recebe a etiqueta de delinquente, através de um processo seletivo, que culmina por arrastá-la para o cárcere.

Também a Política Criminal vem exercendo extrema influência no movimento reformista do Direito Penal, notadamente no campo penitenciário. Os aportes trazidos pela Criminologia Clínica, sobre os processos de prisionização, de despersonalização e de estigmatização do condenado, (Juan Bustos Ramirez, *in* "El Poder", cit., p. 132) induziram a Política Criminal a intensificar seus esforços na busca de sucedâneos para as penas privativas da liberdade, isto com marcantes reflexos do direito positivo.

E todas estas influências coincidiram, (ou foram a causa?) com a abertura da dogmática, que se fechara durante os anos 30, no casulo do tecnicismo - jurídico. Assinala Miguel Bajo Fernandez que a dogmática houvera se convertido em palco de enfrentamentos dialéticos, cuja esterilidade ameaçava seriamente o futuro da Ciência Jurídico Penal. Diante disto, os próprios exegetas, percebendo os perigos de uma dogmática imanente e infecunda, que tivesse um fim em si mesma, descerraram as normas, permitindo que viessem a ser fertilizadas pelas exigências da Política Criminal. (*in* prólogo da "Introducción a la Política Criminal", de Heinz Zipf, ed. espanhola, 1979, pgs. XI e XII).

Hoje, a grande função da dogmática é resguardar o indivíduo frente o poder público, preservando a necessidade da certeza do Direito e da segurança jurídica (Bajo Fernandez, op. cit.), devendo para tanto cumprir três requisitos, no dizer de Roxin: manter clareza e ordenação conceitual, refletir a realidade e orientar-se pelas diretrizes da política criminal (*apud* Juan Bustos Ramires, *in* "El Poder", cit. p. 123).

Em suma, a tendência em nossos dias, do direito em geral, e do Direito Penal em particular, é eliminar as ficções jurídicas, e conectar as leis com a realidade social (Juan Bustos Ramirez, in "Introducción ao Derecho Penal", 1986, p.192). Numa visão mais arrojada e sonhadora, Muñoz Conde proclama que, enquanto existir Direito Penal, e com ele a dogmática, torna-se necessário que exista alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente, para convertê-lo em um instrumento de mudança e progresso, visando a alcançar uma sociedade mais justa e igualitária; e que, além disto, se incumba de denunciar as contradições do Direito Penal e do sistema econômico que o subjuga (in "Derecho Penal y Control Social", 1985, p.47).

Na análise das transformações ocorridas no campo da dogmática, nestes últimos quarenta anos, desponta, sem dúvida, o novo quadro ("neue bild") da Teoria Geral de Delito, traçado a partir da Teoria da Ação Finalista.

Não cabe aqui, reacender o quase superado debate em torno das proposições cunhadas por Hans Welzel. Se agora o fizéssemos, quase mereceríamos receber a cáustica censura tecida por Zaffaroni aos círculos acadêmicos latinoamericanos que, nas décadas de 70 e 80, discutiam, com anos de atraso, o problema do finalismo, enquanto seus países chafurdavam-se em dívidas, decorrentes de manobras especulativas audaciosas, que faziam desaparecer milhões de dólares ao mesmo tempo, em que dezenas ou milhares de perseguidos políticos sumiam, ou eram sumidos, (in "Descriminalización", 1987, p. 8). Também hoje, são de tal magnitude os problemas econômico-sociais dos países em desenvolvimento da América Latina, com inegável ressonância do Direito Penal, que seria até impatriótico nos estilizarmos num debate acerca da posição mais adequada para o dolo, no esquema do crime.

É sabido que foram plantados por Graf Zu Dohna e Von Weber as sementes que vieram a germinar o finalismo em Welzel. Em seguimento aos artigos esparsos escritos antes da IIª guerra, o professor da Universidade de Bonn lançou sucessivos compêndios, a partir de 1947, acabando por sistematizar

e completar sua teoria, na 2ª edição de "Das neue Bruno, in "Direito penal", I, p. 293, nota 4).

Pelo novo quadro, o dolo foi retirado do domínio da culpabilidade e removido para a estrutura conceitual do tipo. Na culpabilidade ficaram a imputabilidade, a potencial consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa. A tal esquema, no transcorrer destes quarenta anos, aderiu um expressivo contingente de penalistas alemães. Alguns, mesmo não adotando a teoria finalista, acolheram seus efeitos na estrutura do delito.

Das pesquisas realizadas para este nosso encontro, apurei que a primeira notícia, no Brasil, sobre a teoria da ação finalista, deve-se a Roberto Lyra filho, em artigo publicado, na edição de setembro de 1950, da "Revista Brasileira de Criminologia", (ano IV, nº 12). O estudo do saudoso professor carioca intitulava-se "Novas Posições da Dogmática Alemã", e dele se encontra registro no "Tratado" de Jimenez de Asua (tomo III, 2ª ed., 1958, p.359). Posteriormente, em 1954, o professor Anibal Bruno abordava o tema, num trabalho para a "Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia", em que cuidou "Da Ação no Conceito do Crime". (apud, Frederico Marques, in "Curso de Direito Penal", vol. II, 1956, p.53, nº 126).

Ainda foi o mestre pernambucano, no seu "Direito Penal, de 1956 (tomo 1º. pgs.293/98), ao lado do eminente Frederico Marques (in "Curso de Direito Penal" do mesmo ano, vol II, pgs.54/6), quem primeiro expôs em compêndio a teoria de Welzel, tecendo-lhe severas críticas, a ponto de apodá-la de audaciosa e subvertedora do Direito Penal. Na mesma trilha, o ilustre professor de São Paulo não vislumbrava na "doutrina da ação finalista" qualquer "contribuição aceitável" para o Direito Penal.

A verdade, entretanto, é que apesar dos maus augúrios formulados pelos seus expositores iniciais, a teoria da ação finalista viçou na doutrina brasileira, com reflexos na Parte Geral do Código Penal, promulgada em 1984.

Dentre os nossos penalista modernos, foi Heleno Fragoso um dos pioneiros na propagação das

idéias de Welzel. Já em sua tese de docência, publicada em 1961, o saudoso professor dissertava sobre a teoria finalista com indisfarsável simpatia, embora confessasse encontrar dificuldades para "subordinar a ação culposa ao conceito geral de ação finalista" ("Conduta Punível, 1961, pgs. 17 e segs.). Talvez em razão desta perplexidade, Fragoso, na edição de 1962, de sua "Lições de Direito Penal", ainda seguindo o modelo clássico, bipartiu o crime em elementos material e subjetivo, neste último incluindo o dolo. Posteriormente, na 1ª edição, em 1976, da Parte Geral das "Lições", o pranteado titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro adotou por inteiro o finalismo, embora se limitando a asseverar, quanto ao problema do crime culposos, que antes o preocupara, que "nos crimes culposos comissivos também há atividade finalística e, portanto ação".

Ao novo quadro da estrutura do crime aderiu a grande maioria dos penalistas brasileiros de nossos dias, entre eles, João Mestieri, Damásio de Jesus, Francisco de Assis Toledo, Julio Mirabete, Nilo Batista, René Dotti, Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Heitor Costa Junior e Luiz Luisi.

De minha parte, a princípio rejeitei o inquietante remanejamento operado por Welzel e filiei-me à posição de Mezger: "na doutrina finalista, o que é acertado não é novo, e o que é novo não é acertado" (apud Anibal Bruno, in "Direito Penal", cit., p. 295).

Hoje, entretanto, entendo não ter mais cabimento alimentar-se polêmicas sobre o tema. Ainda que não convencido da existência de uma atividade finalística, penalmente relevante, na ação culposa, adotei o novo quadro de Welzel em minhas aulas, mesmo porque a Parte Geral, ora em vigor, incorporou conceitos de erro de tipo e de erro de proibição, que induzem haver o dolo deixado de integrar a culpabilidade.

Ademais, são evidentes, no sentido da humanização do Direito Penal, algumas virtudes do novo esquema, em que os aspectos subjetivos ou psíquicos da conduta humana ascenderam ao primeiro plano (Novoa Monreal, in "El Poder", cit., p. 197). A

consciência ou a potencial consciência da anti-juridicidade ganhou autonomia, ao libertar-se do dolo, tornando possível, uma certa quebra da rigidez do princípio error juris nocet, cuja aplicação inflexível redundava em iniquidades, no deslinde de alguns casos concretos, de natureza excepcional (vide o "Informe Final" do "Sistema Penales y Derechos Humanos en America Latina", coord. Zaffaroni, 1986, pags.44/7). Também a exigibilidade de conduta diversa conquistou uma posição destacada, ao transformar-se no principal critério aferidor da reprovabilidade.

À luz da formulação contemporânea da culpabilidade, ficou menos torturante para o Direito Penal atender os reclamos de Marc Ancel, no sentido de ajustar a lei à realidade humana, eis que dotou o juiz moderno de instrumentos mais eficazes para melhor individualizar a pena, no sentido de mitigá-la, ou até de não aplicá-la, inobstante e presença de uma ação dolosa e anti-jurídica (Zaffaroni, in "Tratado", II, 1981, p.321).

Com a prevalência da concepção normativa, as causas de exclusão da culpabilidade livraram-se das amarras do numerus clausus, possibilitando o reconhecimento da inculpabilidade por motivos supralegais, com assento na inexigibilidade de conduta diversa, no caso concreto (Asua, in "Tratado", Tomo V, 1956, p. 178). Não se objete com a dificuldade de demonstrar-se, cientificamente, nas hipóteses em julgamento, a circunstância de o agente ter podido atuar de maneira diversa. Não há dúvida de que se trata de uma demonstração árdua. Entretanto, como pondera o professor mexicano Moisés Moreno Hernández, na falta de uma alternativa melhor, a pesquisa, em cada caso, da margem de autodeterminação em que o agente atuou, é ainda o meio eficaz para aferir o grau de reprovabilidade, que deverá balizar a quantificação da pena (in "El Poder", cit. pgs. 415/7).

Em resumo, são inúmeros e largos os horizontes desbravados pelas novas conceituações da culpabilidade, estando ainda surgindo propostas a serem submetidas ao crivo da realidade social. Entretanto, já se chegou a um consenso, a partir do art. 46 da nova Parte Geral do Código alemão de 1975: -

a culpabilidade é a base fundamental para a individualização da pena. Assim, por mais grave que tenham sido as conseqüências materiais de um ilícito, a reprimenda não poderá exceder os limites da culpabilidade individual, muito menos a pretexto de usar-se o condenado como escarmento, a serviço da prevenção geral, impondo-lhe uma pena exemplar, inobstante haver sido diminuta sua margem de possibilidade de agir de acordo com o direito.

Sugestões mais ousadas deslocam a culpabilidade da estrutura do crime e a vinculam à problemática da pena. Destarte, somente haveria culpabilidade se, no caso concreto, a imposição e execução da pena revelarem-se inteiramente imprescindíveis por razões de prevenção especial ou geral (vide Nova Monreal, op. cit. p. 199). Próximas deste entendimento estão as formulações de Roxin em torno da culpabilidade ("Culpabilidad Y Prevención en Derecho Penal"), trad. Muñoz Conde, 1981, p. 73). Isto nos faz até recordar os postulados da velha Escola Positiva sobre periculosidade: - a prisão é destinada apenas àqueles cuja liberdade signifique uma efetiva ameaça ao corpo social.

De tudo o exposto, pode-se concluir, com Assis Toledo, que a culpabilidade se oferece em nossos tempos como um instrumento extremamente útil para operar-se o que denomina descriminalização indireta (in "Princípios Básicos de Direito Penal", 2ª ed., 1986, p. 243).

A descriminalização é outra matéria a se destacar, ao percorrermos as transformações sofridas pelo Direito Penal nas últimas décadas.

O consenso, que se vem estabelecendo na acolhida do princípio da intervenção mínima, decorre de diversos fatores:

Em primeiro lugar, trata-se de um corolário da própria natureza subsidiária do Direito Penal. Sendo a pena a intervenção estatal mais extremada, a ela somente se deve recorrer, quando não forem bastantes outros meios menos radicais, para combater ou impedir fenômenos de perturbação social. (Roxin, in "Iniciación al Derecho Penal de Hoy" ed. esp., 1981, p. 30). Assim a sanção criminal é a última ratio, justificada tão só na hipótese de condutas que prejudiquem de modo insuportável a

coexistência livre e pacífica dos cidadãos (ibidem).

Por outro lado, pelas lições transmitidas desde o Marques de Beccaria, deve haver uma proporcionalidade entre o ilícito e a pena. Ora, esta proporcionalidade estaria comprometida se o cidadão viesse a ser atingido num bem jurídico de relevância extrema - a liberdade -, a pretexto de haver vulnerado bens jurídicos alheios de expressão muito mais acanhada. Dentro desta ordem de idéias, Bricola traçou um cotejo entre o direito penal e o texto constitucional para evidenciar que, representando a liberdade pessoal um valor proeminente, não terá cabimento limitá-la, salvo como extrema ratio. Partindo desta premissa, o mestre da Escola de Bologna concluiu que somente poderá ser considerada como delito a ação que lesar um valor constitucional de acentuada relevância, a ponto de privar seu autor do bem supremo da liberdade. Assim, também pelo princípio da proporcionalidade, seria imperativa a descriminalização de um expressivo rol de condutas, que atualmente integram a parte especial dos códigos penais e encharcam outras tantas leis extravagantes (apud, Bustos Ramires, in "Introducción", cit., p. 203).

Por fim, os anseios no sentido da descriminalização constituem o reflexo do questionamento que vem sofrendo o Direito Penal, como meio eficaz de controle social, notadamente em face da bancarrota dos sistemas prisionais.

Creio, entretanto, que mais realistas do que as postulações descriminalizatórias se afiguram as despenalizadoras, que visam a substituir as penas privativas da liberdade por outras medidas, com menores efeitos secundários negativos, como a multa, a prestação de serviços a comunidade, o "sursis", etc. (in "Descriminalización", cit., p. 23). Em verdade, a descriminalização, no estágio atual, somente poderá alcançar os delitos de bagatela, ou um número muito inexpressivo de ilícitos penais. Jamais será sequer cogitada a eliminação, do catálogo dos delitos, de figuras importantes como o homicídio, as lesões graves, as ofensas patrimoniais cometidas mediante violência ou ameaça, os atentados contra a liberdade sexual, o

tráfico de drogas, etc., cujos autores constituem a quase totalidade da clientela das penitenciárias.

O caminho mais realista é o da despenalização, sempre tendo presente a advertência de Juan Bustos Ramirez de que "no estado atual da ciência não é possível pensar numa total abolição da pena privativa da liberdade, mas se deve tratar de limitá-la o máximo possível, substituindo-a por outros tipos de penas, e cuidar de introduzir em sua execução formas moderadoras de seus efeitos, como a adoção de estabelecimentos abertos e semi-abertos" (*in* "El Poder", cit. p. 132).

Diga-se que neste terreno da penologia, que hoje vai se constituindo num ramo autônomo - o Direito da Determinação da Pena - , chega-se a constatações curiosas, ao se cotejar, por exemplo, a lei alemã com a brasileira. Embora, no dizer de Mir Puig, os mestres germânicos habitem a "área cultural onde se encontra a cabeça da ciência penal do mundo" (*apud* Roberto Bergali, *in* "Política Criminal" cit. p. 251), provoca profunda estranheza verificar-se que o "sursis", que vigora, entre nós, desde o Decreto nº 16.588, de 6 de setembro de 1924, somente tenha sido adotado na Alemanha quase trinta anos depois, em 1953. Causa espécie a ênfase de Jeschek no sentido de que "a suspensão condicional da pena é a parte mais importante da reforma político-criminal empreendida depois da 2ª Guerra Mundial" (*in* "Tratado", 2º vol., ed. esp., 1981, p. 1192). E mais, enquanto nosso Código admite a suspensão condicional dos condenados até 2 anos, ou mesmo até quatro, se se tratar de pessoa com mais de 70 anos, o diploma teutônico, apontado por Jeschek como uma obra exemplar do grande movimento internacional para a liberação e humanização do direito penal (*in* "Reforma de Derecho Penal en Alemania", ed. esp., 1976, p. 21), limita o "sursis" ordinário ao sentenciado até 1 ano, permitindo, em caráter excepcional, a concessão do benefício em favor dos apenados até 2 anos. Igualmente em matéria de livramento condicional, nossa lei se apresenta mais harmonizada com os novos tempos do que a alemã, que exige o cumprimento de metade da pena para a

obtenção do favor.

O relevante, porém, é que, em matéria de pena, muito se evoluiu nestas décadas, com a acolhida de sucedâneos das medidas privativas da liberdade, e ainda com o aprimoramento do sistema progressivo, em que se procura, na fórmula reproduzida por Foucault, ajustar a extensão da pena à transformação útil revelada pelo detento, no decorrer do cumprimento da condenação (*in* "Vigiar e Punir", ed. bras., 1977, p. 218). Com o sistema progressivo, buscar-se restabelecer, no prazo mais rápido possível, o contato do recluso com o mundo exterior, tendo todos os penalistas já se capacitado de que é muito difícil educar para a liberdade em condições de falta de liberdade (Muñoz Conde, *in* "Derecho Penal y Control Social", cit. pgs. 99/100).

Por fim, algumas considerações sobre o notável alcance da descoberta de Sutherland, ao definir, em 1949, o conceito de crime do colarinho branco. Para Lola Aniyar de Castro aquele foi um dos momentos mais importantes na história da criminologia, equiparável ao feito de Lombroso, que com seu "O Homem Delinquente", obrigou os estudiosos a saírem do exame álgido e estreito das fórmulas legais abstratas, e se lançarem na efervescência da vida, à procura das raízes do crime. (*in* "Criminologia da Reação Social", trad. Ester Kosovski, 1983, p. 72).

A perturbadora constatação do sociólogo norte-americano, de que as pessoas de respeitabilidade e alto status social cometiam crimes, no exercício de suas ocupações lícitas, desencadeou uma reavaliação de conceitos e abalou muitos preconceitos. A partir de Sutherland, o delinquente estereotipado, personagem constante no noticiário policial, já não mais poderia continuar sendo execrado como o único violentador das normas penais. Ao seu lado, passaram a ter assento todos aqueles que, na ânsia de conquistar e de manter o poderio econômico, não vacilavam em se aproveitar dos vazios da lei, para lograr vantagens fabulosas, em detrimento da bolsa e da saúde da coletividade, e até dos interesses nacionais.

O chamado oco legal ("Informe Final", cit. p. 286), que pré-assegurava a impunidade da delin-

quência dourada, acabou por provocar um processo de neo-criminalização, tendo por objeto os crimes econômicos e ecológicos, em linha inversa à des-criminização dos delitos convencionais de menor expressão.

Em sucessivas manifestações, o prof. Roberto Bergalli, da Universidade de Barcelona, deixou evidente que nos países periféricos, em geral, e na América-Latina, em particular, ainda muito se carece da intervenção jurídico-penal do Estado, para diminuir os altos níveis da violência social, decorrentes da ambição perversa dos que vivem da exploração de sua mão de obra desprotegida (*in* "Política", cit., p.255 e "El Poder", cit., p.20).

Assim, o Direito Penal ainda tem uma longa estrada a palmilhar, para estender sua reforçada proteção aos interesses coletivos e difusos, e aos direitos das classes tradicionalmente dominadas. Neste sentido, a Constituição de 1988 abriu uma sedutora perspectiva, ao admitir a responsabilização da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º). Trata-se de mais uma, dentre as notáveis conquistas alcançadas pelo Direito Penal, nesta segunda metade do Século XX. Ainda da recente Carta emerge a recomendação de punir-se, em matéria de crimes hediondos, não só os executores e mandantes, mas também os que podendo evitá-los se omitirem. É o alongamento da figura do garantidor, nos crimes comissivos por omissão. Isto poder-se-ia adotar, com sobras de razão, no terreno minado dos "colarinho branco". Na Espanha, por exemplo, foram introduzidas, nos últimos vinte anos, alterações na Parte Especial, incriminando os que impedirem ou limitarem o exercício da liberdade sindical e o direito de greve (art. 177, bis), e os que não proporcionarem condições asseguradoras da segurança do trabalho (art. 348 bis "a"), e os que suprimirem ou restringirem, de forma maliciosa, os benefícios legais reconhecidos em lei em favor dos trabalhadores (art.449 bis). Nesta última hipótese, o Código preve, expressamente, no caso de serem os empregadores pessoas jurídicas, a responsabilidade dos administradores ou encarregados do serviço, e,

ainda, dos que, conhecendo o crime, não tenha adotado medidas para remediá-lo embora pudessem fazê-lo. Tudo, sem prejuízo da responsabilidade civil subsidiária da empresa. Isto traduz o reconhecimento da participação por omissão dos dirigentes das pessoas jurídicas, e reforça a proteção da força do trabalho, que é, na palavra de Ernst Lampe, o único bem econômico da maioria das pessoas (*apud* Heinz Zipf, ob., cit., p. 95).

Em conclusão, o que se tem testemunhado nestas décadas é o desdobramento das idéias de Francesco Antolisei, e de outros, que se negavam a admitir que o Estado permanecesse, apenas, na estática posição de gendarme, com a única função de manter a ordem pública (*in* "Manuale", 10ª ed. atualizada por L. Conti, 1987, p. 5). Sustentava o mestre italiano que o Estado moderno deveria assumir uma ação eminentemente ativa e progressista, no que o Direito penal poderia contribuir, ajudando a promover o desenvolvimento social (*ibidem*).

Na sequência das idéias de Antolisei, já agora sob o império das modernas Constituições que moldaram o Estado Social de Direito, Ferrando Mantovani vislumbrou uma tendência no sentido da socialização do Direito Penal, que passaria a atuar como um instrumento de tutela dos interesses coletivos, exercendo uma função propulsiva, ao estimular a observância dos deveres de solidariedade econômica e social, em consonância com o art. 3º da Constituição Italiana, que proclama caber à República remover "os obstáculos de ordem econômica e social que limitem de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país (*in* "Diritto Penale". 1979, pgs. 22 e segs.)

No desempenho desta função propulsiva, em favor do desenvolvimento social, o Direito Penal não haverá de se limitar ao uso dos efeitos intimidantes de suas sanções. Poderá ser mais ambicioso e empenhar-se em reforçar na consciência da cidadania a extrema relevância dos bens jurídicos por ele protegidos, tais como, a economia popular, o meio ambiente, a saúde pública, os direitos do consumi-

dor, e os direitos dos trabalhadores da cidade e do campo, sempre lembrando, quanto a estes, o vaticínio de San Thiago Dantas de que o trabalho, e não mais a propriedade, será o grande sol irradiador do direito dos novos tempos (apud Alberto Venâncio Filho, in "Das Arcades ao Bacharelismo").

Em nossos dias, uma apreciável parcela de doutrinadores enfatiza a função motivadora da norma penal, que tende a provocar em seus destinatários a internalização dos significados dos bens objeto de sua tutela. (vide Muñoz Conde, op. cit. p. 41).

Assim, depois desta caminhada pelo Direito Penal é legítimo sonhar que ele, um dia, mais do que desestimular, com a ameaça da pena, a prática de ações danosas ao corpo social, irá despertar na consciência coletiva a defesa de valores fundamentais, ajudando a construir a sociedade livre, justa e solidária, que constitui o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil. (Const. art. 3º, I).

A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

ARION SAYÃO ROMITA

Prof. Titular de
Direito do Trabalho

- Sumário:**
1. Considerações iniciais;
 2. No plano internacional;
 3. No Brasil.

1. Considerações Iniciais.

A greve dos servidores públicos continua sujeita a controvérsia. Ela tem sido considerada, do ponto de vista jurídico, diferente da greve praticada pelos trabalhadores do setor privado. Entende-se que a greve dos funcionários públicos não deve constituir objeto do mesmo sistema de proteção ou garantias assegurado aos trabalhadores do setor privado.

Argumenta-se que o trabalho dos servidores públicos afeta de forma mais acentuada o interesse de maior número de membros da coletividade. As greves no serviço público infligem um dano maior à coletividade do que à administração. Além disso, os funcionários públicos gozam de uma série de vantagens que reforçam seu poder de barganha, a começar pela garantia de emprego e pela quase certeza, no Brasil, de que os vencimentos correspondentes aos dias de paralização não deixarão de ser pagos. Os serviços públicos funcionam em regime de monopólio, de sorte que os usuários, em caso de greve, não encontram alternativa, sofrendo incômodos injustificáveis.

Estas considerações substituíram a ultrapassada idéia de que a greve é incompatível com o poder soberano do Estado. As dificuldades econômicas surgidas durante a década de 70 provocaram inúmeras paralizações em países nos quais a greve dos servidores era proibida por lei.

É ilógico qualificar todos os serviços executados pelos servidores públicos como essenciais. Há certos tipos de trabalho no setor privado que merecem muito mais o qualificativo de essenciais do que vários daqueles desempenhados pelos servidores públicos. A própria atitude dos sindicatos de funcionários públicos mudou: até pouco tempo atrás, os sindicatos preferiam não apelar para a greve, porém as referidas dificuldades econômicas, agravadas pela inflação e pela política de contenção de despesas públicas praticada em muitos países levaram os servidores a reconsiderar sua atitude frente à greve no setor público.

A atitude repressiva do Estado também se modificou. Em muitos países, a lei passou a admitir a licitude da greve no setor público, embora, quase sempre, com restrições.

2. No plano internacional.

O exame da legislação vigente em diferentes países permite identificar quatro grupos: 1º países que reconhecem expressamente o direito de greve dos servidores públicos; 2º países que não estabelecem diferença alguma entre as greves do setor público e os dos demais setores da economia; 3º - países cuja legalização não contém disposições relativas à licitude ou ilicitude dos movimentos grevistas de servidores públicos; 4º - países que proíbem expressamente a greve dos servidores públicos.

No primeiro grupo, alistam-se os países que consideram legal a greve quando o conflito não é resolvido mediante consultas, negociações ou qualquer outro procedimento existente. Esta é a situação de Alto Volta, Benin, Canadá, Costa do Marfim, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Guiné Madagascar, México, Niger, Noruega, Portugal,

Senegal, Suécia, Zaire. O reconhecimento de direito de greve se aplica, em princípio, aos funcionários em geral, mas há certas categorias de servidores aos quais se nega o exercício do direito. Há também restrições fundadas no tipo de conflitos, como por exemplo: na Noruega só é permitida a greve em caso de conflito de interesses; na Suécia, só é autorizada a greve que tiver origem em questões que possam constituir objeto de negociação.

No segundo grupo situam-se os países que reconhecem o direito de greve de modo geral, embora sujeito a restrições em certos casos, e não existem disposições especiais que neguem esse direito aos servidores públicos. É o que se passa nos seguintes países: Camarões, Gana, Itália, Malásia, Malta, Maurício, Nigéria, Serra Leoa, Singáपुरa e Sri Lanka.

O terceiro grupo é composto por países cuja legalização silencia quanto à legalidade ou ilegalidade do movimento grevista, o que suscita diferentes interpretações. No Tchad, em Israel e no Reino Unido, há reconhecimento tácito do direito de greve. Em contra-partida, a inexistência de disposições legislativas pode ser interpretada como proibição tácita da greve na função pública. É o que ocorre na Alemanha, quanto aos Beamte (os Angestellte e Arbeiter gozam do direito de greve), no Iran, no Paquistão, na Argélia e no Gabão. O mesmo podia dizer-se dos países socialistas antes das transformações operadas em 1989 e 1990, quando a greve passou a ser expressamente autorizada por lei em diversos desses países.

No quarto grupo enfileiram-se os países que expressamente negam aos funcionários públicos o direito de greve. Em certos países, como Quênia, Trinidad e Tobago, Uganda, as proibições se referem aos serviços essenciais. Em outros, há proibição legal especificamente estabelecida para a greve no serviço público. É o sistema vigente aos seguintes países: Austrália, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, Filipinas, Guatemala, Honduras, Japão, Coveite, Holanda (ferroviários e altos funcionários públicos), Ruanda, Síria, Suíça, Tailândia, Trinidad e Tobago, Venezuela. A proibição assume características de

grande rigidez em países latinoamericanos, que a incluem no texto constitucional, como é o caso de Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Panamá e Venezuela e era o também o caso do Brasil antes de 1988.

Certos países não podem ser classificados em qualquer desses grupos, porque não sendo a matéria prevista por lei, o problema da greve dos servidores públicos continua sendo uma questão bastante controversa, com opiniões doutrinárias divergentes e decisões judiciais conflitantes. Esta é a situação da Áustria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Uruguai.

O exame da normatividade aplicável em caso de conflitos coletivos no serviço público permite extrair algumas considerações.

Em quase todos os países, a regulação é heterônoma, imposta pelo Estado. Não obstante, poucos países, como a Suécia e a Alemanha, não seguem essa tendência. Na Suécia, o problema é resolvido por via convencional. Na Alemanha, a questão foi tratada pelas diretrizes adotadas pela Confederação dos Sindicatos (DGB) em 1949 e modificadas em 1974. Em caso de conflito, os trabalhadores alemães se obrigam a manter as atividades necessárias para preservar as instalações industriais e para abastecer a população dos bens de primeira necessidade.

Justifica-se a intervenção do Estado por via legislativa: os serviços essenciais estão diretamente relacionados com a proteção do interesse geral, o que constitui tarefa das autoridades públicas. Só mesmo em países de grande tradição de relações de trabalho de cooperação (caso da Suécia e da Alemanha) podem existir sistemas baseados em convenções coletivas ou em estatutos sindicais.

A principal preocupação centra-se na continuidade da prestação dos serviços essenciais, destinados à satisfação das necessidades inadiáveis da sociedade. Entretanto, o fenômeno não é observado em todos os países.

Cabe distinguir entre os países que se preocupam com achar uma solução para o conflito e os que dão prioridade à proteção da coletividade contra as consequências danosas do conflito. No primeiro

grupo se situam os países escandinavos, cuja legislação procura esgotar as possibilidades de conciliação. A situação é diferente (segundo grupo) na Bélgica, em Portugal e na Itália, onde a principal preocupação do legislador reside na garantia de continuidade do funcionamento dos serviços essenciais, prevendo que parte do pessoal deve continuar trabalhando. Uma das medidas usuais, no particular, é o aviso prévio em relação à deflagração do movimento grevista, com dois objetivos: ensejar aos usuários dos serviços atingidos a possibilidade de se preparar para ele e prolongar os esforços prévios tendentes a um acordo que impeça a declaração da greve.

A grande variedade de sugestões aventadas para a solução do sério problema da greve no serviço público não impede que entre elas exista um ponto comum: a resistência das autoridades, em quase todos os países, a aplicar medidas de tipo coercitivo ou repressivo. Os países industrializados estão convencidos de que tais medidas são incompatíveis com sua tradição de relações de trabalho e tentam evitá-las na medida do possível. Isso explica o fato de serem a arbitragem obrigatória e a requisição cada vez menos utilizadas. A mesma tendência não é tão visível aos países em vias de desenvolvimento, que ainda prevêem medidas bastante restritivas de solução dos conflitos, em nome das exigências de seu crescimento econômico. Há, porém, exceções, como o México, que se limita a impor a obrigação de preaviso e a proteger as instalações industriais.

A tendência observada em quase todos os países, ultimamente, aponta para a necessidade de evitar a greve no serviço público, pela busca de solução negociada que atenda aos interesses da administração e dos sindicatos de servidores. Quando não é possível prevenir a greve e ela realmente eclode, a composição do conflito deve ser encontrada na via da conciliação, diretamente travada entre os interessados ou com auxílio de terceiro alheio aos interessados. Tenta-se imprimir maior eficácia aos métodos de mediação e de arbitragem.

Entre os métodos introduzidos nos últimos tempos, cabe referir o da "última oferta", "oferta

final" ou "arbitragem do pêndulo", praticada nos Estados Unidos e no Canadá e debatida no Reino Unido. Trata-se de uma forma de arbitragem em que o árbitro tem sua autoridade limitada. Ele deve escolher entre as ofertas finais das partes, sem poder modificá-las. Este método visa a estimular as partes a apresentarem propostas razoáveis e a fomentar assim a negociação coletiva. Desta forma, as partes não cessarão prematuramente suas mútuas tentativas de conciliação pela convicção de que o árbitro dividirá as diferenças entre suas pretensões, porém, ao contrário, prosseguirão com os entendimentos a fim de aproximar suas propostas e contra-propostas, a fim de diminuir as diferenças entre elas, de modo a apresentar, como palavra final, um resultado razoável.

3. No Brasil.

A Lei nº 8.112 não trata da greve dos servidores públicos. O direito de greve está previsto pelo art. 37, VII da Constituição: ele será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar.

A Constituição de 1988 inovou segundo o ordenamento anterior, a greve era vedada aos servidores públicos. O processo assume particular importância na interpretação de preceito constitucional vigente, no caso em tela.

A despeito da proibição, muitas eram as greves nos serviços públicos no período imediatamente anterior à promulgação do Texto Fundamental de 1988. Este nada mais fez de que reconhecer a existência de um fato freqüentemente verificado no dia a dia. A Constituição, portanto, passou a admitir a greve nos serviços públicos. Na verdade, aboliu a proibição anterior. Se a greve deixou de ser proibida, passou a ser permitida a partir de 5 de outubro de 1988. Este dado é fundamental para o perfeito entendimento do dispositivo ora em exame.

A lei de greve em vigor (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989) dispõe (art. 16) que, para os fins previstos no art. 37, VII da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites

em que o direito de greve poderá ser exercido. Vale dizer, absteve-se de regular a greve dos servidores públicos. De resto, não poderia mesmo fazê-lo, por ser mera lei ordinária e não lei complementar (a Constituição exige lei complementar).

Na interpretação do art. 37, VII da Constituição, duas correntes podem ser identificadas: 1ª - afirma que o exercício do direito de greve pelos servidores públicos depende da lei complementar, e enquanto essa lei não for promulgada, a greve não é permitida no serviço público; 2ª - sustenta que a Constituição autoriza a greve dos servidores públicos, porque simplesmente aboliu a proibição anterior.

Os autores que se filiam à primeira corrente consideram o art. 37, VII da Constituição norma desprovida de "imediata aplicação", isto é, norma não auto-aplicável. O exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos "só se inicia a partir da lei complementar que define os termos e os limites da greve no setor público". Em consequência, "até que esta lei complementar entre em vigor, as paralizações coletivas de servidores públicos civis estarão se chocando com a Constituição recentemente promulgada".

Para a segunda corrente, a norma em exame não apresenta conteúdo meramente programático; ela contém o reconhecimento pleno de um direito, embora submetido a limitações a serem estatuídas por lei complementar. Realmente, ela não é dotada de eficácia plena. Será uma norma de eficácia contida, mas incide imediatamente, por afastar o óbice representado pela vedação da greve consagrada no ordenamento constitucional anterior. Ela produz imediatamente o efeito desejado, ou seja, permite que os servidores públicos façam greve desde logo, sem aguardar a promulgação da lei complementar prevista pela Constituição. Condicionar o exercício de direito de greve à promulgação da lei complementar significa privar o servidor público do exercício de um direito que a Constituição já lhe assegura, por ter revogado a proibição. É certo que a lei complementar poderá estabelecer condicionamentos e restrições ao exercício do direito, já que se trata de norma de eficácia contida, isto é,

norma sujeita, em seu desenvolvimento pela legalização infraconstitucional, a meios que contenham sua eficácia dentro de certos limites.

A consagração da tese sustentada pela primeira corrente doutrinária acima referida conduzirá à recusa do exercício de um direito que a Constituição promete ao servidor. Teríamos uma inconstitucionalidade por omissão do legislador, enquanto faltasse a lei complementar a que alude o preceito em foco. Tal solução não encontra amparo no próprio texto constitucional, pois o exercício do direito de greve não depende da explicitação de pormenores ou do fornecimento de parâmetros aptos a torná-lo efetivo. Faz-se greve, *tout court*. Afirmar que, "se a lei não vier, o direito inexistirá", corresponde a negar a própria Constituição. De que vale, então, a revogação da anterior vedação? As limitações ao exercício do direito de greve - estas, sim - dependem da promulgação da lei complementar. A regulamentação que limitar a eficácia e a aplicação do preceito constitucional será expedida por lei complementar, que definirá os limites opostos ao exercício do direito de greve. Enquanto esta lei não for promulgada, deve ser admitida a aplicação, por analogia, das disposições pertinentes da Lei nº 7.783, principalmente no que diz respeito à continuidade da prestação dos serviços essenciais destinados ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O ANTEPROJETO LEGISLATIVO DA LEI DE CONCORDATAS E FALÊNCIAS

DORA MARTINS DE CARVALHO

Professora Titular de
Direito Comercial e Advogada

I. INTRODUÇÃO

O Ministério da Justiça, em portaria de 10 de maio de 1991, constituiu Comissão de Estudos para elaborar anteprojeto legislativo de lei de concordatas e falências. Finalizados os trabalhos, o anteprojeto foi publicado in D.O.U. de 27 de março de 1992. E em que pese a oportuna iniciativa daquele Ministério e os esforços do Sr. Coordenador e participantes da Comissão para modernizar a atual lei, a despeito disso o trabalho merece reparos.

De início, saliente-se que a lei atual, embora redigida em 1945, é excelente na sistemática, no articulado, redação e conteúdo, dependendo a sua eficácia mais de aplicação de que propriamente de inovações. Cumpre lembrar que seus autores, Professores Noé Azevedo, J.C. Mendes de Almeida, Filadelfo de Azevedo, Silvio Marcondes Machado, Hahnemann Guimarães e Luis Lopes Coelho, de certa forma, anteviram as transformações econômicas, sociais e técnicas, que se seguiriam e, ao mesmo tempo, a necessidade de preservar o interesse da coletividade em dois dispositivos da lei. De fato, aqueles aspectos são conjugados, na lei vigente, quando se faculta a preservação da empresa pela continuação do negócio, e a sua reorganização ou cessão de ativos a terceiros (arts. 74 e 123). Assim, em princípio, a lei atual necessita mais de retoques de que propriamente de mudança de estrutura.

II. REVISÃO NA LEI VIGENTE.

Qualquer modificação na lei vigente não pode passar ao largo da unificação da falência e insolvência civil. No Brasil, Teixeira de Freitas, desde 1867 sonhou com a unificação do Direito Privado, no que foi seguido por Herculano Marcos Ingles de Souza que, incumbido de redigir novo Código Comercial, em 1912, foi além pois apresentou um projeto de lei para o "Código do Direito Privado". Outros trabalhos em prol da unificação surgiram em 1941, em 1965 que, desenganadamente, não foram adiante. Mais recentemente novo trabalho do Código Civil surgiu, estando, no momento, paralizado no Senado.

CA idéia da Unificação não tem retorno por suas visíveis vantagens. Nesse ponto, e como dissemos em trabalho anterior, o Brasil está bem atrasado, pois já poderíamos estar liderando a Unificação do Direito Privado internacional. E o anteprojeto de qualquer nova lei de falências não pode abandonar, omitir, a unificação da falência e insolvência civil, mas, o anteprojeto isso não faz, eis que apenas se abeira da matéria... De fato, timidamente, o anteprojeto coloca sob a incidência da lei as "empresas" mercantis e civis, mas deixa de fora os devedores civis, pessoas físicas. Mas, ao englobar sob a expressão "empresas", tanto as mercantis e civis, nem nisso inova, e ao contrario do que desavisadamente comenta um crítico do anteprojeto, porquanto, essa conceituação global é antiga, como registra AFRANIO DE CARVALHO:

"Embora a noção de empresa não se ache incorporada nem ao Cód. Civil, nem ao Cód. Comercial, foi introduzida na nossa legislação por uma lei de repressão ao abuso do poder econômico, de 1945. Antes e depois desta, outras leis a pressupõem, aludindo seguidamente a ela. Assim acontece repetidamente na Constituição Federal notadamente no título referente à ordem econômica e social, na Consol. das Leis do Trabalho e na Lei da Previdência Social.

....."
(AFRANIO DE CARVALHO, Instituições de Direito Privado, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1980)

No tocante à omissão dos devedores civis, pessoas físicas, é ela injustificável, cumprindo lembrar que quando da reforma do novo Código de Processo Civil, elaborado sob a orientação do Prof. BUZAID e defensor da mesma idéia, contudo, não procedeu ele, como Ministro, a tão almejada unificação, dando ao feliz comentário de RUBENS REQUIÃO que "... o Ministro..., nesse particular, não honrou a lição do Mestre" (cf. Rev. For. v.265, p.37 e ss).

O anteprojeto nada acresce e nem adita sobre a controvertida discussão nos tribunais relativa aos pressupostos da falência. E a manutenção da impossibilidade, entre estes pressupostos, facultará a continuidade de utilização de dois meios de cobrança de títulos executivos: processo de execução e o pedido de falência (C.P.C. art. 566 e ss; ante-projeto, art.37; Dec. Lei 7.661, de 1945, art.1º).

Ora, não faz sentido que na nossa legislação coexista a dualidade de institutos para a execução singular, cumprindo distinguir esta da execução coletiva, aplicando-se a última quando, economicamente, a empresa não for recuperável.

Na conjuntura atual, a lei de falências e concordatas vem sendo utilizada como meio coercitivo de cobrança por um único credor. Essa utilização do instituto falimentar, como meio de cobrança, constitui desvio de sua finalidade, como já assinalou o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE no S.T.F. Discutia-se, então, a questão de uma madeireira que requereu a falência de empresa de engenharia, lastreando o pedido em duas duplicatas, mas com apenas uma delas protestada. Pedia-se o pagamento dos dois títulos em vinte e quatro horas, sob pena de ser decretada a falência. A empresa de engenharia defendeu-se ressaltando a indefinição do pedido: se execução fundada em título extra-judicial ou se requerimento de falência; pela indefinição, a requerida não sabia se devia oferecer bens à penhora e embargar, ou, então, depositar a importância pedida e elidir o pedido. O Dr. Juiz deu pela improcedência do pedido, por inadmitir a falência como meio de cobrança. Mas, o Tribunal reformou a decisão. No S.T.F., o Min. XAVIER DE

ALBUQUERQUE, durante os debates, salientou que o pedido era "forma reflexa, oblíqua, de cobrar, pela via mais expedita e drástica processual, um título para cuja execução se asseguram outros termos, prazos e possibilidade." (Rec. Extr. 87.405, 1ª Turma, Relator para o acórdão Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE).

O relato vem a propósito para se fazer sentir a necessidade de revisão da impontualidade como pressuposto de falência, tema este nem sequer a florado neste singular anteprojeto de lei de falência... Incidentalmente, consigna-se que a lei norte-americana pune severamente os que utilizam a lei falimentar como meio de cobrança (Bankruptcy Law, Chapter 7).

Mas, além dos tópicos já expressos, da indispensável revisão na unificação de concursos, e da impontualidade, há ainda inúmeros outros merecedores de estudos.

Os prazos, por exemplo: de um lado, os senhores Juizes reclamam, com freqüência, sobre a contagem de prazos, que não deve ser feito em cartório, como consta na lei atual, e sim da sua publicação. (cf. Dec. lei 7.661/45, art. 204). Mas, de outro lado, queixam-se os credores, expressando que os prazos precisam ser menores e devem correr em cartório.

O anteprojeto, que deveria oferecer soluções viáveis, ao revés, de modo desordenado, ora faz menção a prazos com dois termos iniciais e concomitantes, ora deixa os atos judiciais sem prazos... A título de exemplo, examine-se o art. 5º, § 1º, que faculta a parte interessada oferecer plano de recuperação no prazo de até trinta dias, mas, sem marco inicial... O art. 7º § 3º faculta a convocação de nova reunião para o décimo quarto dia subsequente, mas não se sabe subsequente ao que: se à constituição de determinada comissão ou se após as conclusões desta. As dubiedades e impropriedades redacionais crescem à medida que se lê o anteprojeto, e também na questão de prazos, atingindo o clímax nas disposições finais (cf. arts. 24, 27, 28, 29, 33, 35, 36 etc.)

A desordem e pouca profundidade na matéria de prazos é tanto mais estranhável nesse término de

século quando se sabe que, dentro em breve, os cartórios estarão recebendo petições e documentos pelo fac-simile e qualquer anteprojeto de lei, na atualidade, deve levantar e abranger as possibilidades de momento, devendo inserir nesse tópico também a responsabilidade cartorial.

A indicação das figuras do Síndico, de peritos e técnicos é tema de constante preocupação tanto para os tribunais como para Advogados como para as partes interessadas. Mas, o anteprojeto trata do assunto pela rama.

O Síndico, por exemplo, recebe no texto a nomenclatura de "administrador transitório da massa" (cf. anteprojeto, art. 54, I). A expressão é redundante, porquanto administrador de massa falida só pode ser transitório... De mais a mais, a expressão "transitório" lembra outra, igualmente infeliz, qual seja o "transitário" do Direito Marítimo.

Contudo, não é a expressão que suscita cuidados, mas a forma de indicação de síndicos, peritos e técnicos, eis que há como um consenso, nos meios jurídicos, acerca das indicações deficientes, falhas e, no mais das vezes, graves para a Massa falida, o que enseja freqüentes e usuais pedidos de destituição de síndicos e peritos, alguns deles súbita e singularmente tornados bilionários...

A experiência de outros países e a do Brasil permite sugerir que síndicos, peritos e técnicos em geral sejam escolhidos em listas organizadas por entidades profissionais e/ou especializadas (F.G.V. Clube de Engenharia, O.A.B., Conselho de Medicina, Química etc.). Os Tribunais organizariam e renovariam bianualmente essas listas, evitando-se, assim, os vícios hoje ostensivos nessas indicações. Poderão ainda os tribunais empregar o bem sucedido sistema de B.N.D.E.S. de contratar empresas especializadas para atuação temporária. Enfim, qualquer anteprojeto de lei de falência deverá prever hipóteses para essa relevante matéria.

Nessa altura, faz-se um parêntese para lembrar que a Escola de Magistratura, em boa hora criada pelo digno Desemb. CLAUDIO VIANNA DE LIMA, do Rio de Janeiro, poderá prestar ao país serviços ainda maiores de que já vem prestando e com êxito, se

passar a ministrar cursos de contabilidade aos candidatos a juizes. O desconhecimento da contabilidade, por parte dos juizes em varas de falências e concordatas, oneram, as mais das vezes, de modo quase irrecuperável, as empresas em falência. Aliás, e a rigor, a contabilidade deveria ser obrigatória no currículo das Faculdades de Direito, como já acontece em S. Paulo.

O anteprojeto perde oportunidade de aperfeiçoar o pedido de restituição do vigente Dec. lei 7.661/45, para facultar ao Juiz a imediata devolução de coisa, arrecadada em poder do falido e devida ao seu requerente em virtude de direito real ou contrato, e quando visível, ostensivo que a coisa é de terceiro. Nestas hipóteses, a imediata devolução prescindirá de processo incidental judicial, bastando a sua homologação pelo magistrado. O digno Dr. Juiz HELIO ASSUNÇÃO, da Vara de Falências no Rio de Janeiro, tem assim procedido e com êxito. São casos semelhantes, por ex., ao de concessionários de veículos e também oficinas mecânicas, que têm sempre carros em consertos. Decretada a falência da empresa, o Síndico ali irá encontrar carros de terceiros. A comprovação, pelo Síndico, do registro de veículos para conserto, permitirá a restituição imediata. É matéria que carece de reexame em nova lei de falência.

E a leitura do anteprojeto dessa nova lei reforça em nosso espírito a impressão de que o Dec. lei 7.661/45 pode ser reformulado nos pontos acima suscitados e, eventualmente, em outros, devendo ainda sofrer acréscimos no tocante à REORGANIZAÇÃO de empresas.

E isso porque, no limiar do ano 2.000, num mundo finito de riquezas, mas com consumo infinito, a preocupação mor em todos os países é a de produzir bens e manter empregos. Essa a essência, o fundamento, o objetivo que impulsiona, que sustenta a manutenção, a recuperação, a REORGANIZAÇÃO da empresa.

Para atingir essa finalidade, intervem o Poder Público no setor econômico ora com a utilização de mecanismos da natureza administrativa, como intervenções e liquidações extra-judiciais, ora pela atuação do Poder Judiciário, nas mais variadas

formas, inclusive em concurso de credores. Contudo, modernamente, o Poder Público, impossibilitado de atuar no emaranhado econômico, desempenha hoje função mais fiscalizadora, com eventuais intervenções para evitar abusos e/ou corrigir desvios e descaminhos.

Nesse contexto, e em matéria de falências e concordatas, o Poder Público deve, por igual, equilibrar as relações econômicas. Assim, e ao contrário da críticas dos desavisados, uma nova lei de falências não deve se preocupar em aumentar poderes de Juizes e do Ministério Público na vida das empresas e nem revestir o instituto de processualismo prejudicial à atividade econômica. Mesmo porque, na sua essência, a falência e concordata redundam numa administração, embora, por vezes, a empresa venha a ser liquidada. Convém ser ressaltado que a falência não é mais só processo, pois, como anota renomado autor:

"...desse processualismo ingênuo e economicamente danoso, livrou-se em boa hora o direito norte-americano e mais recentemente o direito francês.

....."
(FABIO KONDER COMPARATO, "Problemas Jurídicos de Macro-Empresas". Editora Forense, Rio de Janeiro, 198, p.).

(grifo nosso)

O anteprojeto tenta acompanhar a linha de ação acima mencionada ao manter a concordata, a falência e ampliar a recuperação da empresa, mas não passa de tentativa por falta de embasamento. Registre-se, por ex., que o anteprojeto sequer diferencia ou distingue a concordata da "recuperação" (cf. anteprojeto, arts. 4º e 9º).

Observa-se que o texto em exame recebeu ostensiva influência do direito inglês e norte-americano que tange ao poder dos credores sobre a empresa em regime de concordata ou falência. Cumpre advertir, no entanto, que nesses países o desenvolvimento econômico e técnico é maior, avultando ali órgãos especializados na fiscalização de empresas. Esses fatores permitem a atuação dos credores so-

bre a massa falida, pois, todos, conjuntamente, ficam submetidos à rigorosa fiscalização das autoridades. Não é o que acontece no Brasil, com estruturas ainda muito falhas na área econômica. Parece, pois, conveniente, manter na nova lei a concordata, a reorganização (que o anteprojeto denomina recuperação) e a falência. O anteprojeto faz isso, mas não distingue esses institutos.

Contudo, convém delinear não diferenciar, seja em modificação na lei vigente, ou em futura lei, as diferenças entre:

- a) concordata - tem por finalidade a obtenção de prazo para pagar aos credores, e/ou a redução de dívidas. A administração fica sob o encargo de seus próprios diretores ou gerentes. Para aperfeiçoar o instituto os credores, durante o processamento da concordata, elegeriam um diretor, de sua indicação, para a administração;
- b) reorganização - objetiva recuperar a empresa mediante reformulação estrutural e administrativa. A empresa sofreria modificações na área gerencial, mediante eleição de novos diretores, eleitos pela assembleia geral de credores;
- c) falência - processa a liquidação de empresas em situação econômica irrecuperável, até final extinção.

As notas acima expendidas, portanto, podem perfeitamente ser adaptadas ao texto da lei vigente.

III. O ANTEPROJETO

A rigor são duas as novidades oferecidas no anteprojeto: a recuperação de empresas, como modalidade intermediária entre a concordata e a falência; e a supressão de privilégios dos créditos fiscais e parafiscais.

Relativamente à "recuperação", a expressão parece ter menos força que aquela outra "reorganização", esta mais abrangente. Na recuperação, retaura-se, recobra-se, enquanto na reorganização recupera-se e aperfeiçoa-se.

Dipõe-se sobre a recuperação no Título II, logo após as Disposições Gerais, estando deslocada na ordem sequencial, pois deveria vir após a concordata. E, ao invés de se esclarecer quando ocorre, sem precisar definir, quando pode ser requerida e quem pode requerê-la, confunde e inverte o articulado e dispõe em primeiro acerca de fatores a serem considerados para demonstração de viabilidade econômica, para, posteriormente, dizer quem pode requerer etc. (art. 4º). E ainda em parágrafo desse mesmo artigo dá outra conceituação de micro-empresa como "...aquela que tenha um mínimo de cem empregados..." (art. 4º § 5º).

Entre os requerentes da recuperação estão o Poder Público, o Ministério Público e a Assembleia de Credores, ou qualquer destes individualmente, e ainda os empregados.

A referência ao Poder Público é vaga. Poder Público é o Estado. A que propósito facultar ao Poder Público em geral requerer a reorganização de empresa? Quanto ao Ministério Público, a Const. Fed. de 1988, no art. 129 não inclui entre as suas atribuições requerer falência. A principal atribuição do Ministério Público é fiscalizar o cumprimento da lei. A Assembleia de Credores sim, esta é que poderá examinar a possibilidade da reorganização.

Os requerentes são denominados "legitimados", abandonando-se a expressão requerentes. Ora, legitimado diz-se em geral do filho natural que se tornou legítimo... No entanto o anteprojeto poderia dizer, com objetividade, que os que podem requerer a recuperação são...etc. A confusão persiste.

te no artigo logo em seguida, art.6º, que expressa poder o Juiz mandar processar proposta de não legitimado... (grifo nosso)

Nesse Título II - Recuperação da Empresa -- não se ventila sobre o conteúdo do plano de reorganização, que deverá, obrigatoriamente, informar sobre os credores, valor dos créditos, classes, especificações, soluções oferecidas para cada classe, meios que serão utilizados na execução dos planos, e, sobretudo, garantias para a execução da reorganização. Sem esse plano não haverá seriedade na reorganização.

Ainda no Título II, art. 8º depara-se com curiosidade jurídica, tanto maior por provir do Ministério da Justiça, qual seja, o impedimento de se recorrer da decisão do Juiz que homologa a aceitação ou recusa da Assembléia Geral de Credores para a reorganização...

A elogiável intenção de restabelecer equilíbrio na classificação de créditos padece de sistematização. Invertendo a ordem natural das coisas, o anteprojeto no art.125 dispõe sobre pagamentos e, no art.126 distingue, como na lei vigente, os encargos das dívidas da massa; a seguir fixa normas de extinção do processo (arts.138 a 142), extinção das obrigações (arts.133 a 137), atos ilícitos (arts.138 a 142), disposições gerais (arts. 143 a 168) e somente nas disposições gerais é que o anteprojeto encontrou espaço para as classificações de créditos (cf. arts. 150 e 151).

Nessa referência a créditos, fica-se sob a impressão de que os redatores do anteprojeto desejavam se referir a preferências de créditos antes dos privilégios (C.C.art. 1.561). De qualquer forma, há omissão dos créditos pessoais privilegiados.

A inserção de créditos trabalhistas e de acidentados de trabalho depois dos credores com garantias reais é desarcerto inaceitável, pois é inadmissível deixar trabalhadores e acidentados sem pagamento para seu sustento e sobrevivência.

O afastamento de crédito fiscal, da sua classificação atual, não pode ser feita com a simplicidade pretendida no anteprojeto. Primeiro porque o crédito tributário tem regras especiais e sua modificação dependerá de lei complementar. Depois

porquanto há inumeros outros aspectos que precisam ser modificados, como, por ex., a lei de execução fiscal, na qual a simples distribuição do processo interrompe a prescrição. Esses aspectos precisam ser examinados conjuntamente, dando-se, inclusive, às autoridades fiscais um prazo máximo para levantar débitos; ultrapassado este, o Fisco só poderia obter pagamentos mediante comprovação efetiva de sonegação, etc.

Aproveitável e feliz é o dispositivo que faculta requerer a concordata a qualquer tempo desde que não declarada a falência seguramente inspirado na recente lei argentina (cf. Lei Argentina 19.551, de 1972, modificada pela Lei 22.217, de 27.08.1983, art.10).

Reiteremos, assim, que a lei atual é excelente, necessitando alguns retoques e pequenas modificações. A lei impensada nada acresce e nem enriquece e redundando em falsa solução. E, como expressa o nosso estimado Cardeal Arcebispo do Rio de Janeiro, não nos deixemos levar pelo imediatismo das falsas soluções ...

Fernando Whitaker da Cunha

Prof. Titular de Direito
Constitucional da UERJ e
Desembargador do Estado do
Rio de Janeiro

Prerrogativas inerentes ao Legislativo, cuja importância foi enfatizada pela Constituição de 1988, que manteve o sistema bicameral, com legislatura de quatro anos (art.44), e cujas atribuições, que envolvem relevantes interesses nacionais, estão explicitadas no art.48, dispensando-se a sanção do Presidente da República em matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (arts.49,51 e 52), são a financeira (que antecedeu, mesmo, a função normativa) e a de investigar e fiscalizar, surgindo tais práticas, nas tradições inglesas, à medida que o Parlamento ia assumindo a supremacia na vida política, passando, posteriormente, aos Estados Unidos, onde as comissões investigadoras do Congresso apareceram, em 1792, para apurar os motivos do fracasso da expedição Saint Clair, contra os indígenas do Ohio. (Na URSS, o Soviet Supremo orientava ainda, a política exterior do Estado).

As comissões de inquérito, que devem desenvolver atividade ampla nas pesquisas destinadas a apurar, por prazo certo, os fatos determinados que deram origem à sua formação, e que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos regimentalmente, podendo ser criadas por ambas as Câmaras, em conjunto ou separadamente, possuem origens **costumeiras, legais ou constitucionais**, como, no Brasil, desde 1934, e, na forma do art.58, § 3º da Constituição. A prerrogativa de investigar, entretanto, deveria ser usada com maior eficácia, para bem resguardar o interesse público, ainda mais que o protege a

Lei Federal nº 1579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre os crimes contra as comissões parlamentares de inquérito. O poder de controle, de que se trata, está delimitado, entretanto, pela competência.

As comissões, entre nós, podem ser **permanentes** (consideradas por Wilson o "mecanismo essencial" do sistema governamental americano) e **temporárias** (art.58) subdividindo-se essas em **especiais**, de **inquéritos, externas e mistas**, na forma do direito parlamentar, como o batizou Eugène Pierre, Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, na França, e ligado às normas regimentais de livre elaboração das Casas Legislativas, para disciplinar seus trabalhos; assegurada, na constituição das Mesas e de cada Comissão, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que atuam em cada Casa Legislativa.

No Senado existem, ainda, Comissões internas.

Foram ampliadas as imunidades materiais e formais dos congressistas (tema que, na Alemanha, ao contrário de em outros Estados, é tratado no art. 36 do Código Penal), sem prejuízo da preocupação de impedir abusos, como os que vinham ocorrendo e que dificultavam a ação da Justiça, favorecendo a impunidade. Valiosos, sobre a questão da inviolabilidade parlamentar, os informes de ALCINO PINTO FALCÃO e PEDRO ALEIXO, entre outros, sendo certo que se prende ela, em geral ao **exercício das funções**, dentro ou fora do recinto das Câmaras, e é irrenunciável como garantia constitucional do Poder Legislativo, originária do **Bill of Rights** e realimentada pela Revolução Francesa. O parlamentar estadual só goza de imunidades nos limites de sua unidade federativa e o vereador, que, injustamente, não tinha franquia, conquistou-a no âmbito geográfico do Município (art. 29, IV da Constituição Federal); no exercício do mandato. A inviolabilidade (art. 53) protege opiniões, palavras e votos do parlamentar, cujas imunidades subsistem durante o estado de sítio, a não ser que atos tenham sido praticados, fora do recinto do Congresso, incompatíveis com a execução da medida. O indeferimento do pedido de licença para que o parlamentar seja processado criminalmente, ou a au-

sência de deliberação a respeito como é justo, suspende a prescrição enquanto durar o mandato. A reeleição impõe a renovação da postulação punitiva, cumprindo notar que o abuso das prerrogativas reconhecidas a membros do Congresso, é incompatível com o decoro parlamentar (art. 55, § 1º), podendo resultar em perda do mandato.

Os deputados, pela antecedente Carta Magna (art. 39), passaram a ser eleitos em proporção aos eleitores inscritos (povo) e não mais ao número de habitantes (população), critério, esse último, retomado pela Emenda nº 8 e mantido pelo art. 45, § 1º da Constituição de 1988 (a Emenda nº 25, que reduziu para 18 anos a idade mínima para o exercício da deputação política, não foi perfilhada pela Constituição de 1988 - art. 14, e § 39, c - que optou pela idade de 21 anos).

A medida, que contrariava uma tradição de nosso direito, não merecia aplausos. Anteriormente, embora nem todos os habitantes pudessem votar (referimo-nos, principalmente aos analfabetos), eram eles computados demograficamente para a eleição de deputados, porque integravam um contexto socio-político, participando dele, desta ou daquela maneira.

Com a fórmula, então, em vigor, o Estado extinguiu, abruptamente, a participação de bons brasileiros, quando deveria aguardar pudessem eles exercer os direitos políticos, e não previu situações que embora difíceis poderiam ocorrer, como por exemplo, a de uma unidade federativa, bastante populosa que tivesse 70% de seus habitantes na faixa etária de 12 a 17 anos e de uma outra, pouco populosa, que possuísse 60% de seus habitantes na faixa de 18 a 40 anos, circunstâncias que faria a unidade menor (digamos Sergipe) ter maior bancada que a unidade maior (suponhamos Minas Gerais). A Emenda nº 22, à Constituição de 1967 (Emenda nº 1), prescrevia a eleição dos deputados pelos sistemas distrital misto, majoritário e proporcional, atendendo-se a Constituição de 1988 (art. 45) ao sistema proporcional. Cada território é representado, na Câmara, por quatro deputados. Cada senador deverá ser eleito, pelo princípio majoritário, com seus suplentes (dois), como reafirmou o STF,

na questão relativa à candidatura de José Sarney pelo Estado do Amapá (entendendo, contudo, que a coincidência de registros não era necessária), orientação que se consulta o interesse partidário poderá não corresponder à vontade do eleitorado e essa observação se aplica a todas as situações em que existe a automática eleição do suplente, atrelado à biga do titular.

Deputados e Senadores são julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 49, X, consigna que o Congresso fiscalizará, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal ou diretamente, ainda, os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, nada obstando, por conseguinte, a instituição do ombudsman, a que já nos referimos mais atrás (a Lei nº 7.295/84 regulará essa atividade fiscalizadora, através de duas Comissões Permanentes, uma em cada Casa do Congresso, denominada ambas "Comissão de Fiscalização e Controle"). O Decreto nº 93.714/86, dispondo sobre a defesa de direitos do cidadão contra abusos, erros e omissões da Administração Federal, instituiu junto à Presidência da República a Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão. Ponderou Wilson que "tão importante quanto legislar é fiscalizar atentamente a administração".

Como o Congresso, durante a legislatura, funciona em períodos anuais (sessões legislativas), de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro (pela Emenda nº 3 eram de 1º de março a 30 de junho e de 1º de agosto a 5 de dezembro), embora possa ser convocado extraordinariamente, em casos específicos (art. 57, § 6º), ocasião em que somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, não poderá, em tese, funcionar durante todo o ano, em regime normal ou ordinário de atividade (sessão permanente). A partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, cada uma das Câmaras reunir-se-á em sessões preparatórias para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, e durante o recesso haverá uma Comissão do Congresso, eleita por suas Casas, com atribuições definidas no regimento comum e que, bem dizer, ficará de plantão tal como ocorre em tribunais. Os parlamentares desde a

expedição do diploma e desde a posse, sofrem as restrições do art.54 da Constituição, podendo perder o mandato nas hipóteses do art.55, mas, sem perda do mandato lhes é facultado a investidura nos cargos referidos do art.56, bem como licenciarem-se. O Presidente do Senado Federal preside a Mesa do Congresso (art. 57, § 5º da Constituição Federal).

A Emenda nº 1, à Constituição de 1967, pôs fim à controvérsia sobre quem deveria presidir o Congresso Nacional: O Vice-Presidente da República ou o Presidente do Senado, optando por esse último (art.29, § 3º) e reservando àquele outras funções. O Vice-Presidente, tal e qual nos Estados Unidos, presidia, em outros tempos, o Senado, e em decorrência, o Congresso (sem imunidades parlamentares), para não desfalcar a bancada dos Estados, nas votações: posteriormente, com a Emenda Parlamentarista, criou-se o cargo de Presidente do Senado. A Constituição, de 1967, um tanto ambígua, em seu texto original, provocou sérias dúvidas sobre a quem caberia a presidência do Congresso, empenhando-se no controvertido tema o Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo e o Presidente do Senado, Auro de Moura Andrade. O Congresso por 189 votos contra 94 deu razão ao primeiro.

Questão ligada ao Legislativo é a do **impeachment**, proveniente da responsabilidade que os regimes livres fazem incidir sobre seus agentes. Foi, entre outros motivos, pela lei de responsabilidade que Deodoro dissolheu o Congresso e proclamou o estado de sítio. A Câmara dos Deputados compete, privativamente, autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo (que é ato processual, por admitir a acusação, segundo o art.86) contra o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, incumbindo ao Senado Federal processar e julgar essas autoridades nos crimes de responsabilidade (os ministros nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles) e, outrossim, processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, nos crimes de responsabilidade, justificando-se a competência mencionada por último, pela necessidade

de serem resguardadas as autoridades citadas, expostas, em virtude de seus cargos, a ódios políticos e a malquerenças pessoais.

Funciona, como Presidente do Senado, o do Supremo Tribunal Federal (sem que isso desfigure o **sistema cameral**, que coexiste, na doutrina, com os sistemas judicial e misto, o qual seguimos, na Constituição de 1934 e que fora adotado pela Constituição Rio-Grandense, de 1891), que lavrará a sentença condenatória (arts.395-401 do R-I do Senado); somente por dois terços será proferida a mencionada condenação e a pena limitar-se-á à perda do cargo com inabilitação, por oito anos (era, por cinco anos, anteriormente) para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções jurídicas cabíveis.

Crimes de responsabilidade são aqueles cometidos em razão de certos cargos públicos, exemplificando o art.85 da Constituição, os atribuíveis ao Presidente da República, por atentarem contra a Constituição Federal, devendo esses delitos serem definidos em lei especial (Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950), que deverá estabelecer as normas de processo e julgamento, sendo certo que, mesmo tentados, são seus agentes passíveis da perda de cargo, com inabilitação, para o exercício de qualquer função pública. Tecnicamente, não são eles infrações penais, como os chamados crimes funcionais, praticados contra a administração pública, com os quais às vezes são confundidos até pelo próprio legislador, mas transgressões de caráter político administrativo. O Senado Federal desempenha, na hipótese, **"un papel muy distinto de su función legislativa normal"** (Charles Black Jr., **Juicio Político**, B.Aires, 1975, p.17) cabendo ao Supremo Tribunal Federal (art.102, I, b) processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns (crimes e contravenções que refogem à legislação especial, tecnicamente falando, mas, também, os pertinentes a essa última em face da oposição genérica aos crimes de responsabilidade), o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, as

autoridades referidas no art.102, I,c. Autorizado o processo, pela admissão da peça acusatória, equivalente ao **indictement**, contra o Presidente da República pela Câmara dos Deputados, portanto, deverá ser ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal ou perante o Senado, ficando suspenso de suas funções recebida a denúncia ou queixa-crime pela Suprema Corte ou após instauração do processo pelo Senado Federal. Se depois de 180 dias o julgamento não estiver concluído cessa o afastamento do Presidente, prosseguindo, regularmente, o processo, mas ele, apenas estará sujeito a prisão depois da condenação criminal, devendo-se resaltar que o supremo mandatário da nação, na vigência do seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4º) ou seja, sua responsabilidade político-criminal, por uma espécie de imunidade, está vinculada, transitoriamente, à prática do cargo, contradizendo as coordenadas constitucionais que reduziram as dimensões do Executivo. A origem do dispositivo, paradoxalmente, parece ter sido a autoritária Constituição portuguesa de 1933: "Por crimes estranhos ao exercício de suas funções, o presidente só responderá depois de findo o mandato" (é igualmente, a diretriz da Constituição de 1976, art. 133, 4), mandamento que influenciou no art. 87 da Carta de 1937: O Presidente da República não poderá, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas". A prescrição, é claro, fica suspensa, aguardando o término do mandato, sendo oportunas as observações de ARAÚJO CASTRO (A Constituição de 1937, 2ª ed., p.202). "Tanto nos crimes comuns quanto nos de responsabilidade, o Presidente não é sujeito a qualquer forma de prisão ou detenção preventiva" pondera WALTER CENEVIVA (Direito Constitucional Brasileiro, p.186).

O **impeachment**, que tem raízes britânicas (casos do Duque de Buckingham e do Conde de Strafford) robusteceu-se com o Estado de Direito, encontrando guarida no direito norte-americano (inicialmente, nas Cartas de Virgínia e de Massachussets, e depois, na Constituição da República), de onde se propagou aos povos cultos. Contudo, no sistema inglês,

que já utilizou o **bill of attainder** (ato do Parlamento, essencialmente judiciário e formalmente legislativo, que impunha severas sanções) como subsidiário do **impeachment**, a Câmara dos Lordes (que, aliás, é, igualmente, um tribunal), aprecia, com ampla competência, a acusação da Câmara Baixa, podendo invadir a dimensão penal, pois nele, como no americano, as imunidades se referem, apenas, ao processo civil, ao contrário do sistema gaulês, que adotamos.

Além do mais, na Inglaterra como na França, todos os súditos, sem qualquer distinção, estão sujeitos à medida, que só não abrange o soberano, na primeira, enquanto, no regime americano, que se parece com o nosso, só algumas autoridades podem ser impedidas (Presidente e Vice-Presidente da República, magistrados federais e servidores da União, com exceção dos militares, sujeitos, aliás, à legislação especial e dos membros do Congresso, os quais não são considerados **civil officers**).

Desde a Constituição do Império, que adotamos o "impedimento", então um processo criminal "ao passo que exclusivamente político é o implantado com a República. Este se situava na linha do instituto norte-americano; aquele se filiava à tradição jurídica britânica", nota PAULO BROSSARD, em magnífica dissertação (O **impeachment**, Porto Alegre, 1965, p.33). No modelo inglês são abrangidos a autoridade e o homem e, no americano apenas se atinge a autoridade.

O **impeachment** é um feito essencialmente político, mas de tonalidade constitucional-penal, o que lhe dá um certo caráter misto, como ressaltou LAURO NOGUEIRA (O **impeachment**, p.28), abrangendo, no âmbito estadual, governadores e secretários de Estado e no municipal, prefeitos (a Lei nº 3528, de 3 de janeiro de 1959, cujo art. 4º, parágrafo único foi tido por inconstitucional por determinar recurso oficial, para a Assembléia Legislativa, da sentença condenatória proferida pela Câmara de Vereadores, foi revogada pelo Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, cuja inconstitucionalidade foi sustentada, por MARCUS FAVER, em tese de mestrado), e alguns vereadores (art. 27 da Lei nº 64448/77, que manda aplicar aos edis dos

Municípios dos Territórios o disposto na lei federal sobre responsabilidade, cumprindo notar que a vereadora Regina Gordilho foi afastada da Presidência da Câmara, na cidade do Rio de Janeiro, por alegada infringência no regimento interno), impossibilitando-o, em tese, em virtude de sua natureza, a renúncia do cargo, como demonstra o episódio Nixon, ou o fim do mandato, sem prejuízo da ação da Justiça. Todavia, no **impeachment** do Secretário de Estado Belknap, acusado de vender, através de familiares, "o monopólio para o fornecimento das tropas dos territórios indianos" (AMANCIO DE SOUZA - **Responsabilidade Funcional dos Secretários de Estado**, p.39, Bahia, 1906) o processo seguiu seus trâmites, apesar de Grant ter aceito o seu pedido de exoneração, como recorda Munro. A nossa legislação prescreve (Lei nº 1079, arts. 15 e 42) que a denúncia só pode ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. Era já o sistema da Lei nº 27/1892. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ opina, desafiando reflexão, que o processo "pode ser reativado se a autoridade, por eleição ou nomeação, retornar ao exercício de qualquer das altas funções objeto da tutela constitucional" (A **Co-Delinquência Penal Brasileira**, p.202, Bushatsky, 1976). Embora entendam alguns que o Prefeito não mais pode ser objeto de impedimento, em nossa sistemática legal, pensamos contrariamente (veja-se a orientação do STF na RT 404/405) e assim, de acordo com a legislação supracitada, ele pode ser julgado, por crimes de responsabilidade, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores, pelo Poder Judiciário, importando a condenação definitiva na perda do cargo e na inabilitação por 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública e, por infrações político-administrativas, sancionadas pela cassação de mandato, pela Câmara de Vereadores. Tem-se entendido que se o Prefeito tiver deixado o cargo responde na forma da lei penal, a não ser que o mandato expire após o recebimento da denúncia.

O instituto, de que tratamos, como o veto (porque não se admite que a maioria parlamentar

vote contra o gabinete), é mais pertinente ao presidencialismo, porque, no parlamentarismo o Chefe de Estado é irresponsável, a não ser em situações excepcionais, e moções de censura têm maior eficácia.

Famoso caso de **impeachment** foi o do Presidente Andrew Johnson, sucessor de Lincoln, relatado por ADOLPHE de CHAMBRUM, em livro de larga repercussão (**Le Pouvoir Exécutif aux Etats Unis**, Paris, 1876, p.320 e segs.)

Johnson foi acusado de excesso de poder e de infringir leis, particularmente ao dispensar Stanton, da Secretaria da Guerra, sem autorização do Senado, que aprovara sua nomeação, substituindo-o por Grant. Foi absolvido por um voto (o Senador Edmund Rosse, de Kansas), não chegando, a ser **convicted**, tendo o Presidente da Suprema Corte, Chase, que presidia o Senado, para esse julgamento, agido com extraordinário tato. Não foi afastado do poder, apesar da acusação da Câmara. Na infra-estrutura de seu processo estava o fato de que, indultando confederados e permitindo que voltasse, às suas terras, dificultava a reforma agrária pretendida pelo Congresso.

Nele, como sublinha M. LES BENEDICT (**The impeachment and Trial of Andrew Johnson**, p.1, Nova York, 1973), "lay the crisis of American Reconstruction after the Civil War".

Enquanto o seu caso teve como origem a interpretação de cláusula da Constituição, a de Nixon foi motivado por ofensa à lei.

No caso Myers v. US, a Suprema Corte firmou, posteriormente, o princípio de que o Congresso não "podia limitar o poder do presidente de remover funcionários executivos".

No Brasil, como sublinha PAULINO JACQUES (**Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed., 1962, Forense, p.162), salvo frustradas tentativas, "jamais tivemos um processo de **impeachment**".

No plano estadual, o único exemplo positivo é o Governador Aquiles Lisboa, do Maranhão, afastado do cargo em 1935, por ter negado à oposição "posse de um cargo rendoso", conforme carta dele ao escritor WOLFREDO MACHADO.

O instituto, embora quase não seja aplicado,

para evitar graves consequências ou desprestígio do poder, deve ser acionado, impreterivelmente, quando o exigir o interesse coletivo, devendo-se lembrar que jamais se confundiu com o bill of attainder (" a legislative act witch inflicts punishment without a judicial trial").

A Tutela da Propriedade Privada na Ordem Constitucional

GUSTAVO TEPEDINO

Prof. Titular de
Direito Civil da
UERJ e Procura-
dor da República

Sumário: 1- Em Busca do Significado Normativo do Direito de Propriedade 2-Contornos Elementares da Propriedade Privada: Aspectos Estrutural e Funcional. 3- A Função Social da Propriedade: A Fragmentação Conceitual e sua Definição Exclusivamente Normativa. 4- A Função Social da Propriedade na Constituição de 5 de outubro de 1988. Definição de seu Conteúdo Mínimo. 5. Base Constitucional da Propriedade Privada.

1. Em Busca do Significado Normativo do Direito de Propriedade.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas modificações na ordem econômica e social, atingindo, na esteira de tais transformações, o direito de propriedade privada, objeto de tutela específica, direcionado ao cumprimento dos princípios constitucionais de solidariedade e justiça social.

A civilística brasileira, contudo, em sua maior parte, parece não ter ainda se dado conta da repercussões do novo Texto Constitucional no âmbito das relações de direito privado, fato que

se comprova, facilmente, pela leitura da manualística, cujas novas edições, posteriores a outubro de 1988, permanecem sem alterações substanciais, ressalvadas a supressão de específicos preceitos e a inserção, aqui ou ali, de dispositivos isoladamente considerados 1. As consequências de tal operação hermenêutica, mediante a qual se relega a segundo plano o Texto Maior, apresentam-se alarmantes, máxime quando se trata de redesenhar o direito subjetivo de propriedade, com todas as suas implicações sobre as relações de produção, controle e a distribuição de riquezas.

Torna-se imprescindível, pois, revisitarmos a disciplina do Código Civil em tema de propriedade, à luz do ditado constitucional, procurando definir, ao menos em suas linhas gerais, o conteúdo positivo do domínio.

2. Contornos Elementares da Propriedade Privada: Aspectos Estrutural e Funcional.

A propriedade deve ser estudada sob dois pontos de vista, o estrutural e o funcional. A dogmática tradicional e, na sua esteira, o Código Civil brasileiro, preocupam-se somente com a estrutura do direito de propriedade. O art. 524 do Código Civil, com efeito, evitando defini-lo, dispõe sobre os poderes do titular do domínio, fixando o elemento interno ou econômico, caracterizador da senhoria, e o elemento externo ou mais propriamente jurídico, da estrutura da propriedade. O primeiro elemento interno ou econômico, é composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. O segundo, o jurídico, traduz-se na faculdade de exclusão das ingerências alheias.

Estes dois elementos, o interno e o externo,

1) Cf., por todos, O GOMES, Direitos Reais, Rio de Janeiro, Forense, 1990, 10ª ed.; M.H. DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 4º, São Paulo, Saraiva, 1989, 6ª ed.; W. DE BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil, Direito das coisas, São Paulo, 1990, 27ª ed.;

compõem a estrutura da propriedade, o seu aspecto estático 2.

Já o segundo ponto de vista pelo qual se deve estudar a propriedade, mais polêmico e alvo de disputa ideológica, refere-se ao seu aspecto dinâmico, isto é, ao papel que desempenha nas relações jurídicas e sociais, a função social da propriedade 3. Ambos os aspectos se complementam e devem ser analisados conjuntamente, sob pena de se estabelecerem soluções redutivas para a determinação da disciplina da propriedade no direito positivo.

3. A Função Social da Propriedade: a Fragmentação Conceitual e sua Definição Exclusivamente Normativa.

A investigação acerca da função social da propriedade remota, pelo menos, à doutrina cristã da Idade Média, com a preocupação da utilização da propriedade para o bem comum, presença constante na Suma Teológica de São Tomás de Aquino. Os bens disponíveis na terra pertenceriam a todos, sendo destinados provisoriamente à apreensão individual. O jusnaturalismo, inspirado em critérios de equidade e de justiça supralegislativa, proclamaria, posteriormente, a função social da propriedade traduzida na necessidade de utilização do bem enquanto instrumento de realização da justiça divina.

Função social da propriedade é, pois conceito

2) V., sob outra perspectiva, L. BARASSI, La Proprietà, Milano, Giuffrè, 1943, passim e ivi, p. 1. o qual distingue o elemento estático, identificado na faculdade de utilização direta, do elemento dinâmico da propriedade, constituído pelas faculdades de fruição, disposição, juntamente com as ações de tutela do direito da propriedade

3) Sobre o tema V, por todos, os textos fundamentais de S. RODOTÀ, II terribile diritto Studdi sulla proprietà privata, Il Mulino, 1981.

relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época 4. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Tal dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século, e, em sua esteira, o nosso Código de 1916, cuja primeira redação data, como se sabe, de 1899.

A segunda metade do século passado, entretanto, assistiu à profunda modificação na ordem dos valores da sociedade. Os movimentos sociais e filosóficos, assim como a evolução econômica, serviram para desmistificar a crença igualitária francesa. Formou-se, pouco a pouco, uma casta de novos privilegiados, com o sistema de liberdade negociada instaurado, consolidando-se desigualdades não transponíveis espontaneamente, e que recrudesciam pela garantia concedida à parte mais forte das relações contratuais, em detrimento dos contratantes em situação de inferioridade. O marxismo concebeu, pela primeira vez, a propriedade não mais como expansão da inteligência humana mas, de forma pragmática, como mercadoria, ou elemento mobilizador de riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho. Para a doutrina marxista, com efeito, o direito de propriedade se apresentava «como direito sobre o trabalho alheio e como impossibilidade para o trabalho de apropriar-se do próprio produto» 5.

A primeira guerra, na Europa, marcaria, então, definitivamente, a modificação do papel do legis-

4) CFR. CAIO MARIO DA S. PEREIRA, Evolução do Direito de Propriedade, in R. Curso Dir. Universidade

Federal Uberlândia, 1982, 11 <1 e 2>, p.219 e ss.

5) Apud A. IANELLI, in Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà, Camerino-Napoli, ESI, 1983, p. 95 . V. também, a acurada análise

lador, antes mero árbitro das relações privadas. O Estado, primeiro de maneira excepcional, e depois sistematicamente, intervém na economia, objetivando obstar a expansão das desigualdades e atender interesses básicos da população carente. Os "sem-terra", os "sem-teto", as legiões de subempregados, os desassistidos dos serviços básicos formam um robusto contingente reinvidicante, fomentador de notáveis movimentos sociais, no âmbito dos quais a revolução bolchevique e a experiência constitucional de Weimer servem de pontos de referência.

Países como a França, a Inglaterra e a Itália sofrem radical alteração legislativa, processo identificador do chamado Welfare State, Etat Providence ou Stato del Benessere, Estado assistencialista que não mais se limita a mediar as relações privadas e controlar as regras do jogo, passando a intervir incisivamente em busca de objetivos fundamentais de justiça social 6. A meta da justiça retributiva, conquista da revolução francesa, dá lugar à justiça distributiva, com o acentuado intervencionismo estatal e o dirigismo contratual que, no Brasil é fartamente documentado a partir dos anos 30 7.

A propriedade assume função central na redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias. A destinação do bem apropriado ora é determinada por lei, ora é controlada e res-

historica de V. CANTELMO, Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola, in Rassegna di diritto civile, 1985, p. 324 e ss. e ivi, p.334 quando o a. invoca passo de K. MARX e F. ENGELS (L'ideologia tedesca, 1845-1846, in Opere complete, V, Roma, Editori Riuniti, 1972, p. 74) em que se afirma "não se pode fundamentar pensar ao lado objetivo como exclusiva referência ao jus utendi et abutendi, enquanto, em termos reais a propriedade revela como objeto de troca entre sujeitos".

tringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade menos pelo seu conteúdo estrutural acima descrito e mais pela destinação do bem sobre o qual incide ou, ainda, por sua potencialidade econômica. O controle, fortemente delineado sobre a propriedade de bens imóveis intensifica-se na propriedade mobiliária, na medida em que o tráfico mercantil identifica nos bens móveis, em particular nas ações das sociedades anônimas, o verdadeiro elemento de circulação (invisível) e controle de riquezas.

O proprietário, por outro lado, já não desfruta da quase antropomórfica posição jurídica de domínio, concebido no passado como relação entre sujeito e objeto. A fórmula *ius utendi et abutendi* é insuficiente para descrever a relação jurídica proprietária. Passa-se a questionar o direito proprietário como um direito único e verifica-se que a estrutura, o direito, fixada pelo Código Civil, é inadequada para regular a multiplicidade de situações proprietárias, distintas umas das outras em função da destinação do bem e da disciplina aplicável na relação intersubjetiva em que se inseriam. FILIPPO VASSALLI, em famosíssima aula inaugural no primeiro pós-guerra 8, e SALVATORE PUGLIATTI, em obra que se tornaria clássica, propõem a desintegração conceitual do instituto proprietário. Este último sugere mesmo a fórmula plural *le proprietà* para substituir o monolítico conceito de *la proprietà* 9.

A formulação doutrinária acerca dos múltiplos

6) Para uma ampla bibliografia sobre o tema, seja consentido remeter à minha tese Diritto all'abitazione e rapporti locatizi, Universidade de Camerino, 1984-1985, p. 90 e ainda, G. TEPENDINO; Pelo Princípio da Isonomia Substancial na Nova Constituição- Notas sobre a "Função Promocional do Direito" in Atualidades Forense, 1987, n. 12, p. 30 e ss.

7) V.A. MEDEIROS DA FONSECA, Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, Rio, Forense, 1943, 2ª ed. (rev. e ampl.), p. 316 e ss.

estatutos da propriedade, além de responder à inelutável realidade desintegrativa do fato social em relação à concepção dominical, tem o mérito de descartar a visão da propriedade como direito absoluto e superlegislativo, em relação ao qual o ordenamento apenas teria de "reconhecer", não já "conceber", deixando acima de qualquer dúvida a afirmação de que o conceito de propriedade é criado e moldado com base em definições exclusivamente normativas.

É esse, pois, o pano de fundo das sucessivas restrições constitucionais e administrativas que, no Brasil, põem em cheque a dogmática da propriedade. Qual a função social da propriedade e qual o seu conteúdo, diante da previsão constitucional e do ordenamento como um todo?

4. A Função Social da Propriedade na Constituição de 5 de outubro de 1988:

Definição de seu Conteúdo Mínimo.

O Texto Constitucional inclui a propriedade privada como um dos princípios da Ordem Econômica, ao lado da função social da propriedade, considerada como princípio próprio (art. 170, incisos II e III).

A Constituição anterior já denotava a preocupação do legislador com a função social, nos termos do art. 160, III. O que diferencia o preceito pré-vigente do atual tecido constitucional -- é a diferença não é insignificante nem secundária -- é

8) Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato, in Studi giuridici, II, Roma, Soc. Ed. del "Foro italiano", 1939, p. 375 e ss., e, do mesmo autor, Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, cit., p. 365 e ss.

9) A referência é ao estudo La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera), in La proprietà nel nuovo diritto, Milano, Giuffrè, 1954.

que o Texto vigente inclui a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, o qual dispõe (ao lado da proteção à propriedade privada, art. 5º, XXIII), que «a propriedade atenderá a sua função social». Na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio de ordem econômica e social. Pelo Texto atual, na técnica adotada pelo constituinte, está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O art. 182 e seguintes da Constituição atual fixam regras incidentes sobre a propriedade territorial urbana no contexto da política urbana, assim como o art. 184 e seguintes tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

Nota-se a previsão de disciplinas diversas segundo a potencialidade da propriedade em termos de destinação econômica. Tem-se, assim, a pequena e média propriedade, cujo titular não possua outra, como insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185). Na mesma linha, como garantia fundamental do sistema, torna impenhorável para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva a pequena propriedade familiar e rural, a qual gozará de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento (art. 5º, XXVI).

Também a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos (arts. 183 e 191).

O art. 185, II, em preceito polêmico, torna insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva.

Por outro lado, a titularidade de propriedade rural por estrangeiros terá aquisição e arrendamento limitados, sujeitos a restrições e a eventual necessidade de autorização por parte do Congresso Nacional (art. 190).

Criou, pois, o legislador constituinte estatutos diversos para a propriedade, segundo sua localização - rural e urbana -, potencialidade - pro-

ductiva e não produtiva - e titularidade - apropriação por estrangeiros ou por nacionais.

De outra parte, tratou o tema da propriedade de maneira abrangente, no âmbito de uma mais geral política agrícola e política urbana.

A rigor, a prescindir dos espíritos corporativistas que permearam o debate pré-constitucional, e das intenções dos grupos que dele participaram, o Texto em exame é inovador, parecendo injustas muitas das críticas que lhe foram desfechadas, no sentido de que teria resultado conservadora a disciplina sobre reforma agrária, representando verdadeiro retrocesso em face do próprio Estatuto da Terra. Pode-se demonstrar, sem dificuldade, justamente o oposto.

Destaque-se, em primeiro lugar, a colocação topográfica da disciplina. A Constituição da República criou princípios fundamentais, em sua parte introdutória, os quais não teriam razão de existir não fosse para instrumentalizar todo o tecido constitucional a regras consideradas pelo constituinte como fundamentais, a formar uma espécie de parâmetro interpretativo para os demais preceitos, e pressuposto para a inteligência de todos os institutos previstos pelo Texto e dispostos no mesmo grau hierárquico.

Assim é que a tutela social dos incisos XXII e XXIII do art. 5º, colocados, como visto, dentre os direitos e garantias individuais, a impregnar toda a Constituição e o ordenamento vigente, garantem a propriedade desde que vinculada à sua função social.

A informação axiológica do conceito, que poderia parecer algo misterioso e abstrato, é orientada pelos princípios fundamentais da República, que têm na dignidade da pessoa humana regra basilar, fixada pelo art. 1º da Constituição. O preceito deve ser interpretado em consonância com o art. 3º, que fixa, dentre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Vale dizer, é a própria Constituição, nos princípios e objetivos fundamentais da República, a determinar que a função social seja conceito

vinculado à busca da dignidade humana e à redistribuição de rendas, através da igualdade substancial de todos. Redução de desigualdades significa que a isonomia constitucional, antes apenas formal - todos são iguais perante a lei -, hoje passou a ser substancial - ou seja, o tratamento legal será desigual sempre que esteja em jogo o objetivo central da República, de remoção das desigualdades de fato.

Pretende-se com isso dizer que a isonomia formal, conquista inegável da Revolução burguesa, continua em pleno vigor (art. 5º, I, da Constituição Federal), aplicável a situações de igualdade. Em face de desigualdades, contudo, é obrigação do Estado a redução dos desníveis econômicos, mediante a interferência nas relações de trabalho e produção, para que se busque a igualdade de todos no acesso aos bens materiais e espirituais disponíveis 10.

Ora, se as considerações acima desenvolvidas são verdadeiras e o Texto Maior não permite outra conclusão - o pressuposto para a tutela de uma situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que, por sua vez, tem conteúdo pre-determinado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários.

Dessa forma podemos entender o teor do art. 186 assim estipulado:

« Art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

10) Sobre o tema, cfr. G. TEPEDINO, Pelo princípio de Isonomia Substancial, cit., com amplas referências bibliográficas.

- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.»

Vê-se, pois, que o cumprimento simultâneo de tais exigências, fixadas pela Constituição, tem princípios e objetivos bastantes concretos e que, mais importante ainda, não haverá propriedade, mesmo dentre as espécies tuteladas especificamente pela Constituição, que escape ao pressuposto da função social, de conteúdo pré-determinado, cujo descumprimento ocasionará a perda da proteção constitucional.

O alcance desta conclusão é amplo e suas consequências podem-se notar, por exemplo, no exame da propriedade dita produtiva, insuscetível de desapropriação nos termos no art. 185, II. Somente será exercida a garantia constitucional em favor da propriedade produtiva se ela atender aos pressupostos da proteção constitucional - que a faz insuscetível de desapropriação para reforma agrária, justamente por cumprir as exigências predispostas para a respectiva tutela. Os pressupostos de sua invulnerabilidade são claras e inequívocos, ditados pela função social, não somente nos termos descritos pelo art. 186. Com efeito, os princípios fundamentais da Constituição especificam como postulado fundamental e condicionante de todos os outros, inclusive da função social, a dignidade do homem e a redução das desigualdades.

Daqui resulta a inconstitucionalidade de qualquer lei que desatenda a construção elaborada pelo constituinte. Inexiste, portanto, a ameaça, advertida por alguns de uma propriedade destinada à especulação possa se valer da proteção constitucional, desde que superficialmente produtiva, contra a desapropriação para a reforma agrária. A pro-

priedade fundiária especulativa, que vise apenas à acumulação e desdenhe os objetivos da República, descumprindo sua função social, não é tutelada pela Constituição.

Outro aspecto merece destaque:- o tratamento dado pela Constituição à reforma agrária, no âmbito da política agrícola, não deve ser considerado retrógrado. Uma vez fixados os parâmetros interpretativos acima expostos, não poderá o legislador ordinário, nem o Executivo, transigir ou titubear na atitude positiva e incisiva de realização de uma reforma agrária que atenda aos objetivos e princípios fundamentais da República, dentre os quais, insista-se, encontra-se o objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Conclui-se, portanto, que o tratamento da reforma agrária inserta na vasta disciplina da política agrícola é sinal de que deve existir, necessariamente, uma programação na utilização da terra. Programação contínua, por parte do Executivo e planejada pelo Legislativo, para o atendimento dos objetivos da República é indicação decisiva para o intérprete de que a propriedade deve atender a interesses estranhos ao binômio sujeito-coisa, infringindo-se em relação que envolve interesses não proprietários, como o interesse ao trabalho, à habitação, à saúde, à proteção ambiental e, enfim, deve a propriedade constituir-se em instrumento - no âmbito de uma programação maior, contínua e obrigatória - para a tutela da dignidade do homem.

Tais resultados fornecem elementos suficientes à afirmação de que, não obstante estar em vigor uma série de estatutos de propriedades, com tutelas diversas segundo a destinação dos bens sobre os quais incidem, e sem embargo da própria Constituição fixar proteção especial para certas formas de propriedade, existe um conteúdo central, mínimo e essencial que delinea o direito subjetivo proprietário. A senhoria, o aproveitamento econômico do bem apropriado, em qualquer circunstância em que se apresente a concreta relação jurídica subjetiva, é direcionada pela função social constitucionalmente fixada.

A tutela constitucional evidentemente, assim como os deveres impostos ao proprietário para que sejam alcançados os objetivos da República, variarão, caso a caso, dependendo da destinação econômica do bem. Um bem de consumo, embora também deva cumprir sua função social, uma vez apropriado, resulta muitas vezes irrelevante para o Estado e por isso poderá estar margem do programa de intervenção estatal, o que não se poderá dizer de um bem de capital. Dependendo, pois, de destinação do bem e das relações sociais e jurídicas em que se insere, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente. A operação hermenêutica, de qualquer forma, está vinculada aos postulados constitucionais e aos objetivos da República.

5. Base constitucional da propriedade privada.

Resta estabelecer a disciplina aplicável às situações jurídicas proprietárias, enfrentando o tormentoso problema que contrapõe a Constituição ao Código Civil e à legislação especial.

A doutrina tradicional considerava a propriedade privada regulada exclusivamente pelo Código Civil, com as exceções oriundas da legislação excepcional, revogadora do Código. Costumava-se dizer que o direito civil tinha no Código a sua verdadeira «Constituição» e que a Constituição Federal, em contrapartida, restava um Texto de princípios e programas, funcionando como mero limite para legislador ordinário e traçando programas a serem desenvolvidos pela lei civil. O quadro se coadunava, perfeitamente, com o sistema individualista do século XIX, caracterizado, justamente, pela não ingerência do Estado na contratação privada e nas relações interindividuais.

Com a intervenção do Estado, a partir do início do século, como antes se comentou, o legislador passou a penetrar as fronteiras do direito privado, valendo-se, para tanto, de leis extravagantes, revogadoras do Código Civil.

Ao final dos anos 70, tamanha resultou a legislação especial que uma arguta doutrina,

capitaneada por NATALINO IRTI, atentou para o fato do Código Civil já não mais centralizar o sistema normativo privado. Do «monossistema», onde o Código regulava, tal qual o sistema solar, todo o universo de leis especiais, restando sempre o centro do ordenamento, ter-se-ia passado para o «polissistema» - diz o professor da Universidade de Roma - caracterizado pelas leis setoriais, fruto do democrático mecanismo de pressões e discussões legislativas, a guiar, em cada setor da economia, a própria disciplina 11.

A tese, recebida com aplausos na Europa 12, significaria uma inversão hermenêutica sem precedentes. As regras interpretativas utilizadas pelo operador do direito deveriam respeitar a lógica setorial, não mais a lógica do Código Civil. O recurso ao procedimento analógico deveria ser feito no âmbito das leis especiais - se a questão suscitada envolvesse, por exemplo, um contrato de locação, o intérprete deveria se ater aos estritos confines de lei das locações. Os princípios constitucionais assinalariam um programa (por exemplo, a função social da propriedade privada), enquanto os princípios das leis especiais, «e somente estes, desempenham a função interpretativa do sistema», em termos de analogia legise de analogia juris 13.

A disciplina do Código Civil, por sua vez,

11) Letà della decodificazione, Milano, Giufrè, 1979.

12) Cfr. dentre outros, A. DE CUPIS, A proposito di codice e di decodificazione, in Rivista di diritto civile, 1979, II, p. 47 e ss; R. SACCO, Codificare modo superato di legisferare? in Rivista di diritto civile, 1983, II, p. 118 e ss; com ampla referência ao direito comparado; G. Azzariti, Codificazione e sistema giuridico, in Politica del diritto, 1982, p. 537.

13) NATALINO IRTI, Leggi speciali (del monossistema ao polissistema), in Rivista di diritto civile, I, 1979, p.150.

teria aplicação residual, compondo sistema fragmentado, ora inteiramente apartado, ora complementar em relação aos sistemas específicos, denominados de «micro-sistemas», como seriam, por exemplo, o sistema das locações, do registro público, da família, das águas, e do estatuto da terra 14.

Não seria esta a sede adequada para criticar esta inteligente posição doutrinária 15. Limitasse, o presente trabalho, a chamar a atenção para o fato de que o processo intervencionista se realiza por força da Contituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração de todo o sistema normativo, evitando a desintegração do sistema em lógicas setoriais. O caso do Código Civil, como centro do ordenamento privado, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não patrimoniais 16, não dá lugar a uma fragmentação normativa. A perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do estado social de direito 17. O sistema, contudo, se mantém uno, unificado pela Constituição que sucede o Código Civil como o centro do sistema de direito

14. O tema, ainda não enfrentado, especificamente, pela doutrina brasileira, não passaria, contudo, despercebido por arguta doutrina. V.O. GOMES, A Agonia do Código Civil, in Revista de Direito comparado Lusó-Brasileiro, 1988, n.7 p.1 e ss.

15) Cf., mais detidamente, G. TEPEDINO, Diritto all'abitazione e rapporti locatizi, cit., p. 158 e ss.

16) Sobre o processo de socialização do direito civil, imprescindível a leitura de M. GIORGIANNI, Il diritto privato ed i suoi attuali confini, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, pp. 391 e ss.

17) Cfr. C. DONISI, Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato, in Rassegna di diritto civile, 1980, p. 66 e ss.

Comparado Luso-Brasileiro, 1988, n.7, p.1 e ss. privado.

Assiste-se, portanto, a uma espécie de "constitucionalização" do direito privado, este voltado, mais a mais, para as preocupações sociais e para os valores estabelecidos no ápice do sistema normativo.

Parece lícito afirmar, desta arte, quanto à disciplina de propriedade no ordenamento positivo, que o Código Civil e a legislação setorial, em tema de propriedade, em particular o estatuto da terra, permanecem em vigor naquilo em que não contrariarem a Constituição. Devem ser aplicados respeitando-se as diversas situações proprietárias, insuscetíveis de uma *reductio in unam*. A lógica proprietária, no entanto, os princípios basilares e a sua função social, encontram-se amalgamados pelas normas constitucionais, as quais, longe de criarem estatutos proprietários estanques, pertinentes a hipótese particulares de propriedades, a constituem verdadeiros «micros-sistemas», servem para ditar a nova disciplina da propriedade privada, com aplicação inexorável e imediata no direito privado 18.

18) Para um impecável tratamento metodológico, que integra a norma constitucional ao direito civil, em todos os seus setores e institutos, v. P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, ESI, 1984. Cf. ainda, aprofundado o tema ora tratado, G. TEPEDINO, Contorni della proprietà nella costituzione brasiliana del 1988, in Rassegna di diritto civile, vol. 1, 1991, p. 96 e ss., ao qual seja consetido remeter, para ulteriores referências bibliográficas e doutrinárias.

FAMÍLIA - CASAMENTO - UNIÃO ESTÁVEL

CONCEITOS E EFEITOS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

HELOISA HELENA BARBOSA

Profa. Titular de Direito Civil da UERJ e Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. Considerações iniciais
2. Família, casamento e concubinato no Direito Romano,
3. Família e casamento; conceitos,
4. Constituições Brasileiras
5. A família na vigente Constituição Federal.
6. Efeitos do casamento e da união estável à luz da Constituição de 1988,
7. Considerações finais

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema que enfretamos tem sido alvo de análise pelos mais ilustres juristas pátrios, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 que inovou profundamente as linhas estruturais do Direito de Família.

Tais inovações, de todo bemvindas, trouxeram como lhes seria próprio, indagações, dentre as quais se destacam as que respeitam à exata compreensão do artigo 226, § 3º, que reconheceu a união estável como entidade familiar.

O constituinte, na linha que orientou toda a carta, nada mais fez senão espelhar no texto maior

uma realidade, presente em todos os segmentos da sociedade, a despeito de marginalizada durante longo período, em nome de princípios que já não mais correspondiam ao sentimento e pensamento da nação brasileira.

Nesse período, tentou-se, em total inversão da ordem natural, submeter o fato ao direito. A evidência as soluções para os conflitos surgidos em tais relações haviam de ser encontradas nas normas vigentes e o foram de modo justo e adequado, muito embora a união livre reclamasse, como ainda reclama, regulamentação própria.

Indispensável realçar nesse passo o inestimável papel da jurisprudência, verdadeira edificadora de tudo que até o presente se tem na matéria, e, que, sem dúvida, irá inspirar o legislador quando da feitura da norma regulamentadora da espécie, o que se impõe.

Por outro lado, deve-se ter sempre em mente que essa deverá ser a mais genuína fonte de inspiração, a traduzir o cotidiano do meio social, nas suas vivências e conflitos, no mais puro de suas verdades. As doutrinas estrangeiras, sempre esclarecedoras e inafastáveis como orientadoras, devem ser entendidas dentro dos respectivos contexto sociais.

A ótica nacionalista, imperiosa sempre que se cuida do Direito de Família, mais uma vez há de ser mantida, especialmente no que concerne à união livre, hoje entidade familiar e, portanto, célula estrutural da sociedade brasileira.

Justifica-se, por conseguinte, plenamente, a eleição da jurisprudência de nossos Tribunais como fonte preferencial de inspiração para fins de regulamentação da união livre.

Preocupam-nos as interpretações e extensões que têm sido dadas ao texto constitucional, em particular no que concerne à união livre, firmando-se equiparações, estabelecendo-se presunções, legislando-se, enfim, em face de um dispositivo constitucional.

Embora mereça aplauso toda atividade criadora, mormente as de cunho social, os princípios gerais de direito não podem ser derogados, salvo por fonte autorizada.

O fruto dessas criações têm-nos trazido perplexidade, deixando sem resposta muitas indagações. Mais grave, algumas das respostas apresentadas trazem nítida discriminação, odiosa sob todos os pontos de vista, não bastassem ser inconstitucionais.

Inquieta-nos o assunto de tão grave e profunda repercussão social. Não nos propomos a esgotá-lo, pois leviana seria tal proposição, mas tão somente expor o resultado de nossas reflexões sobre o mesmo, no limiar do segundo ano da nova ordem constitucional. Mais que isso, escopo último desse trabalho, é colocar o tema em debate, a busca das soluções adequadas.

Dentro dessa linha tecemos as considerações que se seguem.

2. FAMÍLIA, CASAMENTO E CONCUBINATO NO DIREITO ROMANO.

O disposto no artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, revela, sob certo aspecto, a atualidade do Direito Romano na matéria. A família, o casamento e o concubinato são objeto de estudo no mesmo. No que concerne à primeira, referem-se os autores a cinco complexos familiares, a saber: as gens, a família comuni iure, o conjunto de cognados em sentido restrito, a família proprio iure e a família natural. Interessam ao Direito de Família as duas últimas.

Consistia a família proprio iure no conjunto de pessoas que se encontravam sob o poder do pater familias. Já a família natural, denominação que se entende ser do direito moderno, tem sentido restrito, abrangendo os cônjuges e os filhos, independentemente do marido e pai ser ou não pater familias da mulher e dos descendentes imediatos, sendo fundada no casamento.

O casamento, contudo, não encontrou disciplina orgânica no Direito Romano. Os conceitos constantes do Digesto, atribuindo a MODESTINO, e das Institutas, atribuído a ULPIANO, traduzem a essência do casamento sob aspecto social, mas não sob o aspecto jurídico. Há quem indague se tais defini-

ções não seriam interpoladas.

Mais controvertida, porém, é a natureza jurídica do casamento romano, situação de fato que se iniciava sem formalidades e se mantinha pelo consenso contínuo, variando os entendimentos conforme a época e a escola, sendo ora considerado como contrato sem fundo patrimonial, ora ato jurídico e, ainda **contractus personarum** e espécie de sociedade, para finalmente chegar aos séculos XVII e XVIII como um contrato de sociedade.

A respeito da matéria BONFANTE formulou, em fins do século XIX, revolucionária tese que até hoje perdura a qual casamento "é a convivência do homem e da mulher com a intenção de serem marido e mulher." Revela essa definição o elemento fundamental e configurador do casamento romano: a intenção de serem marido e mulher, o consenso contínuo, expresso na **affectio maritalis**.

VOLTERRA E D'ERCOLE ressalvaram, porém, que a definição de BONFANTE é perfeita para o período clássico, visto que o direito pós-clássico e justinianeu, por influência do cristianismo, surge o vínculo conjugal, que independe da vontade contínua e que só se dissolve com a morte ou com o divórcio.

Não obstante, havia requisitos para o casamento no que respeita ao consentimento, à puberdade e ao **conubium**. Sendo a manifestação de vontade da essência do matrimônio, indispensável pudessem os nubentes manifestá-la, consentindo pessoalmente **se sui iuris** ou necessitando do consentimento do **pater familias se alieni iuris**.

Quanto à puberdade chegou-se a estabelecer a idade mínima para as mulheres aos 12 anos e aos 14 anos para os homens, tendo havido época de exames individuais para aferição da capacidade física para o casamento.

Consistia o **conubium** na faculdade de contrair casamento válido, uma vez atendidos os requisitos que impediam as **iustas nuptiae**, relativos à liberdade, cidadania, serviço militar, inexistência de bigamia, limitações em razão do parentesco, da afinidade e da condição social, além de motivos de ordem prática ou política, tais como os que vedavam o segundo casamento da condenada por adultério

e do tutor com a pupila.

Como se constata, revestia-se o casamento romano de uma série de exigências que, se não atendidas, acarretavam sua nulidade. De realce que, embora não houvesse formalidades jurídicas a serem observadas para o consentimento inicial, certo é que se realizavam solenidades que, se não interferiam na validade do casamento, assinalavam o início da convivência, com a entrada da mulher na casa do marido - **deductio in domum mariti**.

Ao lado do casamento havia o concubinato, união estável extraconjugal entre homem e mulher não ingênua e honesta, em que se exigia a **affectio maritalis**. Durante o período clássico o concubinato não produzia qualquer efeito jurídico, não sendo levado em consideração salvo para proibir relações extraconjugais entre homem e mulher ingênua e honesta, bem como o casamento de senadores com certas mulheres (v.g. atrizes)

Até o advento do cristianismo, o concubinato não era tido como imoral. Contudo, foram os imperadores cristãos que o transformaram num instituto jurídico, mas inferiorizando a concubina e os filhos, como forma de combatê-lo e estimular o casamento. No direito justinianeu deixaram de ser criminosas as relações extraconjugais acima referidas, mas passaram a ser feitas algumas exigências para seu reconhecimento relativas à idade, à inexistência de impedimentos quanto a parentesco e afinidade, bem como a monogamia.

De indagar-se qual a distinção entre o concubinato e o casamento romano. Basicamente residia no **animus** de casar e na necessidade de consentimento do **pater familias**, estando o casal, pelo casamento, na posse do estado de casado, tanto que a mulher passava a participar da posição social do marido. O concubinato, ao contrário, caracterizava-se pela intenção de não se casar, de manter-se uma união livre. Apesar da semelhança e das opiniões contrárias, o concubinato não chegou a transformar-se num matrimônio de grau inferior, conservando-se com características e efeitos próprios e distintos.

3. FAMÍLIA E CASAMENTO: CONCEITOS

Embora não conceituados no direito positivo brasileiro, família e casamento encontram-se perfeitamente definidos na doutrina. Afirma-se que o homem ao nascer torna-se integrante de uma entidade natural, formada por um grupo de pessoas que mantém um complexo de relações pessoais e patrimoniais, qual seja, o organismo familiar - a família. Nela permanece até o momento em que cria, ele próprio, uma nova entidade unindo-se a outro ser.

Deve-se considerar, ainda, a agregação de um indivíduo a uma família por força de um ato jurídico, originando o denominado parentesco civil, que ocorre nos casos de adoção.

Mas o que efetivamente configura a constituição de um núcleo familiar é a reunião de um grupo de pessoas, composto de pais e filhos, e outros parentes próximos, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção, na feliz concepção de FERRARA.

Esse organismo origina-se por conseguinte, não só de laços de sangue ou de um ato jurídico, caso do casamento ou da adoção, mas também daquela convivência a que se referiu FERRARA.

Por sua natureza e pelos efeitos que dela decorrem, essa entidade, oriunda de uma das três fontes acima enunciadas, é a célula estrutural da sociedade, sendo certo que onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral, no dizer de COGLIOLO.

Semanticamente, a palavra família designa as pessoas aparentadas que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos, ou, em acepção mais larga, as pessoas de mesmo sangue.

Na terminologia jurídica o vocábulo família tem significados vários. Restritamente designa os cônjuges e sua prole, vale dizer, aquela nova entidade familiar que o indivíduo constitui ao se desligar do núcleo de origem. Nesse sentido é usado nos artigos 233, IV, e 240, do código Civil. Formas mais abrangentes são encontradas desde o direito romano até o atual, onde, como termo gené-

rico, dá a idéia de descendência, mas também designa os parentes aos quais se agregam os afins. Nessa acepção lata temos no Código Civil os artigos 76, parágrafo único, e 263, IX, que se referem aos consanguíneos até sexto grau, e, ainda, o artigo 744, que inclui no conceito de família as pessoas que estejam a seu serviço doméstico.

Do mesmo modo as diferentes leis previdenciárias têm alargado o conceito inicial, aproveitando não só membros da família original, assim os ascendentes e colaterais, como também pessoas sem laço de consanguinidade, mas ligadas por vínculos de dependência econômica e que atendam determinados requisitos, quais sejam, os denominados "dependentes", dentre os quais sempre se destacaram as companheiras.

Conceito intimamente ligado ao anterior é o de **casamento**. Clássica tornou-se a definição de MODESTINO, antes referenciada, segundo a qual casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

O Direito Canônico, de nítida influência na legislação civil, conceitua-o no canôn 1.055 como "Aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, e ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à educação da prole, e foi elevada, entre batizados, à dignidade de sacramento".

Qualificado pelos autores como um dos institutos mais discutidos do direito privado, as diferentes definições convergem para conceituá-lo como a união permanente do homem com a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos.

Conceituação mais alargada, a realçar suas características técnicas, entende o casamento como o ato jurídico bilateral, solene e público, precedido de publicidade através de habilitação, vinculador de pessoas de sexo diferente, modificador do estado civil de ambas, criador da sociedade conjugal, dotada de relativa estabilidade, regida por um regime de bens e da qual decorrem direitos e deveres recíprocos. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO, in: Dicionário de Direito de Família, Forense, 1987,

pag.188).

Por conseguinte, os conceitos de família e casamento guardam nítida distinção, embora intimamente ligados.

Indispensável assinalar, desde logo, que o vocábulo **casamento** juridicamente tem dupla acepção, designando o **ato solene** em que os nubentes manifestam suas vontades, revestidos de formalidades preliminares e concomitantes, eis que a lei civil disciplinou a própria celebração do casamento, como também a **relação jurídica** que daí se instaura, o vínculo conjugal, que confere aos cônjuges os estado de casado, criando direitos e deveres próprios e recíprocos entre os mesmos.

4. A FAMÍLIA E O CASAMENTO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A análise das diversas Constituições brasileiras demonstra que, a partir da república, casamento e família passaram a ser temas constitucionais. A Carta Imperial de 1824 não cogitava da matéria. A família ali tratada era a imperial, (artigo 105 e seguintes). Já em 1891, a primeira Constituição Republicana, visando as divisas Estado-Igreja, reconheceu tão somente o casamento civil (artigo 72, § 4º). O mesmo se verificou na Emenda de 1926.

A Constituição de 1934, sob o título "Da família, da educação e da cultura", estabeleceu que a família constituída pelo casamento indissolúvel estava sob a proteção do Estado (artigo 144), atribuindo efeitos ao casamento religioso, desde que: houvesse habilitação; fossem observados a ordem pública e os bons costumes e se inscrevesse no Registro Civil.

A Carta de 1937 seguiu-lhe a esteira, preocupando-se, porém, com as famílias numerosas a quem seriam atribuídas compensações na proporção dos seus encargos (artigo 124). Nada se disse quanto ao casamento religioso.

Em 1946 retomou-se a orientação de 1934, continuando a família a ser constituída pelo casamento indissolúvel (artigo 163). O mesmo se repetiu em 1967 (artigo 167, § 1º) e 1969 (artigo 175, § 1º).

A indissolubilidade do matrimônio manteve-se até 1978, ensejando a Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.77, que a suprimiu, o advento do divórcio, que ocorreu em 26 de dezembro do mesmo ano.

Na vigente Constituição, no título VIII Da Ordem Social, encontra-se o capítulo VII - Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Do Idoso, dedicando-se particularmente o artigo 226 à primeira.

Constata-se de início ter-se rompido o que tradicionalmente se instalara em matéria de família, desde o início da era republicana. A despeito de ratificada, expressamente, como base da sociedade, e de gozar da especial proteção do Estado. A família não mais se vincula, com exclusividade, ao casamento.

A semelhança das Cartas anteriores mantiveram-se a gratuidade da celebração do casamento e os efeitos do matrimônio religioso, explicitando-se a possibilidade do divórcio (parágrafo 6º, do artigo 226).

Inovou o parágrafo terceiro, do mencionado artigo 226, ao estabelecer que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável** entre o homem e a mulher como **entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

(Da mesma forma entendeu também como **entidade familiar** a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A interpretação de tais dispositivos impõe algumas conclusões, mormente em face do sistema jurídico brasileiro.

5. A FAMÍLIA NA VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Firmados os conceitos de família e casamento, dúvidas não restam quanto a não se confundirem, muito embora intimamente ligados. Partindo-se dessa premissa, verificamos que a grande inovação trazida pela nova Constituição foi exatamente dar novas bases à família, para incluir como entidades que a constituem a **união estável** e a **comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes**. Por conseguinte, prescinde-se do casamento para ter-se uma família, que, como tal, goze da especi-

al proteção do Estado.

A medida é justa e atende aos anseios de boa parte, senão da maioria, da população brasileira em que as relações familiares se estabelecem sem que haja casamento. Destina-se, a evidência, aos companheiros e às mães (e pais) solteiros ou des-casados de maneira geral, que durante tanto tempo se viram marginalizados, não raro discriminados no meio jurídico e social, por outras famílias, alguns templos, colégios, clubes e, por um período, até pela previdência social, preferidos que eram os laços jurídicos aos de sangue e afeto, como se o direito pudesse apartar-se do fato.

Como ensina o Prof. SIMÃO BENJÓ (in: "Temas Atuais do Direito Brasileiro, UERJ 1989, pág. 198), agora a "família é família", pois quando se visitava a choupana de um casal pobre, em cujos braços se afoava uma criança, não se pedia a exibição de certidão de casamento para saber-se que naquele lar, de amor e ternura, havia uma família.

Estigmatizadas pela ilegitimidade, as famílias, que sempre o foram, assim constituídas, encontraram até então a ampará-las o bom senso dos Tribunais, que jamais se esquivaram de enfrentar o fato inegável da sua existência, distribuindo, de modo autêntico, a justiça. Registre-se o papel da previdência social que foi talvez a primeira a conceder-lhes algum direito oficialmente.

Afaste-se nesse passo, desde logo, qualquer conotação classista. Fundadas no afeto, tais relações são encontradas nas mais diferentes camadas sociais, nos mais diversos níveis culturais e econômicos, não sendo privilégio dessa ou daquela classe social.

Podemos afirmar hoje, diante dos expressos termos da Constituição, que a entidade familiar no Brasil é fundamentada: no casamento, na união estável e na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Embora integrantes do gênero família, a gozar, como tal, da proteção do Estado, distintas entre si são as espécies, tanto na sua formação, quanto, especialmente, nos seus efeitos.

O casamento, de raízes constitucionais como demonstrado, há muito encontra-se regulamentado na

lei civil no que respeita à sua celebração e efeitos. Cabe, por oportuno e desde logo, repisar tratar-se de ato formal, a cuja solenidade estão vinculados todos os efeitos.

A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes não é objeto de nossas indagações no momento.

A união estável, porém, carece de reflexão quanto a seus efeitos, mormente diante da tendência de alguns a equipará-la ao casamento.

Partindo-se da letra da constituição, encontram-se fartas razões para repelir tal entendimento. Dúvidas não restam, como assinalado, quanto a não se confundirem família e casamento. Por conseguinte, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, por si só, não tem o condão de promover tal equiparação.

E mais, para os que eventualmente discordem da distinção família-casamento, devemos observar o absurdo a que conduziria tal raciocínio: se a entidade familiar gera os efeitos do casamento, esses deveriam ser aceitos também com relação a que se constitui da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes!

Mas não é só. Existisse tal identidade, inócua seria a determinação do parágrafo terceiro, do artigo 226, da Lei Maior, no sentido de se facilitar a conversão da união estável em casamento. Se idênticos fossem os efeitos, de indagar-se qual a utilidade de tal conversão.

Aos que indagam quais as facilidades a serem concedidas na conversão, lembramos que, em face da comprovada união estável, algumas formalidades preliminares podem ser simplificadas, assim as que concernem à publicação, local e prazo dos editais.

Um breve perpassar por algumas Constituições estrangeiras no que respeita a matéria, sem nos apartarmos da estrita nacionalidade do Direito de Família, revela a preocupação do Estado com a família, assegurando-lhe proteção. Nesse sentido a Constituição da França de 1958 (preâmbulo), a da Espanha (artigo 39), a da União Soviética (artigo 53), a da China (artigo 49), a de Cuba (artigo 34), a de Portugal (artigo 67º).

Ao lado da família, há referência ao casamento

na maioria das Cartas, reconhecendo a Constituição da Itália a família como sociedade natural fundada no casamento (artigo 29). Outras há que estendem a proteção aos filhos havidos fora do matrimônio, assim a portuguesa (artigo 36) e a espanhola (artigo 39).

Contudo, no que se refere a denominada união estável, destaca-se a Constituição da Bolívia que expressamente (artigo 182) equipara a união livre ou concubinato que seja estável e singular ao casamento, tanto nas relações pessoais, quanto nas patrimoniais e no que respeita aos filhos.

Como se vê, tais disposições diferem do contido no artigo 226, parágrafo 3º, da vigente Constituição brasileira.

6. EFEITOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

O confronto dos efeitos dos casamentos e da união estável impõe algumas conclusões quanto a ser indispensável norma regulamentadora da matéria, impedindo a auto-aplicação do parágrafo terceiro, do artigo 226, da Constituição Federal.

No Direito Romano, embora também fundado na união livre e duradoura do homem e da mulher, o concubinato não se equiparava ao casamento. Requisitos lhe foram impostos para produção de efeitos jurídicos.

Não houve no texto constitucional, como demonstrado, equiparação expressa da união estável ao casamento, à semelhança da Constituição boliviana, mas tão somente o seu reconhecimento como entidade familiar, apta a gozar de proteção estatal.

A despeito da aparência de casamento, o que aliás se exige para a sua configuração, a união estável muito dele difere. Assim é de se indagar como determinar seu termo inicial, indispensável especialmente para efeitos patrimoniais em face de terceiros. Observe-se que lhe falta o ato solene de constituição e que, no Direito Romano, embora ausente qualquer formalidade jurídica para caracterizar o consentimento, a *deductio in domum mariti* assinalava o início da convivência *more uxorio*.

Inexistindo regulamentação, reclamarão por

reconhecimento uniões que contrariam princípios do casamento, firmados em nome dos mais altos interesses sociais e morais, como, por exemplo, as existentes com ou entre pessoas abaixo da idade núbil, abrangendo pessoas relativamente incapazes, as quais necessitariam do consentimento do seu legítimo representante ou assistente para se casarem. Isso sem se afastar a possibilidade de uniões de natureza incestuosa, se considerados os impedimentos para casamento, e de poligamia.

Maiores perplexidades surgem quanto ao aspecto patrimonial. Cabe igualmente observar que, no Direito Romano mesmo sendo o casamento despido de formalidades, a questão patrimonial era objeto de solenidade própria - *conventio in manum*. Não há na união livre qualquer concerto prévio quanto aos bens. No casamento, têm os nubentes a faculdade de escolher, salvo expressa vedação legal, o regime de bens que desejam adotar e que se torna imutável. Na falta de manifestação o regime será o determinado por lei. Será válido, quando dissolvida a união, impor-se uma comunhão de bens, ainda que parcial, mesmo contra a vontade de uma das partes?

Não cessam aí as indagações. Como se resolver a distribuição de bens na hipótese de uma segunda união, tendo havido morte de um dos companheiros de união anterior, da qual resultaram filhos? Impede a lei civil o casamento do viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e se der partilha aos herdeiros, impondo-lhe, na hipótese de inobservância da proibição, o regime de separação de bens. A simples presunção de meação dos bens da união estável, apregoada por alguns, não ofenderia a legítima, constitucionalmente resguardada?

Seendo livres, as uniões podem ser sucessivas. Como dar-lhe eficácia sem perigo de se facilitar a *turbatio sanguinis*?

Inegavelmente, outras dúvidas remanescem. O casamento é ato solene que gera o vínculo conjugal, estabelecendo uma série de direitos e deveres próprios e recíprocos dos cônjuges. A existência desse vínculo persiste, mesmo havendo separação de fato. Os efeitos do casamento só cessam com a morte ou por decisão judicial, momento em que se al-

tera o estado de casado.

Diferentemente, a união estável é um estado de fato que cessa com a simples separação física dos companheiros. Sem dúvida surgem entre os companheiros relações jurídicas, mas que não de ser apuradas caso a caso, até que lei própria venha fixar os contornos da situação fática à qual serão atribuídos efeitos jurídicos, à semelhança do Direito Romano.

No mesmo sentido já se manifestaram diversos juristas como LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES (in COAD-ADV, Seleções Jurídicas, out/89, pag. 36), HUMBERTO THEODORO JUNIOR (in COAD-ADV, Seleções Jurídicas, maio/89, pag.5), JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE (in COAD-ADV, Seleções Jurídicas, nov/89, pag. 23), SIMÃO ISAAC BENJO (in: Temas Atuais do Direito Brasileiro, 2ª série, UERJ. 1989. pag. 198).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo os que acreditam na equiparação do casamento à união estável impõem-lhe requisitos. Todavia, exigir, por exemplo, que se dê entre pessoas livres ou estabelecer uma presunção de comunhão de bens, é contrariar a sua própria essência: a liberdade de constituição, desenvolvimento, manutenção e dissolução da união. Portanto, qualquer regulamentação que se faça deve preservar, tanto quanto possível, a liberdade de manifestação da vontade.

ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, ao escrever "Do Concubinato ao Casamento de Fato" (CEJUP, 1986), já preconizava que a família só seria forte, no plano jurídico, quando não mais sofresse discriminações, sendo protegida em toda sua plenitude, quer nascendo do casamento, quer do concubinato. De acordo com a vigente Constituição, a família tem especial proteção do Estado, quer se origine do casamento, da união estável, ou seja formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes.

Nada autoriza, porém, com base na Constituição, se equipare o casamento e a união estável. Até lá deve ser dado à união estável o tratamento até

então dispensado ao concubinato. configurado pela vida *more uxorio* entre homem e mulher, atribuindo-se-lhe o conceito e efeitos jurídicos já consagrados pela doutrina e jurisprudência.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA -
Constatações e Prospectiva(1)

JOÃO MARCELO DE ARAUJO JUNIOR

Prof. Titular de Direito Penal
da Uerj e Procurador de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Em 1987, a pretexto da reforma penal brasileira, escrevi com Marino Barbero Santos, Catedrático de Madri, um livro sobre os ilícitos penais econômicos, no qual coube ao ilustre Professor Espanhol o capítulo sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Nele, Barbero Santos lembra que "poucos temas, que, há alguns decênios, precisavam ser seguidos de ponto de interrogação, estão hoje claramente resolvidos em determinado sentido, seja pela doutrina, seja pela legislação, tanto no âmbito do direito comparado, como no direito interno"(3). O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação ao tema objeto do presente estudo, porque, hoje, ainda não está pacificado.

Essa pacificação, entretanto, precisa acontecer muito em breve diante dos movimentos internacionais de unificação política e legislativa.

É o que acontecerá, por exemplo, em janeiro de 1993 na Europa. Lá a existência de sistemas legislativos diferentes poderá conduzir a perplexidades e injustiças. Também, na América Latina, com a in-

1) Estudo destinado à conferência de Criminalistas organizada pela OAB/SP, 3 a 5 de junho de 1992, São Paulo. Pronunciamento feito no dia 4 de junho de 1992 às 16 hs.

3) João Marcello de Araujo Junior e Marino Barbero Santos: A Reforma Penal: ilícitos penais econômicos, Forense, Rio de Janeiro, 1987, pág. 56.

tegração econômica no MERCOSUL, a matéria precisará ser tratada de maneira unificada, o mesmo acontecendo no extremo norte, com México, Estados Unidos, Canadá e possivelmente o Chile.

No Brasil, o assunto está na ordem do dia, principalmente diante do que estabelecem os arts. 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição que tanta polêmica tem gerado(4).

A nosso juízo não há dúvida de que a Constituição tenha estabelecido a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como aliás o Prof. José Henrique Pierangelli reconhece expressamente.(5)

Dito isso, vejamos como a matéria vem sendo tratada em algumas legislações estrangeiras.

No Direito Penal europeu continental, ainda prevalece a velha máxima "*societas delinquere non potest*". Isso deve, historicamente, aos princípios filosóficos que foram cristalizados na lei francesa de 2-17 de março de 1791. Essa orientação, entretanto, tende a se modificar.

A tal conclusão chegamos, especialmente, quando observamos o Projeto de Código Penal Francês, publicado em 1988(6) estabelecer a responsabilidade penal das pessoas morais pelas infrações cometidas "par leur compte, par leurs organes ou representants"(art. 121, 2).

Não é só em razão do Projeto francês, que, à distância, notamos a tendência de modificação do Direito Penal continental, em tal terreno. A essa mesma conclusão chegamos, quando analisamos as

4) Para o debate do tema em nível contitucional recomendamos a leitura de Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Junior: Direito Penal Constitucional, RT. São Paulo, 1990, págs. 135 e ss.. Também José Henrique Pierangelli: A Constituição e a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas, trabalho inédito a ser publicado no Livro em Homenagem a Heleno Fragoso, Forense, Rio, no prelo.

5) obra citada.

6) Projet de Nouveau Code Pénal, presentation par Robert Badinter, Paris, Dalloz, 1988.

diversas legislações nacionais, as Recomendações do Conselho da Europa e observamos as conclusões dos Congressos Internacionais. Por isso, faremos, a seguir, um breve exame dessas fontes, apresentando nossas constatações e prospectivas.

Como já dissemos, a maioria dos países da Europa continental não admite tal espécie de responsabilidade. O fundamento doutrinário desse entendimento remonta às idéias de Savigny, para quem as pessoas jurídicas não passam de mera ficção. Em consequência, dogmáticamente, no campo penal, as corporações não poderiam delinquir, por não possuírem "capacidade de ação", nem "capacidade de culpa", nem, muito menos, "capacidade de pena".

É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha, que repudiou a lei do tempo da ocupação aliada e hoje, admite, apenas, a responsabilidade individual. Entretanto, na Alemanha, a rigidez do princípio da responsabilidade individual é mitigada através de um pujante Direito Administrativo Penal, no qual as pessoas jurídicas são punidas pelas "contravenções à ordem", estabelecendo-se um sistema de responsabilidade quase penal, como lembra Tiedemann. (7)

Na Áustria passa-se o mesmo fenômeno, sendo certo, entretanto, que lá o Direito Administrativo Penal é ainda mais severo que na Alemanha. (8)

7) Klaus Tiedemann: Poder Económico y Delito, Ariel, Barcelona, 1985, pág. 167 e ss. Também em Tendances Mondiales d'Introduction de Sanctions Nouvelles pour les Crimes en Col Blanc, em João Marcello de Araujo Junior (org.) "Sistema Penal para o Terceiro Milênio", Revan, Rio de Janeiro, 2ª ed. 1992. pág. 132. Ainda, Peter Hunerfeld: O Direito das Contra ordenações, em "Forum Internacional de Direito Penal Comparado", Tribunal de Justiça da Bahia. 1989, pág. 171 e ss.

8) Para um amplo debate mundial sobre o tema, veja-se: Revue Internationale de Droit Pénal, vol. 59. n.ºs 1/2. 1988, dedicada a "Les problemes juridiques et pratiques posés para la différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal".

A Espanha, também, não conhece, na legislação vigente, a possibilidade da aplicação de penas às pessoas jurídicas (9), porém o Projeto de Novo Código Penal, de 1980, previa a imposição de medidas de segurança às pessoas morais, à semelhança do que acontecia com o nosso Código Penal de 1940. A reforma de 1985, entretanto, rejeitou a orientação contida no Projeto.

Hoje, como leciona Barbero Santos, a lei admite "tão-somente a imposição às pessoas jurídicas daquilo que denomina conseqüências acessórias, nos casos em que o fato criminoso seja cometido no exercício da atividade de associações, fundações, sociedades ou empresas, utilizando sua organização para favorecê-lo ou encobri-lo ou quando possa conduzir a fundada e objetiva suspeita de que continuarão sendo utilizadas para a comissão de delitos". (10)

Já o recentíssimo anteprojeto de Código Penal 1992, apresentado pelo Ministro da Justiça em fevereiro deste ano, contorna a questão, prevendo em seu art. 28 uma hipótese de responsabilidade penal pelo fato de outrem, nos seguintes termos: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare." (11)

9) Luis Garcia Martin: Responsabilidad de Directivos, Organos Y Representantes de una Persona Jurídica por Delitos Especiales, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 103

10) João Marcello de Araujo Junior e Marino Barbero Santos: obra citada, pág. 57.

11) Anteproyecto de Código penal 1992. Ministério de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.

O atual Código Penal português, como destaca Lopes Rocha, (12) consagrou, como regra geral, a irresponsabilidade penal dos entes coletivos, porém, diferentemente do Código anterior, abriu uma exceção, quando, em seu art. 11, que contém a fórmula da responsabilidade individual, acrescentou: "salvo disposição em contrário". Além disso, em Portugal, como na Alemanha há o sistema das contra ordenações, com a imposição de coimas, aos entes coletivos.

Na Bélgica, salvo casos excepcionais, vigora, também o princípio da responsabilidade individual. Entretanto a lei penal reconhece nitidamente, que os entes coletivos podem delinquir, fazendo, porém, a despeito desse reconhecimento, recair a punição sobre a pessoa natural que atuou pela empresa.

A comissão de Reforma do Código Penal belga, diversamente da lei em vigor, orienta-se no sentido de instituir a responsabilidade penal das pessoas morais. No "Rapport sur les principales orientations de la réforme", a Comissão, citando o pensamento de L. François, afirma que a chamada "incapacidade de pena" das pessoas jurídicas importa em verdadeira violação da lógica, pois se tais entes podem ser titulares da obrigação infringida, não seria lógico que não pudessem ser alcançados pela pena. (13)

Na Escandinávia, a Suécia não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém adota uma responsabilidade quase penal, em razão da qual é imposta a pena pecuniária denominada "foretagsbot". Ademais, a Comissão Governamental contra a Criminalidade Econômica apresentou proposta no sentido de que se acrescentasse ao rol das penas, previsto no Código Penal, a chamada "pena de empresa", isto é, uma multa especificamente

12) Manuel António Lopes Rocha: A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas - Novas Perspectivas; em "Direito Penal Económico", Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, 1985, pág. 109 e ss..

13) "Rapport... ", pág. 92. Bruxelas, Ministério da Justiça, 1979.

destinada às pessoas jurídicas, considerada uma "conseqüência especial" dos delitos econômicos. Destaque-se que na Escandinávia predominam os princípios da Novíssima Defesa Social (14).

O Direito Penal suíço, sempre foi um baluarte do princípio "*societas delinquere non potest*", entretanto, a lei federal que regula o Direito Administrativo Penal admite o princípio inverso (15). Cumpre destacar, com Bolle (16), que no Cantão de Vaud existe uma lei que institui a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica, quando não puder ser determinada a responsabilidade pessoal.

Na Itália, a evolução da responsabilidade penal das pessoas coletivas tem sido limitada pelo princípio constitucional da personalidade da responsabilidade penal contido no art. 127. Entretanto o art. 197 do Código Penal prevê a responsabilidade subsidiária da empresa em relação à sanção

14) Hannu Kiuru: Is a Policy of Resocialization incompatible with a Criminal Law based on culpability?, em "Criminal Policy and Sentencing in Transition, Finnish and Comparative Perspectives - Kriminalpolitik und Strafzumessung in Umbruch, Finnische und vergleichende Perspektiven", obra resultante do Colóquio comemativo dos 100 anos do Código Penal Finlandês, organizado por Raimo Lahti, Kimmo Noutio e Panu Minkkinen, Publications of the Department of Criminal Law and Judicial Procedure B:3, University of Helsinki, 1992, pág. 81 e ss..

15) Criminalité des Affaires, editado pelo Comité Européen para os problemas Criminais, do Conselho da Europa, Estrasburgo, 1981, pág. 50.

16) Pierre-Henri Bolle: nota enviada ao Comité de Peritos sobre a Responsabilidade penal das Pessoas Coletivas, do Conselho da Europa, Documento PC-R-CL (84) 6, do aludido Comité, de 11 de maio de 1984.

pecuniária(17), entretanto, tal responsabilidade é de natureza civil.

A doutrina italiana tem apontado a inconveniência de tal sistema, notadamente em relação às infrações que são expressão da chamada "política de empresa"(18).

Na França, o Código Penal em vigor não prevê nenhuma regra de exclusão ou de admissão da responsabilidade penal dos entes morais. Assim, as pessoas jurídicas não estão inteiramente ignoradas do Direito Penal e sua responsabilidade penal poderá ser posta em causa indiretamente, pelo rol das sanções aplicáveis ou, diretamente, pela incriminação em si mesma (19). Isto acabou acontecendo para os delitos econômicos (20).

Segundo Delmas-Marty, a doutrina francesa evoluiu, sendo atualmente, em seu conjunto, favorá-

17) Frederico Stella e Giuseppe Zuccala: Comentário Breve al Codice Penale, Cedam, Padova, 1990, pág. 335, com larga informação jurisprudencial.

18) Cesare Pedrazzi: Conception et Principes du Droit Pénal Economique et des Affairs y compris la Protection du Consommateur, em "Revue Internationale de Droit Pénal", vol. 54, n°s 1/2, 1983. No âmbito do Direito Administrativo Penal, veja-se Emilio Dolcini: Reflexions en matiere de Droit Pénal et de Droit Administratif Pénal dans la legislation italienne, em "Revue Internationale de Droit Pénal", vol.59, n°s 1/1, 1988. pág. 275 e ss.

19) Mireille Delmas-Marty: Droit Pénal des Affairs, t.I. Presses Universitaires de France, Paris, 3ª ed., 1990. pág. 110.

20) Klaus Tiedemann: Tendances mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes em col blanc, em João Marcello de Araújo Junior: Sistema Penal para o Terceiro Milênio, Revan, Rio de Janeiro, 2ª ed. 1992, pág. 133.

vel à responsabilidade penal das pessoas morais (21).

O projeto francês, como já vimos consagra em sua plenitude a responsabilidade os entes morais.

Passemos agora ao exame do sistema legal de um segundo grupo de países, composto pela Grã Bretanha, a Irlanda do Norte, a Holanda, a Iugoslávia e Malta nos quais a regra geral é a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nos Países Baixos, desde 1950, com a W.E.D. (Lei dos Delitos Econômicos) foi introduzida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos delitos econômicos. Daí, a regra passou para o próprio Código Penal, que hoje, em seu art. 51, estatui que "tanto as pessoas naturais, quanto as jurídicas, podem cometer fatos puníveis".

Na Inglaterra o princípio *societas deliquere potest* é tradicional estando generalizado. Por isso, as corporações podem ser declaradas delinquentes, salvo, obviamente, em relação àqueles crimes que, por natureza, não lhes são adequados" adultério, bigamia, estupro... Na prática, entretanto, a punibilidade se restringe às violações à economia, ao meio ambiente, à saúde pública e a segurança e higiene no trabalho (22).

Feito esse brevíssimo passeio por algumas legislações internas européias (23), vejamos as tendências reveladas pelas conclusões de alguns Congressos Internacionais.

A *Association Internationale de Droit Pénal*, desde 1929, com o II Congresso Internacional de Direito Penal (Budapest) vêm recomendando a necessidade de imposição de medidas de defesa social aos entes coletivos. No seu XII Congresso Interna-

21) Mireille Delmas-Marty: obra citada, pág. 109.

22) Raimond Screvens: Les sanctions applicables aux personnes morales dans les États des Communautés Européennes, em "Revue de Droit et de Criminologie", 1980, pág. 163 e ss.

23) Para uma visão mais completa, veja-se a obra citada na nota anterior.

cional, reunido no Cairo, em 1984, ficou declarado, que "a responsabilidade penal das sociedades e outras pessoas jurídicas é reconhecida em um crescente número de países como apropriada ao controle dos delitos econômicos e empresariais"(24). O Congresso recomendou, ainda, aos Países que "não conhecem essa responsabilidade penal, que considerem a possibilidade de impor outras medidas apropriadas a essas entidades jurídicas (25).

No Congresso de Viena (1989) o assunto foi novamente objeto de discussão, na seção destinada ao estudo do Direito Administrativo Penal(26).

Diversos outros conclaves internacionais foram dedicados ao tema. Assim, por exemplo, o VI Congresso Internacional de Direito Comparado (Bruxelas, 1958), as XV Jornadas Franco-Belgo-Luxemburguesas de Ciências Penais (Bruxelas, 1976), o X Congresso Internacional de Direito Comparado (Bucareste, 1978). Na Itália, em 1979, na cidade de Messina, reuniu-se o Congresso sobre Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas em Direito Comunitário, que auspiciou o reconhecimento dessa responsabilidade por violações do Direito Comunitário (Resolução nº I) (27). Também no ano de 1979, o VI Congresso das Nações Unidas para Prevenção dos Delito e Tratamento do Delinquente (Nova York), na seção presidida por Klaus Tiedemann recomendou o "estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades, Isso significa que qualquer sociedade ou ente coletivo, privado

ou estatal, será responsável por ações delitivas ou danosas, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus administradores. As formas específicas dessa responsabilidade serão determinadas em cada País segundo o contexto de seu próprio desenvolvimento sócio-econômico e objetivos sociais e políticos (28).

Por seu turno, o Conselho da Europa tem, também demonstrado sua preocupação com o assunto, tanto assim, que o Comitê de Ministros em 1977, recomendou que os estados membros buscassem soluções para a responsabilização dos entes coletivos, em casos de violação do meio ambiente. Em 1981, surgiu nova Recomendação, agora, no sentido de ser analisada a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas morais, em relação à criminalidade econômica. A mesma Recomendação, foi reiterada em 1982, visando a aplicação do Direito Penal à proteção dos consumidores.

A necessidade urgente de encontrar uma solução para a disparidade de tratamento jurídico em relação à matéria de que estamos tratando, fez com que o Comitê Europeu para os Problemas Criminais, organismo pertencente ao Conselho da Europa, em 2 de novembro de 1983, constituísse uma "Comissão Reduzida de Especialistas", destinada a elaborar um estudo específico sobre o tema, cujos trabalhos deveriam estar concluídos até o final de 1987.

Essa Comissão, em sua reunião de 4 de junho de 1987, ainda não havia decidido qual o caminho a tomar, pois se encontrava diante de três opções:

- a) - propor o estabelecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos a partir das bases científicas atuais do Direito Penal, ou seja, tentando conciliar tal responsabilidade com o conceito dogmático de culpabilidade, por exemplo;

28) Klaus Tiedemann: Delitos contra el orden económico, em "La Reforma Penal", Instituto Alemán, Madrid, 1982, pág. 161.

24) João Marcello de Araujo Junior: Conclusões do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, em "Revista de Direito da Defensoria Pública", Rio de Janeiro, no prelo.

25) Para uma notícia geral atualizada, veja-se Mireille Delmas-Marty: Relatório Geral, em "Revue Internationale de Droit Penál, vol. 54, nºs 3/4, 1983, pág. 41 e ss..

26) Obra citada na nota nº 8.

27) Os Anais foram publicados em 1981.

- b) - propor a instituição de um sistema misto, composto por sanções penais e extrapenais, e;
- c) - propor a criação da responsabilidade penal dos entes coletivos com base na "responsabilidade social", isto é, em princípios diversos daqueles que informam o Direito Penal atual.

A Comissão Reduzida de Especialistas chegou, finalmente, a uma conclusão, porém sem se mostrar absolutamente convicta quanto ao seu conteúdo. Decidiu pelo reconhecimento da responsabilidade e pela aplicação de sanções penais às empresas, quando assim o exigirem a natureza da infração, a sua gravidade, as conseqüências para a sociedade e a necessidade de prevenir outras infrações (29).

Do resumo que acabamos de fazer, acreditamos haver demonstrado a premissa inicial, segundo a qual a tendência do moderno Direito penal europeu é no sentido de romper com o tradicional aforisma "**societas delinquere non potest**".

Façamos, agora, algumas reflexões doutrinárias.

Aqueles que sustentam a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas o fazem fulcrados em três pilares: a incapacidade de ação e a incapacidade de culpa e a incapacidade de pena. Vejamos cada uma dessas três bases.

29) Sobre os trabalhos do Conselho da Europa sobre o assunto, veja-se: Aglaia Tsitsoura: *Le travaux du Conseil de l'Europe*, em "*Revue Internationale de Droit Pénal*", vol. 54, n.ºs 3/4, 1983, pág. 811. Marino Barbero Santos: *La Criminalidad Económica en el Anteproyecto de Código Penal Brasilenso*. Aspectos dogmáticos y políticos-criminales, em "*Conferência Internacional de Direito Penal*", outubro de 1988, Procuradoria Geral da Defensoria Pública, Centro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, pág. 488, critica duramente a conclusão da Comissão, considerando-a ilógica e desajustada em relação aos fundamentos constantes do preâmbulo.

Seja qual for a posição teórica que adotemos em relação a ação (teoria causal, final ou social), somos obrigados a reconhecer, como o faz o Prof. Pierangelli na obra já citada, que para estarmos diante de uma ação em sentido jurídico penal, será sempre necessária uma situação de voluntariedade. Essa voluntariedade, não seria encontrável nas pessoas jurídicas, pois estas simplesmente atuam através de seus dirigentes e prepostos. Daí a sua incapacidade de ação.

A incapacidade de culpabilidade, por seu turno, é justificada por Cieslak, que baseado no Direito Penal polonês, que somente conhece a responsabilidade individual, afirma: a noção de culpabilidade possui uma elaboração conceitual complexa. "Pode-se afirmar, em sentido muito geral, que constitui uma característica do comportamento concreto, baseado no fato de que a conduta foi realizada sob determinadas condições pessoais, particularmente psicológicas do autor, ao qual era razoável exigir-se que não cometesse o delito" (30).

Finalmente as pessoas jurídicas não seriam capazes de pena, por não serem intimidáveis. As penas não exerceriam sobre elas nenhum efeito inibidor, por não possuírem consciência, sobre a qual o temor da sanção pudesse atuar, bem como seriam incapazes de sentir o mal da pena, além disso, os entes coletivos não seriam reeducáveis ou ressocializáveis, nem a execução penal teria meios de proporcionar-lhes condições para a sua harmônica integração social.

Todos esses argumentos teóricos são combatidos desde longa data.

30) Marian Cieslak: *El sistema Jurídico Penal Polaco*, em *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Professor Luis Jiménez de Asúa*, vol 11 monográfico da "*Revista da Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*". Madrid, junho de 1986, pág. 221. Marian Cieslak é Catedrático de Direito Penal da Universidade de Gdansk (Polônia), Presidente do Grupo Polaco da AIDP e Membro do Conselho de Direção da AIDP.

O ficcionismo de Savigny foi negado por Gierke e hoje, é coisa do passado. Dizer-se, nos dias atuais que a Petrobras, por exemplo, é uma ficção é negar a realidade social. Aliás, isso desde o último ano do século passado já havia sido demonstrado por Mestre (31).

A nosso juízo, as pessoas jurídicas têm vontade e capacidade de agir. O argumento em contrário, não nos parece exato, pois, como afirma Tiedemann, a pessoa jurídica age e reage por seus órgãos, cujas ações e omissões são consideradas como da própria pessoa jurídica (32).

As grandes corporações possuem, no mundo dos negócios, uma vontade própria, que independe muitas vezes da vontade de seus próprios dirigentes. Trata-se da "política de empresa" de que falou Pedrazzi e à qual, já nos referimos (33). Os

31) Aquiles Mestre: Las Personas Morales y su Responsabilidad Penal, Góngora, Madrid, s/d. A edição original em francês é de 1899. Igualmente Pradel e Varinard: Les Grands Arrets du Droit Criminel, Sirey, Paris, 2ª ed., 1988, nº 38. A jurisprudência francesa atual admite tal responsabilidade com fundamento em lei especial. Veja-se Adde. Crim. 17 de maio de 1989, Bull. 202 (fraude ao Mercado Comum, art. 426, CD).

32) Klaus Tiedemann: Tendances Mondiales d'Introduction de sanctions Nouvelles pour les Crimes en Col Blanc, em João Marcello de Araujo Junior: "Sistema Penal para o Terceiro Milênio", Revan, Rio de Janeiro, 2ª ed. 1992, pág. 133.

33) No mesmo sentido João Marcello de Araujo Junior: Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos e a Empresa 1992, apresentado no Congresso Internacional "Impresa 1992 - problemi-economico-giuridici; proposte di soluzioni" (Milão, 1989) e no Forum Internacional de Direito Penal Comparado (Salvador, Bahia, 1989), ainda em Fascículos de Ciências Penais", Porto Alegre, SAFE, ano 2, vol. 2, nº 4, abril de 1989, págs. 51/57. Também em as liquidações Extrajudiciais e

órgãos sociais atuam independentemente de ordem, pois esse atuar é orgânico da empresa, é a sua vontade. Sobre o assunto, a doutrina francesa, assim se expressa: "a pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade; ela postula mesmo a vontade, porquanto nasce e vive do encontro das vontades individuais dos seus membros. A vontade coletiva que a alma não é um mito, e caracteriza-se em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembléia geral dos seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto quanto a vontade individual" (34). Merle e Vitu concluem dizendo que a "meditação acerca dos diversos argumentos contribuiu para criar na doutrina contemporânea uma poderosa corrente favorável à admissão da responsabilidade penal das pessoas morais". (35)

Assim, entendemos que as pessoas jurídicas têm capacidade de vontade de ação.

Vejamos agora a capacidade de culpa. Se as pessoas jurídicas têm capacidade de vontade,

os Delitos Financeiros. em "Direito Penal nos Negócios - Crimes do Colarinho Branco", AASP, São Paulo, 1990, pág. 122, especialmente, pág. 143 e ss..

34) Roger Merle et André Vitu: Traité de Droit Criminel - Probleme Généraux de la Science Criminelle, Droit Pénal Général, cujas, Paris, 6ª ed., 1988, nº 602, págs. 778 e 779. No mesmo sentido é a lição de Mireille Delmas-Marty, obra citada, pág. 109 e, também, citados por Merle e Vitu: Vidal et Magnol, I, pág. 80 et s.; Donnedieu de Vabres, Tr. nº 262 et ss.; Bouzat et Pinatel, I, nº 229; Ricier th. Lyon, 1943; Gabara, th. Paris, 1945; Durand et Vitu, Traité de Droit du Travail, t. III, nº 140 et ss.; Faivre, R.S.C., 1958, pág. 547.

35) Roger Merle et André Vitu: obra citada pág, 779.

semelhante à vontade individual, nada impede que sobre essa vontade, se estabeleça um juízo de reprovabilidade, quanto à direção dada a esse querer.

A questão mais difícil de ser enfrentada, não se refere ao juízo objetivo de reprovação, mas sim, ao fundamento moral dessa reprovabilidade. Afirma-se que a pessoa jurídica não tem capacidade de responsabilidade moral e, portanto, o juízo de reprovação sobre suas ações caracterizaria uma responsabilidade social e, por isso, fundada em alguma coisa que o Direito Penal tradicional não reconhece.

Este obstáculo, entretanto, é mais aparente que real. Como demonstra a doutrina alemã, cuja legislação, como já vimos consagra uma responsabilidade quase-penal, a solução é dada pela teoria da co-participação e pela da comunicabilidade das circunstâncias, ou seja, o mesmo vínculo jurídico e moral que liga os co-participes, liga, também a pessoa jurídica a seus dirigentes ou prepostos e, justifica-se, especialmente, quando a atividade criminosa é praticada em proveito da pessoa jurídica.

Quanto à alegada incapacidade de culpa, Pierangelli, ardoroso defensor da irresponsabilidade penal dos entes coletivos já demonstrou estar perfeitamente contornado, "pois além das penas alternativas preconizadas em substituição às sanções tradicionais, dispõe o Direito Penal, modernamente, da multa e da possibilidade de adoção de outras, como a dissolução e suspensão das atividades por tempo determinado" (36).

Não bastassem estes argumentos de ordem dogmática, suficiente seria para justificar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dizer, que estas assumiriam no mundo econômico uma importância tão grande, que uma decisão de aumento de preços, por exemplo, numa grande cadeia de supermercados ou em uma importante fábrica de veículos possui relevância social muitas vezes maior que

36) José Henrique Pierangelli : obra citada, no prelo

a esmagadora maioria de nossas leis municipais. Além disso, a pessoa jurídica por seu poder econômico é socialmente muito mais perigosa, que qualquer indivíduo e, ademais disso, como mostra Tiedemann, as corporações criam uma atmosfera, um clima, que facilita e incita os indivíduos a cometer delitos em seu seio (37).

Ademais de tudo quanto ficou dito, face à intrincada forma de administração e ao fato de sua vontade ser consequência de atos subjetivamente complexos, as pessoas jurídicas permitem encobrir a responsabilidade individual, fazendo com que esta, de regra recaia sobre os mais vulneráveis.

Assim, a necessidade de justiça, tem feito com que nos Países de tradição românica, tal qual já acontecera, há muito tempo, nos do "common law", sintam-se, hoje, uma tendência, que nos parece irreversível, de adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Por tudo isso, não nos parece estranho, seja do ponto de vista dogmático, seja do criminológico e do político-criminal, que a Constituição Federal de 1988, dentre suas inúmeras inovações, tenha sinalizado para o legislador ordinário, nesse sentido, pois esta é a prospectiva mundial.

37) Klaus Tiedemann: obra citada, pág. 133

O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA:

EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO DE
NOSSO TEMPO (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Prof. Titular de Processo Civil da UERJ e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. A expressão "assistência judiciária" apareceu pela primeira vez em texto constitucional, entre nós, na Carta da República de 16.7.1934, cujo art. 113, n.º 32, rezava: "A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos". Ainda não se havia consagrado, no mesmo nível, e em termos expressos, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário - o que só viria a ocorrer com o advento da Constituição de 18.9.1946, ex vi do art. 141. § 4º, verbis "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". A observação parece interessante, quando se tem em vista que quaisquer medidas tendentes a remover ou atenuar os obstáculos habitualmente encontrados pelas pessoas carentes de meios para prover às despesas relacionadas com a defesa de direitos nada mais significam, a rigor, que desdobramentos necessários daquela garantia fundamental - tentativas, por assim dizer, de imprimir-lhe efetividade, em

*) Trabalho destinado à publicação no volume coletivo AS garantias do cidadão na justiça, organizado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

certa perspectiva.

Não deixa de ser curioso que se tenha cuidado de assegurar constitucionalmente o benefício específico antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia genérica. Sempre se poderá obter, sem dúvida, que não era exaustivo o elenco inscrito expressis verbis na Lei maior, conforme aliás ressaltava do disposto no art. 78 da primeira Carta republicana, de 24.2.1891, e no art. 114 da Constituição de 1934 (1). Nem por isso vale menos a pena registrar o descompasso.

O texto de 1934 tratava em conjunto de duas ordens de providências: a "isenção de emolumentos, custas, taxas e selos", e a criação, imposta à União e aos Estados, de "órgãos especiais" para assistir os necessitados. Elas se referiam a duas dimensões realmente distintas, se bem que complementares, do fenômeno. De um lado, em sistema como o nosso, os interessados na prestação jurisdicional precisam normalmente desembolsar somas destinadas a custear o funcionamento da máquina judiciária; de outro lado, em regra, têm de remunerar também os serviços de advogados, excepcionais que são os casos de comparecimento e atuação em juízo sem a intermediação obrigatória de pessoas profissionalmente habilitadas. Inconfundíveis os problemas que se defrontam quando se quer eliminar ou reduzir cada uma dessas fontes de dispêndio. Uma coisa é dispensar o economicamente fraco de determinados pagamentos - com o que se priva da correspondente receita a entidade à qual se teria de pagar; outra coisa é proporcionar-lhe a prestação de serviços realizados, sob condições normais, por terceiro(s), mediante remuneração - para o que

1) Nessa ordem de idéias, ALCINO PINTO FALCÃO, Constituição anotada, vol. II, Rio, 1957, pág. 67, comentando o art. 141, § 4º, do texto de 1946, chegava a sustentar que "em bom direito (...) seria dispensável o atual parágrafo, porque o recurso ao Judiciário decorreria do próprio sistema de divisão de Poderes e de Estado de Direito e seria tornaria vazios de conteúdo os direitos garantidos se a lei pudesse excluir a tutela judicial".

podem tornar-se indispensáveis medidas no plano da organização administrativa, e não haverá como evitar o aumento da despesa (2). Embora o ideal seja conjugá-las, em princípio concebe-se que qualquer dessas duas ordens de providências se veja implementada independentemente da outra; e a distinção é relevante, como se mostrará, para encaminhar a solução tecnicamente correta ao menos uma questão de importância prática (v. infra, nº (6)).

2. Nenhuma disposição sobre a matéria continha a carta de 1937. Ao regime autoritário do "Estado Novo" importava bem pouco a garantia do acesso à Justiça - para as pessoas de recursos escassos nem mais, nem menos, que para as outras...

Em todo caso, na vigência dessa Constituição, cuidou do tema o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 68 e segs). Nele se definia o pressuposto do direito ao benefício da gratuidade, a ser pleiteado ante o juiz "competente para a causa" (art. 74, início), como o fato de não estar a parte "em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 68, início). Tal situação teria de ser justificada pela declaração do "rendimento ou vencimentos" do requerente, bem como dos "seus encargos pessoais e de família" (art. 72); e comprovada "com atestado de pobreza expedido (...) pelo serviço de assistência social" onde houvesse. "ou pela autoridade

2) Atenté-se, ao propósito, na lição de PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, t. V, S. Paulo, 1968, págs. 601/2: "Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da Justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo" (grifos do original).

policial do distrito ou circunscrição" em que residisse o interessado (art. 74, fine). O benefício abrangeria, em princípio, a isenção das taxas judiciárias e dos selos, dos emolumentos da Justiça, das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas a testemunhas (3) e dos honorários de advogados e perito (art. 68, caput, I a V); mas poderia ser concedido parcialmente, se também em parte o beneficiário estivesse em condições de suportar as despesas do processo, caso em que o juiz mandaria "pagar as custas aos oficiais de justiça, porteiros de auditórios e demais serventuários", na ordem que estabelecesse, "considerando as necessidades de cada um" (art. 79).

Tinha o benefício caráter personalíssimo, extinguindo-se com a morte do beneficiário, sem prejuízo da possibilidade de ser concedido aos herdeiros que prosseguissem no feito, desde que satisfeitos os requisitos legais (art. 69). Estrangeiro só faria jus à concessão da gratuidade se residisse no Brasil e tivesse filho brasileiro, ou se a sua lei nacional consagrasse reciprocidade de tratamento (art. 70).

Quanto à prestação de serviços advocatícios, rezava o art. 68 parágrafo único: "O advogado será escolhido pela parte; se esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz". Dava-se relevo, com acerto, à possibilidade de escolha do profissional pelo próprio interessado, tomando-se na devida consideração os aspectos personalíssimos em geral

(3) Nos termos do art. 249, a testemunha poderia reclamar da parte "o pagamento das despesas feitas com o comparecimento", inclusive o salário que por esse motivo deixasse de receber. O art. 68, caput, nº IV, cancelava, pura e simplesmente, esse direito, na hipótese de gozar o litigante do benefício da gratuidade. Com certa razão dizia do dispositivo PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., vol. I Rio, 1947, Pág. 282: "Sacrifica talvez o interesse da testemunha ainda mais pobre".

inerentes à relação cliente-advogado. Todavia, o funcionamento do mecanismo tinha de repousar essencialmente sobre a velha concepção do "dever honorífico" a cargo dos que exercem a profissão: em princípio, com efeito, o advogado escolhido não receberia remuneração pelos serviços que prestasse(4) - regime insatisfatório, como acentua a doutrina(5), por mais irrealista que se mostre (ao menos em sociedades como a brasileira, e a curto prazo) a suposição de que se possa prescindir totalmente da boa vontade, para não dizer da abnegação, de profissionais generosos.

3. Voltou a matéria ao plano constitucional com a Carta de 18.9.1946, cujo art. 141, § 35, dispôs: "O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados". O texto era menos explícito que o de 1934, que, conforme se mostrou, aludia às duas dimensões: a isenção de despesas e a criação de órgãos para a prestação de serviços. Visto que já existia legislação ordinária, conjurado ficou o perigo de entender-se que a cláusula "na forma que

4) Os diplomas atinentes ao exercício profissional fizeram expressa referência ao aludido dever: assim, o art. 26, nº IV, do antigo Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil e, mais tarde, o art. 87, nº XI, da Lei nº 4.215, de 27.4.1963. Escasas têm sido, entre nós, as iniciativas de modificar tal situação: mencione-se, em S. Paulo, a Lei nº 7.489, de 26.11.1962, segundo a qual, nas comarcas onde não houvesse serviço oficial de assistência judiciária, os advogados que, por nomeação do juiz, atuassem "em processos civis ou criminais, na qualidade de dativos, para assistência ou defesa de pessoas pobres", seriam remunerados pelos cofres estaduais, de acordo com tabela elaborada pela seção local da OAB.

5) Vide por todos CAPPELLETTI, La giustizia dei poveri, in Processo e ideologie, Bolonha, 1969, págs. 547 e segs.

a lei estabelecer" tornava meramente "programática" a norma da Constituição(6). Continuaram a incidir os arts. 68 e segs. do Código de Processo Civil, até que entrou em vigor a Lei nº 1.060, de 5.2.1950.

O novo diploma, frise-se desde logo, não alterou em substância os pressupostos da concessão do benefício, nem a respectiva extensão. Definiu como necessitado aquele "cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 2º, parágrafo único), reproduzindo a fórmula do art. 68, caput, do estatuto processual, com o exclusivo acréscimo da referência aos honorários advocatícios. Repetiu a imposição, feita ao interessado, de declarar "o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família" (art. 4º, caput). Continuou a reclamar a prova da necessidade, que deveria consistir em atestado expedido "pela autoridade policial, ou pelo prefeito municipal" (art. 4º, § 1º, 2ª parte), ou ainda, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, por "autoridade expressamente designada" pelo prefeito (art. 4º, § 2º). Por outro lado, conformando-se ao preceito constitucional (art. 141, caput, initio), abandonou, com relação aos estrangeiros, a exigência de terem filho brasileiro e contentou-se com a residência no Brasil (art. 2º, caput).

No que tange às verbas cobertas pela isenção, a enumeração do art. 3º também copiou, no essencial, a do art. 68, caput, do Código de Processo Civil. O confronto revela uma única diferença, relativa à indenização das testemunhas, cujo interesse passou a ser levado em conta: estabeleceu-se que, estando empregadas, elas receberiam do empregador "salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra

6) Em todo caso, a PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, t. v. 3ª ed., Rio, 1960, pág. 385, afigurou-se útil advertir: "A regra é bastante em si, self-executing, a despeito da alusão à forma que a lei estabelecer".

o poder público estadual, nos Estados". Hoje, deve entender-se que a isenção abrange igualmente o depósito exigido pelo art. 488, n.º II, do vigente Código de Processo Civil para a propositura da ação rescisória, cujo exercício não se concebe seja negado aos carentes de meios(7). Não assim as multas processuais: a pobreza não justifica, ao nosso ver, a concessão de um bill de indenidade quanto a comportamentos antijurídicos.

Importa ver como se designa o profissional que se incumbirá da representação do beneficiário em juízo. Ao deferir o requerimento, deve o juiz determinar que o serviço estadual de assistência judiciária, onde houver, ou, na sua falta, a Ordem dos Advogados do Brasil, proceda à indicação (lei n.º 1.060, art. 5.º, §§ 1.º e 2.º). Caso não haja, no local, subseção da OAB, competirá ao próprio juiz nomear o advogado que patrocinará a causa (art. 5.º, § 3.º). Cumpre ressaltar, no entanto, que sempre terá preferência para a prestação do serviço o profissional que o próprio interessado indicar e que declare aceitar o encargo (art. 5.º, § 4.º; cf. o art. 93 da Lei n.º 4.215).

4. Nem a Constituição de 24.1.1967, nem a Emenda n.º 1, de 17.10.1969, trouxe novidade de monta nesta matéria. A redação adotada não variou de uma para outra: "Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei" (respectivamente, art. 150, § 32, e art. 153, § 32).

Em nível infraconstitucional, permaneceu em vigor a Lei n.º 1.060, que subsiste até hoje, com

7) CF. BARBOSA MOREIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. v, 5.ª ed., Rio, 1985, pág. 182, com outras indicações de doutrina (às quais se pode acrescentar ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, S. Paulo, 1986, pág. 310) e de jurisprudência em a nota 276. Vide, no mesmo sentido, os Acórdãos coligidos por ALEXANDRE DE PAULA, O Processo Civil à luz da Jurisprudência, vol. XII, Rio, 1989, n.ºs 28.333, 28.335 (pág. 346), 28.338 e 28.339 (pág. 347).

todos os seus defeitos, e apesar das não poucas alterações que vem sofrendo. Destas, a mais importante diz respeito à verificação do pressuposto da necessidade. Aliás, não se trata, a rigor, de uma alteração, mas de autêntico processo evolutivo, no sentido de facilitar as coisas para o interessado na concessão do benefício. A princípio, consoante se registrou, precisava ele obter atestado de autoridade pública. Mais tarde, a apresentação do atestado passou a ser dispensada para quem exibisse carteira de trabalho, à vista da qual o juiz pudesse apurar a carência (Lei n.º 6.654, de 30.3.1979), vindo pouco depois a especificar-se que o requisito se teria por satisfeito sempre que, nos termos do contrato de trabalho, o requerente percebesse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal (Lei n.º 6.707, de 20.10.1979). A evolução atingiu o ápice com a Lei n.º 7.510, de 4.7.1986, que modificou radicalmente a redação do art. 4.º da Lei 1.060, para estabelecer que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da família, geraria em seu favor a presunção relativa de necessidade (antes, já nesse sentido, mas em termos menos específicos, o art. 1.º, caput, da Lei n.º 7.115, de 29.8.1983). Cessa a presunção desde que se verifique a existência de meios suficientes, seja mediante prova em contrário produzida pela outra parte (art. 7.º), seja em virtude de apuração feita ex officio pelo juiz. Para a eventual falsidade da declaração de carência, comina-se a sanção de "pagamento até o décuplo das custas judiciais" (art. 4.º, § 1.º, fine); claro está que não fica excluída possibili-

8) No presente trabalho, unicamente nos ocupamos da problemática atinente aos pressupostos e a extensão do direito à assistência. Por isso deixamos de lado, a despeito de sua relevância, questões como das prerrogativas processuais dos órgãos estaduais de assistência judiciária, objeto de disposição expressa da Lei n.º 7.871, de 8.11.1989, que introduziu no texto da Lei 1.060 o atual § 5.º do art. 5.º.

dade de consequências no plano penal.

Outra alteração digna de registro, no concernente aos efeitos da concessão(8), foi a consagrada pela Lei nº 7.288, de 18.12.1984, que acrescentou um parágrafo ao art. 3º. Ela veio dar solução a problema delicado: o da citação do réu por edital, quando o autor é beneficiário da gratuidade. Normalmente, o edital deve ser publicado ao menos duas vezes "em jornal local, onde houver" (Código de Processo Civil, art. 232, nº III) - o que implica o pagamento do preço cobrado pelo órgão publicador, a menos que alguma norma jurídica o obrigue a publicar o edital gratuitamente. A isenção prevista no art.3º, caput, da Lei nº 1.060 só abrange as "despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação de atos oficiais"; não, porém, as relativas a publicações noutros órgãos. Impor ao desprovido de recursos o ônus de custear essas publicações significaria, na prática, impedi-lo de exercer o direito de ação todas as vezes que o citando se encontrasse numa das situações contempladas no art. 231, caput, do estatuto processual. O alvitre consagrado pela Lei nº 7.288 (e, depois, novamente, pela Lei nº 7.395, de 10.9.1985, que introduziu no art.232 do Código o atual, § 2º, de teor substancialmente igual a do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 1.060) consiste em dispensar a publicação de edital citatório noutro órgão além do oficial. É verdade que assim se impõe sacrifício sensível ao direito de defesa, com a redução da probabilidade de que a notícia da propositura da ação chegue efetivamente ao conhecimento do réu; isso, contudo, há de ter parecido ao legislador o menor dos males. De resto, a solução já era preconizada em doutrina e adotada em decisões judiciais antes do advento dos diplomas acima referidos(9).

9) Vide ao propósito MONIZ DE ARAGÃO, Comentários ao Código de Processo Civil, vol.II, desde a 1ª ed., Rio, 1974, págs.241/2; na jurisprudência, v.g., os Acórdãos do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, de 4.6.1946, Agravo nº 8.012, in Rev.dos Trib., vol.180, pág.830; do Tribunal de Justiça do

5. Convém examinar neste passo, ainda que brevemente, algumas questões que têm surgido na interpretação e na aplicação do ordenamento legal. Uma delas é a da possibilidade, ou não, da concessão do benefício da gratuidade a pessoa jurídica. O texto da Lei nº 1.060, embora redigido, ao que tudo indica, com os olhos postos no caso de pessoas físicas, não exclui de modo categórico tal possibilidade. Obstáculo intransponível não se deve enxergar sequer na cláusula do art.2º, parágrafo único, verbis "sem prejuízo do sustento próprio ou da família": é óbvio que não há cogitar da hipótese derradeira, mas não fica excluída a outra: conquanto pessoa jurídica não tenha família, perfeitamente se concebe que lhe faltem meios de prover às despesas do processo sem sacrificar sua própria manutenção. É natural que se adote aí maior cautela, incumbindo ao órgão judicial, se houver indícios de abuso, determinar, mesmo de ofício, as diligências necessárias ao conhecimento da realidade. O que não se afigura razoável é negar a priori o cabimento da medida.

O ponto não é pacífico. Um Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro esposou a tese negativa, justificando-a com a afirmação de que o benefício se inscrevia na Constituição Federal entre os direitos e garantias individuais(10). O argumento já era pouco persuasivo sob a Carta anterior; não obstante a rubrica do Capítulo IV no Título II, vários textos do art.153 referiam-se a pessoas jurídicas - ou exclusivamente a estas (como o § 28, 2ª parte), ou indiferentemente a elas e às pessoas físicas (por exemplo: § 2º, § 3º, § 9º, § 22, §29, § 30...). Incontáveis mandados de segurança foram impetrados por pessoas jurídicas, sem

antigo Estado da Guanabara, de 17.5.1965, Reclamação nº 5.640, in Rev. de Jur.do Trib.de Just.do Est.da GB, vol.15, pág.88; do Tribunal de Justiça de S:Paulo, de 31.8.1982, Apelação nº 19.151, in Rev.de Jur.de Trib. de Just. de SP, vol.79, pág.53

10) Embargos infringentes na Apelação Cível nº 1.391/87, julgados em 23.12.1987.

que se lhes objetasse com a colocação do § 21 do art.153. Hoje, menos ainda se justifica, por esse ângulo, a posição negativa, localizado que está o dispositivo constitucional pertinente no art.5º, nº LXXIV, sob a rubrica "Dos direitos e deveres individuais e coletivos" (Capítulo I do Título II) (11)

Outro ponto que tem dado margem a dúvidas: fica excluída a concessão do benefício pelo fato de ter o interessado bens de certo valor? A questão foi muitas vezes suscitada a propósito de inventários, em que o inventariante requer a gratuidade apesar de considerável o acervo hereditário. Deve partir-se da premissa de que o pressuposto legal do direito ao benefício é a "situação econômica" que não permite a alguém "pagar as custas do processo e os honorários de advogados, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (Lei nº 1.060, art.2º, parágrafo único). Os dados essenciais são, pois: a) os rendimentos; b) os bens consistentes em pecúnia, de que o interessado tenha disponibilidade - por exemplo, depósitos (não bloqueados!) em conta-corrente -, ou ainda os facilmente conversíveis em dinheiro, como títulos com cotação no mercado, coisas negociáveis com rapidez e simplicidade. A existência de patrimônio imobiliário, por si só, não afasta necessariamente, sob quaisquer circunstâncias, a possibilidade da concessão. No inventário menos que alhures; seria pouco razoável compelir os herdeiros desprovidos de numerário a alienar bens do espólio para custear o processo. A jurisprudência predominante vem adotando a tese correta(12).

11) Entre os Acórdãos que, com esta ou aquela ressalva, têm admitido, em linha de princípio, a possibilidade da concessão do benefício a pessoa jurídica, podem citar-se, a título exemplificativo, o do Tribunal de Justiça de Pernambuco, de 6:8.1963, Agravo nº 55.784, in Arg. Forense, vol.48, pág.250, e o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 19.5.1979, Apel.Civ. nº 7.888, in Boletim de Jurisprudência ADCOAS, 1980, nº 71.079.

Problemas sérios às vezes surgem com referência à prova pericial. A lei é expressa em incluir os honorários de peritos entre as verbas que o beneficiário da gratuidade está dispensado de pagar (art. 3º, caput, nº V). Entretanto, pode haver - e não raro há - necessidade de outros gastos. Decidiu o Tribunal de Justiça de S.Paulo que se deve entender com largueza a isenção, para fazê-la abranger quaisquer despesas com a realização da perícia, inclusive "as concernentes a serviços técnicos complementares, ou suplementares, custos de documentos e transportes, bem como outros gastos, sob rubrica de despesas indiretas"(13). A decisão é excelentemente inspirada, mas parece ao menos problemático que se possa sempre levar a tese às últimas conseqüências.

Tomemos o exemplo dos mais modernos e eficientes tipos de exames hematológicos (HLA, DNA), de emprego extremamente oportuno em ações de investigação de paternidade. Até o momento em que se está redigindo este trabalho, salvo engano, só em duas cidades do Brasil (Belo Horizonte e São Paulo) presta-se tal serviço. Acresce que se tem de fazer o exame dentro de breve prazo após a colheita do material, sob pena de não se conseguir resultado válido. Se o processo corre alhures, em lugar distante, torna-se indispensável que o portador se desloque rapidamente para alguma daquelas capitais, o que implicará, em grande número de casos,

12) Para exemplificarmos com julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, concernentes a inventário: Apel.Civ. nº 2171/87, 11.08.1987; Apel. Civ. nº 3725/87, 15.12.1987; Apel. Civ. nº 4.339/87, 29.12.1987; Agr.de Instr. nº 236/90, 8.5.1990; Agr.de Instr. nº 610/90, 21.8.1990; Agr.de Instr. nº 967/91, 22.10.1991. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assentou: "Concede-se benefício da justiça gratuita aquele que, embora dispondo de patrimônio imobiliário, percebe salário que não lhe permite custear a tramitação do feito sem sacrifício do sustento próprio e da família"(12.10.1961, Agr. de Instr. nº 8.081, in jurisprudência Mineira, vol.34, pág.44).

a utilização (entre outros) de transporte aéreo. A concessão do benefício da gratuidade à parte interessada na realização da perícia obrigará as empresas transportadoras a emitir passagens gratuitas, mesmo na ausência da norma jurídica que lho imponha em termos inequívocos? Na verdade, a regulamentação da matéria - nesse ponto como noutros - é insuficiente: para aquém do limite constitucional, não cobre tudo que a constituição promete ao necessitado.

Outra questão que de vez em quando se tem suscitado consiste em saber se a concessão do benefício da gratuidade implica forçosamente a representação judicial do interessado por funcionário do órgão estatal competente, ou se o beneficiário pode fazer-se representar por advogado de sua escolha, sem vínculo com a Administração Pública, disposto a prestar gratuitamente o serviço. Ao nosso ver, a dúvida de modo algum se justifica: basta ler os arts. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060 e 93 da Lei 4.215, os quais, consoante se registrou (supra, nº 3), e por intuitivas razões, dão até prioridade à hipótese de escolha pessoal - disciplina conforme com os princípios e em nada incompatível com a vigente Constituição. Voltaremos ao tópico oportunamente (infra, nº 6).

6. É chegado o momento de ver que tratamento deu o assunto a Carta de 5.10.1988. Como salta aos olhos, o elenco de franquias nela consagrado no Capítulo II do Título II é muito mais extenso que o tradicionalmente contido, sob a rubrica "Dos direitos e garantias individuais", nas precedentes Constituições. Nada de mais natural que se reencontre nele a previsão expressa (em termos ampliados) do direito em foco, a cujo respeito - já se assinalou (supra, nº 2) -, de todas as que se sucederam nos últimos sessenta anos, só a Carta fascistóide de 1937 se animou a silenciar.

Surpreende que se ponha em dúvida ter a maté-

13) Acórdão de 19.4.1988, Agr. de Instr. nº 100.573, in Rev. de Jur. do Trib. de Just. de S.P., vol. 114, págs 332/3.

ria "tal relevância que se deva ser incluída entre os direitos e as garantias individuais", e mais ainda que se acrescente: "Colocando-se no mesmo artigo, lado a lado, direitos como a expressão do pensamento e o da assistência judiciária, corre-se o risco de desvalorizar o primeiro, supervalorizando-se o segundo" (14).

Basta pensar na eventualidade de que pessoa desprovida de meios se sinta lesada ou ameaçada no seu direito à expressão do pensamento e queira reclamar da Justiça a correspondente proteção: se não puder contar com a franquia de que estamos cuidando, a que ficará, na prática, reduzido aquele direito? Essa trivial reflexão evidencia que não são tão distantes, afinal de contas, os planos em que uma e outro acham lugar adequado para inscrever-se, e que a vizinhança (relativa) do inciso LXXIV em nada desvaloriza, no art. 5º, o inciso IV...

Examinemos o texto: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita ao que comprovar a insuficiência de recurso". A primeira observação, um tanto óbvia, é a de que "Estado" designa aí - como em muitos outros dispositivos (v.g., arts. 5.º nº LXXIII, 196, 205, 215, 217, 218, 226, 227, 230...) - toda e qualquer entidade político-administrativa: não apenas a União e os Estados-Membros(15). Também o Município, por exemplo, no âmbito próprio de sua atuação, tem o dever de assistir, e também em face dele pode surgir para o necessitado, nesse âmbito, a pretensão à assistência. Pouco importa que só a União, os Estados e o Distrito Federal sejam competentes para legislar sobre "assistência jurídica e defensoria pública"

14) Assim, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, S. Paulo, 1990, pág. 85. Anote-se que a alusão a "direitos e garantias individuais" parece reminiscência de Constituições anteriores: hoje, a rubrica é outra. Tampouco a expressão "assistência judiciária" reflete com fidelidade o conteúdo atual, enriquecido, da franquia de que trata o art. 5º. nº LXXIV.

(art. 24, nº XIII): não há confundir competência legislativa e competência administrativa, que nem sempre coincidem.

Quis a Constituição individualizar o órgão a que incubirão "a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV": conferiu tais atribuições à Defensoria Pública, cuja existência se tornou obrigatória na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados (art. 134 e seu parágrafo único). Daí tampouco se tira argumento capaz de excluir para os Municípios o dever de assistir, até porque - como adiante se ressaltará - as atribuições mencionadas não esgotam o âmbito da "assistência jurídica integral".

Por outro lado, nada autoriza a supor que a Constituição haja reservado ao Poder Público o monopólio da assistência. Se ele tem o dever de assistir, nem por isso se concluirá que o tenha em caráter exclusivo. Continuam em vigor os textos legais que contemplam a prestação gratuita de serviços aos necessitados, notadamente por parte de profissionais liberais. Subsiste, mesmo, a preferência dada, para a representação em juízo, ao advogado que o próprio litigante desprovido em meios indique. O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios - a isenção de pagamentos e a prestação de serviços (cf. supra, nº 1) -, nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada. Em país com as características do nosso, denota, além disso, alarmante dose de irrealismo ou de insensibilidade. Eventuais abusos de litigantes ou advogados inescrupulosos não de encontrar corretivo adequado em cada hipótese. Felizmente, os tribunais têm sabido repelir, na grande maioria dos casos, as investidas

15) Como dá a impressão de pensar ALCINO PINTO FALCÃO, in FERNANDO WHITAKER DA CUNHA e outros, Comentários à Constituição, 1º vol., Rio, 1990, pág. 317.

da tese - verdadeiramente absurda - da incompatibilidade entre o benefício da justiça gratuita e a escolha pessoal do advogado pelo beneficiário (16).

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo "judiciário", mas passa a compreender tudo que seja "jurídico". A mudança do adjetivo qualificador da "assistência", reforçada pelo acréscimo do "integral", importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.

Alguns dos fenômenos que aí se poderiam enquadrar figuram, em termos específicos, como objeto de outras disposições constitucionais. Assim, v.g., o inciso XXXIV do mesmo art. 5º assegura "a

16) É torrencial, no sentido correto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: a título meramente exemplificativo, citem-se, já sob a atual Constituição, os Acórdãos de 27.6.1989, Agr. de Instr. nº 499/89; 8.8.1989, Agr. de Instr. nº 532/89; 15.8.1989, Agr. de instr. nº nº 459/89; 19.12.1989, Apel. Civ. nº 4.627/89; 12.3.1990, Agr. de Instr. nº 1.335/89; 13.3.1990, Agr. de Instr. nº 1.217/89; 12.6.1990, Agr. de Instr. nº 1.423/89; 9.8.1989, Apel. Civ. nº 2.424/90; 16.10.1990, Agr. de Instr. nº 474/90; 27.8.1991, Agr. de Instr. nº 179/91; 22.10.1991, Agr. de Instr. nº 967/91. O Superior Tribunal de Justiça também já consagrou a boa doutrina: vide o Acórdão no Rec. de Mand. de Seg. nº 600, relatado pelo Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in Boletim ADCOAS de 1991, nº 133.438.

todos (...), independentemente do pagamento de taxas" - isto é, de graça - "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (letra a) e "a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (letra b). No particular, a carência de meios não constitui pressuposto do direito; quem quiser exercê-lo não precisa pois invocar a condição de necessitado, em que porventura se ache.

Diversa é a situação no tocante aos atos referidos no inciso LXXVI (registro civil de nascimento e certidão de óbito), para as quais se reserva aos "reconhecidamente pobres" o benefício da gratuidade. Tais atos são cobertos pela cláusula da "assistência jurídica integral" de modo que o texto do inciso LXXVI é meramente explicitante, quanto a dois casos específicos, da franquia genérica do inciso LXXIV. Nem se objete que este só se refere ao "Estado", enquanto "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado" (art. 236, caput, 1ª parte, com a ressalva do art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); eles assim são exercidos "por delegação do Poder Público" (art. 236, caput, 2ª parte); e não há considerar que o fato de delegar-se o serviço acarrete, para quem a ela fazia jus, o cancelamento da possibilidade de gozar da franquia. O que se deve entender é que o delegado assume, nos mesmos termos, o dever, que corria ao delegante, de prestar a assistência. Isso vale para o registro de nascimento e para a certidão de óbito, como para quaisquer outros atos congêneres. A lei que, de acordo com art. 236, § 2º, "estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro", terá de preservar a gratuidade devida aos carentes de meios, sob pena de tornar-se inconstitucional.

O art. 5º, nº LXXVI, confere o benefício da "assistência jurídica integral e gratuita" aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País "que comprovem insuficiência de recursos". No plano da legislação ordinária, já se havia chegado a

consagrar, para a gratuidade da justiça, presunção (relativa) de necessidades à luz da simples declaração do interessado de não estar em condições de prover às despesas pertinentes sem prejuízo próprio ou da família (Lei nº 1.060, art. 4º, caput, com a redação dada pela Lei nº 7.510, de 4.7.1986). Pode parecer, à primeira vista, que a Constituição teria restaurado o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação de carência (supra, nº 4). Dir-se-ia, com base nessa interpretação literal, que a Carta de 1988 revogou o texto que dispensa a prova.

É de rejeitar semelhante entendimento. Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado com todos os defeitos que se lhe possam imputar - pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo como o de que se cuida. De qualquer maneira, a supor-se que a lei houvesse concedido um plus aos necessitados, nem por isso se teria de concluir por sua incompatibilidade com a Constituição, que não estaria sendo contrariada (17), como seria, por exemplo, se a lei negasse a assistência, em algum caso, apesar da comprovação. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por decisão unânime de seu Órgão Especial (18), reconheceu como subsistente a presunção de necessidade, decorrente da mera declaração do interessado. A fundamentação do acórdão alude ao disposto no art. 30 da Constituição Estadual, cujo caput, ecoando a Federal, reza: "O Estado obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", e cujo art. 2º ajunta: "Comprova-se a insuficiência de recursos com a simples afirmação do assistido, na forma da lei". A norma vale, a rigor, para a atuação da Defensoria Pública, órgão da Administração Estadual, e não é pas-

17) Tratamos de acentuá-lo, em trabalho escrito em abril de 1989, sob o título Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne, e publicado na Festchrift für Karl Heinz Schwab, Munique, 1990, pags. 33 e segs. (v. pags. 35/6).

sível de extensão, sic et simpliciter a matérias estranhas à competência legislativa do Estado; mas o princípio subjacente pode e deve ser considerado como incocável em todo o âmbito da "assistência jurídica integral" - ao menos, por aplicação analógica da regra inserta no art. 4º da Lei nº 1.060, quanto à assistência judiciária, e tendo em vista o preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

7. Da exposição feita nos itens anteriores ressalta que o Brasil, no tema que ora se versa, não está mal servido de textos normativos. O panorama dos fatos projeta, sem dúvida, imagem muito menos satisfatória: aqui, com alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição entre o "país legal" e o "país real". Seria de estranhar, aliás, que funcionassem bem os serviços da Justiça, e outros correlatos, em proveito de pessoas carentes de meios, se o funcionamento deixa tanto a desejar mesmo quando prestados tais serviços a quem dispõe de recursos para ocorrer às despesas necessárias.

Na verdade, estamos longe - neste e em inúmeros outros pontos - de realizar o que promete a Constituição da República. Para começar, é estreitíssima a faixa da população realmente atingida, de alguma forma, pelo benefício. No Estado do Rio de Janeiro, durante o primeiro semestre de 1991, a Defensoria Pública atendeu ao todo 309.268 pessoa, das quais 129.545 na Comarca da Capital. Não é preciso recorrer a pesquisas para concluir, de imediato, quão larga é a distância entre as necessidades e a efetiva prestação de serviços - seja dito sem nenhum desprimor para a Defensoria Pública, na qual funcionários em geral competentes zelosos se esforçam por superar condições de trabalho notoriamente desfavoráveis, para cumprir de modo cabal as atribuições do cargo.

Ao que tudo indica, há entre nós, no que concerne à vida jurídica, e particularmente nos es-

tratos menos favorecidos da sociedade, uma forte demanda reprimida, uma enorme quantidade de prestações que não chegam a ser pedidas, de pleitos que não se formulam, de atos que não se praticam, e com frequência nem sequer se tenta praticar - o registro de nascimento pode, justamente, servir de exemplo. O fenômeno tem causas numerosas e variadas. Uma delas, bastante óbvia, é a falta de informação: não poucos, pelo país afora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparadora ou acautelatória. Ignoram, também, que deles mesmos se esperam certas iniciativas, como a de registrar os filhos, ou a de formalizar por escrito, em instrumento próprio, o ajuste feito acerca de lote de terreno onde pretendem instalar-se. Outras muitas dificuldades concorrem para bloquear aos desprovidos de meios e o acesso ao jurídico: a distância a que vivem dos lugares em que se têm de praticar determinados atos, a escassez de tempo disponível para cuidar do assunto, inibições psicológicas e culturais de toda sorte... Nessa medida, o desatendimento das necessidades não resulta de deficiências na atuação dos agentes incumbidos de acudir àquelas, mas da abstenção dos próprios necessitados, que não as provocam.

Numa segunda faixa situam-se essas deficiências, de resto notórias. Aqui também a diversidade de causa é gritante, e vai desde a impossibilidade de prover adequadamente à instalação e manutenção de aparelhos assistenciais capazes de funcionar de modo satisfatório (19), até contingências de indo-

19) O problema não é peculiar ao "terceiro mundo", embora nesse assumo, como é natural, proporções muito mais dramáticas. Veja-se a referência de DENTI, I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative, in Riv. di dir. proc., vol. XXXV, 1980, pág 424, a "impossibilita, ormai acquisita ovunque, di risolvere il problema dell'accesso alla giustizia dei non abbienti attraverso sistemi generalizzati di assistenza legale".

18) Acórdão de 03.08.1990, no Agravo Regimental nº 34/90, no Mandado de Segurança nº 137/90.

le personalíssima, como a pouca disposição que tenha tal ou qual advogado de grande clientela e rendosa atividade profissional para dedicar parte de seu tempo e de suas energias à orientação jurídica ou à defesa judicial de quem nada lhe pode pagar.

O colorido sombrio da realidade social não dispensa o jurista, porém, de trabalhar sobre as normas, até porque, sem a revelação nítida daquilo que, segundo o ordenamento, deve ser, impossível se torna medir com exatidão o caminho que se tem de percorrer para diminuir, senão anular a defasagem existente. E essa mensuração, conforme ninguém deixará de compreender, é essencial para a escolha da estratégia mais apropriada ao empreendimento. Daí a importância prática de um exame cuidadoso do tecido normativo e de sua evolução ao longo dos anos.

A Constituição de 1988 assinala, nesse processo evolutivo, ponto de inflexão que não pode passar despercebido. É curioso, para dizer o menos, que os comentadores do art. 5º nº LXXIV, não estejam demonstrando perceber a grandeza do passo dado com a substituição do conceito de "assistência judiciária", pelo de "assistência jurídica integral" (20). O assunto decerto merece, primeiro, a nossa atenção, em seguida, a nossa reflexão; depois **last but not least** - o nosso esforço para fazer transbordar do papel para a vida a bela promessa constitucional.

20) Nem uma palavra sequer a esse respeito em MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. e lug. cit. (o qual, aliás, continua a usar a velha expressão na rubrica e no corpo de seu comentário); em PINTO FERREIRA, Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., S. Paulo, 1989, págs 214/5 (que alude a "assistência judiciária ou jurídica, como se se tratasse de uma coisa só), em CELSO RIBEIRO BASTOS, in CELSO RIBEIRO BASTOS - IVES GANDRA MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., S. Paulo, 1989, págs 373 e segs., em ALCINO PINTO FALCÃO, ob. e lug. cit. em nota 15, supra); em JOSE CRETELLA JÚNIOR, Comentários à Constituição de 1988, vol. II, 2ª ed., Rio, 1991, págs. 818 e segs.

JOSE MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA

Prof. Adjunto de Direito Financeiro da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Trabalho em homenagem ao amigo e Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Mestre do Direito Público e pioneiro do Direito Ambiental do Brasil.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal omitiu-se quanto ao tema deste trabalho. Os anunciados estudos visando a uma reforma do Sistema Tributário e o aproximar-se da II Conferência Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, todavia, estimulam a elaboração de propostas com vistas à adequada inserção da matéria ambiental do Direito Tributário.

Muito embora a Carta Magna tenha evoluído imensamente em face da Constituição anterior, que acanhadamente referia a matéria ambiental no parágrafo único do seu artigo 180 (1), dedicando-lhe agora substancial capítulo (2), deixou órfão de orientação o legislador ordinário quanto aos recursos financeiros necessários ao custeio das incontáveis medidas protetivas do meio ambiente de responsabilidade do Poder Público.

E, como compete aos Estados ponderável, senão a maior, parte das ações administrativas no particular, justifica-se trazer o tema a debate no seio da comunidade dos advogados das unidades federadas, justamente aqueles que têm por atribuição aconselhar quanto à legalidade e legitimidade constitucional de possíveis caminhos que venham a

garantir ou ampliar os meios para financiar a efetiva proteção ao meio ambiente do País.

O HOMEM, O ESTADO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Talvez a mais antiga preocupação ambientalista se encontre na Bíblia, ao traduzir, "no princípio", a manifestação do comando divino: "Submetei a terra; dominai sobre os peixes, as aves e os animais: dou-vos as ervas que dão semente, as árvores que dão frutos que dão semente como vosso alimento; aos animais, dou como alimento toda verdura das plantas". E, completa o Livro Sagrado, "assim se fez e era muito bom" (3).

Parece que o Homem interpretou erroneamente o sentido das palavras "submetei e dominai", identificando-as com as concepções de subjugar, espoliar, degradar, ao invés de fazê-las convergir para a idéia de usufruir naturalmente, auferir harmonioso proveito, gozar do que era e deveria ser mantido "bom", ou seja, equilibrado.

O que se vê, em decorrência, é a substituição do equilíbrio do meio ambiente por uma histórica e crescente destruição proveniente da intervenção humana geralmente desastrosa e degradadora da ordem natural, não raro determinada pelo imediatismo egocêntrico que compromete a harmonia ambiental.

Assim é que há necessidade de um regramento jurídico da conduta humana, da sociedade e do Estado em face do meio ambiente. E as NAÇÕES UNIDAS, através da sua COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, houve por bem formular nada menos que vinte e dois princípios a respeito, devendo-se notar que ao "direito" humano fundamental a um meio ambiente adequado à saúde e bem estar de todos os homens" correspondem vinte e dois deveres, tais como:

- "os Estados devem conservar e utilizar o meio ambiente e os recursos naturais em benefício das gerações presentes e futuras" - que estabelece responsabilidade social fundada na equidade entre as gerações, na medida em que se opera historicamente um

empréstimo ambiental ao futuro, no qual não se colhe opinião, licença ou voto dos potenciais prejudicados:

- "os Estados devem usar os recursos naturais além-fronteiras de forma razoável e equitativa", - que prevê a um só tempo a solidariedade e a igualdade internacionais contrárias ao desenvolvimento e ao bem-estar à custa da perversa espoliação e degradação da qualidade de vida de outros povos;
- "os Estados devem garantir que a conservação seja considerada parte integrante do planejamento e da implantação de programas de desenvolvimento" - que estabelece como econômico-social o que se denomina de "desenvolvimento sustentável".

Esse feliz binômio, "desenvolvimento sustentável ou desenvolvimento sustentado", parece ser a harmoniosa solução para a permanente tensão entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente; representa o grande "não" ao desperdício, à ineficiência e ao desprezo pelos recursos ambientais escassos e finitos, pois que a Ciência e a criatividade têm mostrado, entre outras, a viabilidade da substituição dos pesticidas (que geram intoxicação humana e poluição de águas superficiais e interiores) pelo controle biológico de pragas nas lavouras; a reciclagem de diversos materiais como metais, vidros, papéis; a substituição de combustíveis fósseis (reconhecidamente limitados e poluidores) por combustíveis renováveis, de fontes infinitas e não-poluentes.

O ESTADO COMO PROMOTOR DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL - PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR - RECURSOS PÚBLICOS

Da rápida resenha dos princípios jurídicos relativos ao meio ambiente adotados pela ONU exsurge claramente a monumental responsabilidade que deve ser assumida pelo Poder Público na preservação do

meio ambiente(4).

O primeiro passo nesse sentido há de consistir na coordenação entre políticas e órgãos governamentais da área econômica e da área ambiental.

Tradicionalmente os órgãos formuladores de planejamento econômico, financeiro, energético, etc., que controlam os recursos financeiros públicos, não têm como atribuição institucional a proteção ambiental e, não recebendo a adequada participação ou interferência prévia dos setores ambientais abalizados, tendem a não sopezar ou não avaliar adequadamente as repercussões ambientais de decisões de política econômica, comercial, agrícola, energética, tributária.

Ora, para promover aquela indispensável coordenação, há necessidade de estruturar-se serviço público, de contratar obras, estudos, etc., de fiscalização, monitoramento, planejamento - tudo a gerar despesas e a suscitar a questão do custeio da proteção ambiental.

Neste ponto torna-se inarredável a atribuição ou imputação, aos agentes poluidores, da responsabilidade da integração do valor das medidas de proteção ambiental nos seus custos de produção, diretriz que se denomina **princípio do poluidor-pagador**(5). A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1989, consagrou expressamente este princípio(5.1).

Cria-se, assim, do ponto de vista econômico, um "preço" pela utilização dos recursos ambientais, que, do contrário, tendo custo-zero, tendem a ser desperdiçados pela falsa impressão de sua abundância ou caráter infinito(6).

O princípio do poluidor-pagador pode realizar-se tanto através do licenciamento administrativo, da imposição de multas, da determinação de limpeza ou recuperação ambiental, como através da cobrança de tributos, enquanto fonte de recursos para custeio da proteção ambiental.

AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS E SUA INSERÇÃO NA POLÍTICA DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal, consagrando a melhor doutrina esposada há muito pelo Código Tributário

Nacional, dispõe que são tributos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (art.145)(7).

Não quer isto dizer que a Carta Magna não considere tributos outras figuras financeiras, como o empréstimo compulsório e a contribuição parafiscal, pois o regramento constitucional reservado a elas é nitidamente tributário. Simplesmente a Constituição não quis reconhecer-lhes autonomia, na medida em que não dispõem de fatos geradores próprios, mas sim correspondentes aos do imposto ou da taxa, estes sim, categorias ontologicamente distinguidas pelo Direito Tributário em função dos respectivos fatos geradores, critério cientificamente hábil a diferenciar as espécies tributárias, como aliás, em boa hora, veio a ser reconhecido pelo Código Tributário Nacional (art.4º) ao dispor que "A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei: II) a destinação legal do produto da sua arrecadação"(8).

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como para estimular condutas não-poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal).

O sistema tributário pode atuar complementarmente ao sistema administrativo de licenças ambientais, que é indispensável à prevenção e ao combate à poluição; também se revela útil na preservação dos recursos ambientais, adequando-se as espécies tributárias (o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria) à chamada **tributação ambiental**.

Nos Estados Unidos, o imposto é amplamente empregado no mecanismo da tributação ambiental, como é o caso da incidência de impostos sobre a produção e o consumo de certos produtos poluidores, com isenção parcial ou total a outros não, ou menos, poluidores ou reciclados ou recicláveis, de que é exemplo a restituição do imposto sobre vasilhames, quando devolvidos. Também o imposto de renda contempla um "adicional ambiental" e a dedu-

tibilidade de doações de terrenos e matas com finalidade preservacionista.

Ora, no Brasil, os impostos sobre a produção e o consumo podem ser amplamente utilizados como instrumento de tributação ambiental, através de um sistema de graduações, de alíquotas, isenções e restituições conforme a natureza dos produtos ou mercadorias. O imposto de transmissão e o imposto de renda podem ser adequadamente combinados através de isenções e reduções de alíquotas ou da utilização do valor do primeiro como crédito contra o que for devido a título do segundo, estimulando-se, assim, doações para fins de preservação ambiental. Também os impostos sobre a propriedade imóvel prestam-se à criação de incentivos à preservação quando conjugada com a utilização dos bens de que se trata, estabelecendo-se, por exemplo, alíquotas inferiores às comuns no caso de o proprietário proceder à preservação de parte da gleba, que tenha interesse ecológico, e desde que dê utilização intensiva ao solo agricultável remanescente.

Na Europa, além dos impostos emprega-se as **taxas ambientais** (às quais os Estados Unidos são refratários) (8.1) como fonte de custeio dos serviços públicos de licenciamento, fiscalização e limpeza ou recuperação ambiental. A este processo tributário os norte-americanos procuram contrapor uma "solução de mercado", denominada "trade-off of permits", consistente na criação de um **direito de negociar limites de poluição**, mecanismo ainda incipiente e de aplicação prática pioneira no Estado de Wisconsin, que, aliás, se tem revelado precursor de importantes idéias ambientalistas nos Estados Unidos.

No direito brasileiro, em matéria de taxa, parecem admissíveis como fatos geradores o licenciamento, a fiscalização e a limpeza ou recuperação ambientais, tendo como respectivas bases de cálculo o custo dos serviços públicos de licenciamento e fiscalização, e o custo da limpeza ou recuperação correlacionável com volumes de emissões, despejos ou produção de resíduos poluidores.

Aliás, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1989, dispõe, a propósito das taxas

ambientais, que:

"A utilização dos recursos naturais com fins econômicos será objeto de taxas correspondentes aos custos necessários à fiscalização, recuperação e manutenção dos padrões de qualidade ambiental".

Finalmente, a contribuição de melhoria incidente sobre a valorização imobiliária se legitimará sempre, do ponto de vista ambiental, quando obras de natureza preservacionista beneficiarem a propriedade imobiliária do contribuinte. Ou seja, este é um tributo que pode transformar-se num elemento estimulante de grandes obras de profundo sentido ambiental por ele financiadas, realizando ao mesmo tempo a justiça fiscal.

Na perspectiva jurídico-tributária, o essencial à cobrança da contribuição de melhoria é que haja **valorização imobiliária**, pois esta é a medida da capacidade contributiva específica que **in casu** justifica e distingue este tributo.

VINCULAÇÃO DOS IMPOSTOS

Disponha o parágrafo 2º do artigo 62 da Constituição anterior que, ressalvados os casos dos impostos federais únicos sobre combustíveis, energia e minerais e outros previstos nela e em leis complementares, era vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa.

A atual Carta Magna, todavia, prevê em seu art. 167 que:

"São vedados:

- III - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, parágrafo 8º;

Os artigos 158 e 159 da Constituição dispõem sobre a participação de Estados e Municípios na arrecadação de diversos impostos federais e estaduais, havendo ainda referência a destinações de recursos para fins de desenvolvimento regional.

De notar, desde logo, a evolução do direito positivo, linhas acima antecipada, no sentido de que a proibição constitucional de vinculação de verbas públicas, que abrangia a receita de todo e qualquer tributo, agora se limita à receita dos impostos apenas. Aliás, as taxas e as contribuições de melhoria, existente por estarem visceralmente ligadas ou a serviços públicos específicos e divisíveis ou a determinadas obras públicas, que lhe fundamentam a instituição, nunca deveriam mesmo ter sido incluídas no rol das proibições de vinculação, que, nesses casos, é natural pela especificidade da despesa, conexa à respectiva receita. Há até setores da doutrina que denominam esses tributos como "vinculâmos", na expressão de GERALDO ATALIBA(10), ou "contraprestacionais", na lição de RICARDO LOBO TORRES(11).

A esta evolução, todavia, acrescentou-se uma involução, consistente na ausência de menção à possibilidade de introduzirem-se outras derrogações ao princípio da não-vinculação além daquelas já expressas ou decorrentes do texto constitucional (a exemplo do que ocorre com as contribuições para a seguridade social, consoante os arts. 194 e 195 da Carta Federal).

O princípio orçamentário da não-vinculação ou não-afetação das receitas é, segundo a melhor doutrina, uma decorrência de outro princípio do Direito Financeiro designado por "princípio da unidade de caixa", como ensina o Professor SEBASTIÃO DE SANT'ANNA E SILVA (12), ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ EMYDGIO F. DA ROSA JR. também relacionam a não-vinculação entre os princípios do orçamento (13).

O mérito do princípio da não-afetação da receita reside em permitir ao administrador financeiro suficiente discricionariedade para proceder às liberações de verbas no momento em que melhor atendem ao interesse público, isto é, de forma a satisfazer as necessidades públicas a medida em

que se forem apresentando.

Será adequado atribuir tal descrição isoladamente à Administração? Não seria prudente permitir também ao Legislador uma co-participação nesse processo de alocação das verbas públicas?

Segundo o Professor SANT'ANNA E SILVA, "nunca, entretanto, a regra da não-afetação de receitas foi estritamente observada"(14). O clássico GASTON JEZE, já lecionava que, desde o início se entendeu que ela não se aplicava aos empréstimos públicos para financiamento de guerras ou obras públicas (15).

Outras vezes, "tornou-se necessário garantir, à vista de instabilidade dos governos e das oscilações da política dos parlamentos, a continuidade de determinados programas e empreendimentos governamentais de duração excedente ao exercício financeiro"(16), sendo que, ainda em outros casos, "o produto de tributos que apresentam um caráter de punição ou repressão de certas atitudes consideradas anti-sociais e reservado para financiar o combate governamental aos efeitos diretos ou indiretos dessa atitude ou para incentivar a um procedimento oposto"(17). Este último é o campo amplo da tributação extrafiscal, com imensa aplicação potencial ao Direito do Meio Ambiente.

A conveniência administrativa da flexibilidade financeira proporcionada pela não-vinculação da receita deve ser contrabalançada, como de resto tudo que diz respeito a Governo e Separação de Poderes, pela vantagem política de permitir-se ao Legislativo, sensibilizando-se com determinada necessidade social, destinar-lhe recursos que assegurem o seu atendimento, independentemente e das injunções circunstâncias que ocasionalmente possam comprometer a liberação dos fundos correspondentes.

Modernamente, é inegável a tendência de pré-estabelecer quais os recursos que devem ser captados e destacados para prover a determinadas despesas. Como leciona percutientemente o inolvidável GIULIANI FONROUGE... "não se pode desconhecer que a afetação de recursos a determinados gastos tem dado bons resultados em certos casos e que as modernas exigências econômico-sociais tende

acentuar-lhe as derrogações" (18).

A experiência estrangeira, especialmente a norte-americana, é no sentido de proceder à vinculação de receitas de impostos sempre que há necessidade de amearharem-se vultosos recursos para o atendimento de programas específicos do Estado. É o caso, por exemplo, do chamado SUPERFUND, que, como diz o nome, é um gigantesco fundo público destinado ao combate à poluição causada por resíduos perigosos ("hazardous-wastes").

O "Superfund" foi criado pela lei de revisão, de 1986, do CERCLA - Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act", de 1980, e compõe-se de receitas provenientes da arrecadação do imposto de renda, do imposto sobre petróleo e derivados e do imposto sobre produtos químicos perigosos e derivados.

Além do "Superfund" há nos Estados Unidos outros fundos constituídos com receita vinculada de impostos, geralmente indiretos, sobre combustíveis, sobre emissões de gases poluentes, sobre equipamentos de caça e pesca, etc, como o "Oil Spill Liability Trust Fund", o "Black Lung Disability Trust Fund" e o "Wild Life Restoration Fund".

Na verdade, embora respeitável, o princípio financeiro-orçamentário de não-vinculação dos impostos não deveria estratificar-se draconianamente no texto da Constituição brasileira, pois, assim, impede o atendimento a exceções que se impõem em face de relevantes valores que necessitam ser prestigiados.

Ora, sem dúvida que o meio ambiente é hoje uma prioridade nacional, nos termos do art. 225 da Constituição, "essencial à sadia qualidade de vida" do povo.

A saúde pública depende da preservação do meio ambiente.

E a saúde di-lo a Constituição, é direito "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença..." (art. 196), devendo-se, portanto, garantir-lhe também a primazia do desembolso das verbas públicas respectivas, o que se enseja exatamente através da vinculação da receita.

Parece justificar-se, assim, emenda ao texto constitucional, que venha a, em primeiro lugar, permitir novamente que outras hipóteses estabelecidas por lei complementar possa beneficiar-se da vinculação de impostos e, em segundo lugar, que conste desde logo do texto da Constituição uma referência expressa a essa possibilidade no caso de tal vinculação se dar para custeio de atividades estatais relacionadas com a preservação e recuperação do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo precedente demonstra, a nosso juízo, a necessidade de a mudança da conduta humana em face do meio ambiente ser acompanhada de uma modificação do comportamento estatal relativamente ao Direito Financeiro, especialmente quanto ao seu ramo mais desenvolvido, que é o Direito Tributário.

O Direito Financeiro e o Direito Tributário têm importante contribuição a oferecer ao esforço que presentemente se desenvolve no Brasil em prol da proteção ambiental, principalmente em certas regiões, como a Amazônia, Pantanal, Mata Atlântica, Serra do Mar e Zona Costeira, onde o problema assume proporções dramáticas, remarcando-se que, bem a propósito, a Constituição Federal os considera patrimônio nacional assegurando a sua preservação (art. 225, parágrafo 4º).

CONCLUSÕES

1. O princípio da não-vinculação ou não-afetação das receitas públicas (dos impostos no caso da Constituição brasileira), a constar do texto constitucional, deveria ser flexibilizado, admitindo-se que a lei complementar abra-lhe exceções, como permitido no direito anterior.

2. A inserção da temática "poluição e tributação" no Direito Financeiro e no Direito Tributário, a par de sistematizar a tributação ambiental, recomenda, em virtude da relevância assumida pela pre-

servação do meio ambiente e dos vultosos recursos necessários a que ela se proceda eficazmente, e, mais, considerando a priorização desse valor na própria Constituição Federal, que seja excepcionado desde logo no texto da Lei Máxima o princípio da não-vinculação dos impostos criados com a finalidade de arrecadar recursos para prevenção ou recuperação do meio ambiente, bem como, de um ponto de vista extrafiscal, para combater práticas degradadoras ou estimular condutas preservadoras do meio ambiente.

3. Alvitra-se que seja dada ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal a seguinte redação:

" Art. 167. São vedados:

I a III - omissis:

IV - a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino e para **prover a preservação do meio ambiente e a recuperação de áreas degradadas**, como determinado nos arts. 212 e 225, parágrafo 7º, a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, parágrafo 8º, e nos demais casos previstos em lei complementar."

4. Sugere-se a criação de um parágrafo 7º do art. 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

"A lei poderá vincular a receita de impostos, ou parte dela, para a criação de fundos destinados à execução da política de meio ambiente".

LEGENDAS

(*) Tese aprovada no XVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado (Belém, Pará, novembro de 1991).

1) "Art.180: O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo Único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

2) Capítulo VI do Título VIII, composto do art.225.

3) Gênesis, capítulo 1.

4) NOSSO FUTURO COMUM, publicação da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1988, pp. 388/389.

5) THE POLLUTER-PAYS PRINCIPLE publicação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 1975.

5.1) O art. 258, nº XVIII, determina a adoção de política tributária que implemente o princípio do poluidor-pagador.

6) Wallace E. Oates, "Deveria a Poluição Ser Tributada", in Economic Impact, nº 65, p. 27/31 (ed. em Português, USIA, Washington, DC, 1989/3).

7) Código Tributário Nacional, artigo 5º. Cf., do autor, ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS - Conferência proferida no V Congresso Nacional de Estudos Tributários, da Academia Brasileira de Direito Tributário, Rio, 1991 - no prelo.

8) Cf. do autor, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - CONTEÚDO E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO, Ed. Renovar, Rio, 1988, pp 53-54.

8.1) Roger W. Findley e Daniel A. Faher, in Environmental Law 2ª ed. West Publishing Co., Nutshell Series, St. Paul, 1988, p. 121.

- 9) Cf., do Autor, **Capacidade Contributiva**, op. e loc. cit.
- 10) **Hipótese de Incidência Tributária**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1988, 4ª ed. 2ª tiragem.
- 11) **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**, Forense, Rio, 1986, vol II, tomo II.
- 12) **OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS**, Cadernos de Administração Pública, nº 6 publicação da Fundação Getúlio Vargas, nº 6, Rio, 1954, pp 26/30.
- 13) **Uma Introdução à Ciência das Finanças**, 14ª ed., Forense, Rio, 1984. p.411; **Manual de Direito Financeiro e Tributário**, 6ª ed., Renovar, Rio, 1990, p. 73.
- 14) op. e loc. cit.
- 15) **Cours de Science des Finances et de Législation Financiere Française - Théorie Générale du Budget**, 6ª ed. Paris, 1922.
- 16) SANT'ANNA E SILVA, op. e loc. cit.
- 17) ibidem.
- 18) **DERECHO FINANCIERO**. 3ª ed Depalma , Buenos Aires, 1976, vol I, p.171.

IMUNIDADE RECÍPROCA - DA ADEQUADA EXEGESE

Luis Cesar Souza de Queiroz

Procurador da República e
Prof. da Faculdade de Direito
da UERJ

I - DA INTRODUÇÃO.

O objetivo deste breve comentário é o de analisar alguns pontos polêmicos relativos a correta exegese da Imunidade Recíproca prevista atualmente no art. 150. inciso VI, alínea "a" da Constituição da República.

A questão que aparenta ser de simples compreensão à primeira vista, envolve relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, com sérios reflexos na vida dos diversos Entes Constitucionais.

Abordar-se-á a questão enfocando os diferentes posicionamentos que envolvem o tema, esperando de alguma forma contribuir para a melhor compreensão de tão importante matéria.

II - DO ENTENDIMENTO RESTRITIVO DA IMUNIDADE RECÍPROCA.

O centro das divergências repousa na precisa fixação dos limites da Imunidade Recíproca, principalmente no que tange à correta interpretação dos termos da alínea "a" item VI, do art. 150 da Carta Superior, que segue:

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

.....

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Nestes termos, alguns autores e julgados posicionam-se no sentido de restringir o âmbito da Imunidade Recíproca àqueles tributos que possuem o aspecto material do fato gerador (ou da hipótese incidência) relacionados diretamente com o patrimônio, renda ou serviços dos Entes Políticos.

Destarte, para essa corrente somente cogitar-se-ia de Imunidade Recíproca quando estivessem em exame os impostos incidentes sobre o patrimônio (IPTR, IPVA, IPTU e ITBI), a renda (IR) ou serviços (ICMS na fonte relativa às prestações de serviços e ISS).

Logo, quanto aos outros impostos previstos em nosso Sistema Constitucional Tributário, não haveria qualquer óbice para que ocorressem recíprocas exigências tributárias entre os Entes Políticos.

À guisa de exemplo cabe citar a posição de SACHA CALMON NAVARRO COELHO (In "Comentários à Constituição de 1988", Ed. Forense, 1990, pág. 340 e ss.). Segue:

"Por primeiro, anote-se que a imunidade não tem atuação sobre tributos, mas apenas sobre impostos, uma espécie do gênero. E não atua em relação a todos os impostos, aplicando-se apenas aos que tiverem por "fato gerador", renda, patrimônio ou serviços.

d) não atua, finalmente, em relação a impostos cujo "fato gerador" seja fato diverso de renda, patrimônio ou serviços.

Então, o básico na espécie é a delimitação dos conceitos de renda, patrimônio e serviços no Direito Tributário brasileiro (Direito positivo).

O conceito de renda está na Constituição de 88; combinado com o art. 43 da Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN). O conceito de patrimônio, para fins tributários, reside nesses mesmos diplomas legais e serve de suporte para a incidência ou exclusão dos seguintes impostos:

- a) impostos sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, exceto os de garantia entre vivos e mortos;
- b) impostos sobre a propriedade territorial e predial urbana;
- c) imposto sobre a propriedade territorial rural;
- d) imposto sobre a propriedade de veículos automotivos.

O conceito de serviços, outro tanto, está na Carta Política e Código Tributário, servindo de suporte para a incidência e exclusão de dois impostos, um estadual, outro municipal, a saber:

- a) imposto sobre serviço de transporte e comunicações, subsumidos no ICMS;
- b) imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Contra essa interpretação, de radicação lógica e sistemática, de registrar a posição de Aliomar Baleeiro, corifeu da corrente histórico-evolutiva na interpretação e aplicação da intergovernamental. Sua análise, erudita e profunda, está, parece, ultrapassada pelo sistema tributário posterior à Constituição de 1946. O inesquecível Mestre de todos nós entendia que as nomina juris renda, patrimônio e serviços possuem significados amplos, abrangentes, expansivos, e que a intergovernamental aplicava-se a todo e qualquer imposto do sistema tributário."

Na mesma linha de pensamento, vale mencionar dois acórdãos do ex-TRF, acerca da Imunidade Recíproca. Segue:

A.M.S. nº 33.460 - MG

"TRIBUTÁRIO. ICM. IMUNIDADE RECÍPROCA, AUTARQUIA. INSTITUTO DO AÇUCAR E DO ALCOOL. C.F., art. 19, III, § 1º DECRETO-LEI Nº 406, de 1968, art. 6º, § 1º, III.

I - Vendas de álcool efetivadas pelo I.A.A., através de sua Destilaria Central Leonardo Truda, sita no Município de Ponte Nova, M.G. Legitimidade da exigência do ICM, já que não abrangido pela imunidade recíproca (C.F., art. 19, III, § 1º; Decreto-Lei nº 406, de 1968, art. 6º, § 1º; III).

II- Recurso desprovido. " (in D.J. de 11.09.80. AMS nº 33.460 - MG).

A.M.S. nº 34.712 - PE.

"Autarquia Federal. Imunidade, na vigência da Constituição de 1967 e EC nº 1, restrita aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços (respectivamente, artigos 20, § 1º, e 19, § 1º). São devidos os impostos sobre a produção e a circulação de mercadorias, não abrangidos pela imunidade constitucional. Se a autarquia estadual produz artigos sujeitos ao IPI, a ele ficará sujeita Reciprocamente, se a autarquia federal realiza operações sujeitas ao ICM, a regra está expressa no art. 6º, § 1º, III, do Decreto-lei nº 460, de 31.12.68. Em consequência, procedente é a exigência, pelo Estado de Pernambuco, de ICM sobre a produção da Destilaria Central Presidente Vargas, do Instituto do Açucar e do álcool, "Rev. TFR, 45/15).

Para finalizar a exposição desta corrente, é útil lembrar a regra do item III, § 1º, art. 6º, do D.L. 406/68 (tem natureza de Lei Complementar), que expressamente elenca "os órgãos da administração direta e as autarquias" como contribuintes do ICM (atual ICMS).

III - DA ADEQUADA EXEGESE.

Com o respeito que merecem os que entendem da forma supra exposta, é preciso dizer que aquele entendimento restritivo da noção de Imunidade Recíproca é a nosso ver totalmente falho, pecando por uma ausência de interpretação sistemática da realidade constitucional.

Defender a possibilidade de axação tributária entre Entes Políticos (uns aos outros), é perder a perspectiva da própria razão de ser do TRIBUTO, é desprezar a precisa exegese da Imunidade Recíproca, e mais, é ofender o Princípio maior, que é o da Isonomia das Pessoas Constitucionais, decorrente do Regime Federativo existente em nosso país.

1- DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PESSOAS CONSTITUCIONAIS.

A tese que defende a tributação recíproca (por impostos) das Pessoas Constitucionais, despreza, em primeiro lugar, o Princípio da Isonomia que envolve tais pessoas, pelo qual fica certo que inexistente qualquer hierarquia entre os Entes políticos, havendo, a rigor, uma harmonização de poderes.

Concordamos com Geraldo Ataliba quando diz: "Federação implica igualdade jurídica entre a União e os Estados, traduzida num documento (Constitucional) rígido, cuja principal função é discriminar competências de cada qual, de modo a não ensejar violação da autonomia recíproca por qualquer das partes." (IN Estudos e Pareceres de Direito Tributário., v.3, S.Paulo, Ed. RT, 1980, pp 9 e 10).

Entre UNIÃO, ESTADOS, E MUNICÍPIOS não há uma relação de SUBORDINAÇÃO, mas sim o que se apresenta é uma relação de COORDENAÇÃO.

O poder exercido pelas Pessoas Políticas emana diretamente da Constituição da República, que, explicitamente, determina os níveis de competência atribuídos à UNIÃO, ESTADOS e MUNICÍPIOS.

É certo que a UNIÃO é soberana, mas isto nas relações de direito internacional, pois nas rela-

ções de direito interno não se cogita de soberania mas sim de autonomia, a qual também é atributo dos ESTADOS e MUNICÍPIOS, segundo os limites previstos constitucionalmente.

Ensina com maestria o Prof. Celso Ribeiro Bastos (IN "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 1990. pág. 278) qual é a correta posição dos Entes Públicos em nossa Federação, e a exata natureza da relação existente entre eles, sob a luz da nova Constituição:

"O princípio federativo brasileiro se traduz pela autonomia recíproca constitucionalmente assegurada da União, dos Estados Federados e dos Municípios. O município é peça estrutural do regime federativo brasileiro, à semelhança da União e dos próprios Estados.

A Constituição Federal estabelece uma verdadeira paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de auto-governo, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua competência (arts. 29, I, e 30 e incisos)."

E complementa o mestre (idem, pág. 260):

"Diante do Estado estrangeiro, a União exerce a soberania do Estado brasileiro, fazendo valer os seus direitos e assumindo todas as suas obrigações.

Internamente, a União atua como uma das pessoas jurídicas de direito público que compõem a Federação. Vale dizer; exerce em nome próprio a parcela de competência que lhe é atribuída pela Constituição. Por isso mesmo, no âmbito interno, a União é apenas autônoma, como são autônomos os Estados-membros e os Municípios; cada qual, dentro de sua área de competência."

Destarte, a isonomia que há entre as Pessoas Políticas é decorrente do Regime Federativo adotado no Brasil, o qual por força da Constituição da República, apresenta três entidades (UNIÃO, ESTADOS e MUNICÍPIOS) autônomas, harmônicas, e com competência distintas e inconfundíveis.

É lúcida a lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (IN "Lei Complementar Tributária", Ed. Rev. Trib., SP, 1975, pág. 12) quando esclarece:

"Conclui-se pois, que não há, em princípio, supremacia da União sobre os Estados Membros e Municípios, em face dos rígidos critérios constitucionais de repartição de competências. As pessoas político-constitucionais são todas isônomas, porque são todas entidades, criaturas, da Constituição. As relações entre as pessoas constitucionais são relações de coordenação e não de subordinação; de justaposição e não de superposição.

O princípio de isonomia entre as pessoas político-constitucionais, na federação brasileira, é um princípio implícito que decorre do sistema federal de governo e do mecanismo constitucional de repartição de competências legislativas. Deflui portanto, do princípio expresso da competência dessas entidades constitucionais."

Em suma, a Isonomia das Pessoas Constitucionais é princípio inafastável do nosso sistema jurídico, e especialmente do Regime Federativo.

2 - DO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA.

Como decorrência do Princípio da Isonomia das Pessoas Políticas, e do próprio Princípio Federativo, temos expresso na Constituição atual, no Capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional, o denominado Princípio da Imunidade Recíproca!

O princípio da Imunidade Recíproca encontra assento no art. 150, inciso VI, alínea "a" da nossa Constituição.

Este princípio fundamental do nosso Regime Federativo, é bastante antigo no sistema constitucional pátrio, valendo ressaltar que o mesmo, só não esteve presente na Constituição Imperial. Destarte, a partir da primeira Constituição Republicana, de 24 de Fevereiro de 1891, no seu art. 10, já encontramos presente tal princípio.

O mesmo Princípio foi repetido em todos os diplomas Constitucionais Republicanos que se sucederam, como se verifica pela Constituição de 1934

(art. 17, X); pela Carta Outorgada de 1937 (art. 32, "c"); pela Constituição de 1946 (art. 31, V, "a"); pela Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.65 (art. 2º, IV, "a"); pela Constituição de 1967 (art. 20; III, "a"); pela Carta de 1969 - Emenda nº 1 (art. 19, III, "a"); e, por fim, pela Constituição atual (art. 150, VI, "a").

Não é irrelevante o fato deste princípio basilar de nossa Federação estar presente em todas as Constituições Republicanas, inclusive resistindo aos períodos ditatoriais e autoritários da nossa história. Isto comprova que a Imunidade Recíproca é um Princípio inerente e essencial para a própria sobrevivência do Regime Federativo Brasileiro.

É neste sentido a lição do Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO (IN "Curso de Direito Tributário", Saraiva, 1991, pág. 119/120) que segue:

"A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceber pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras. Entendemos, na linha do pensamento de Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, que, se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca, como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal. Continuará a imunidade, ainda que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou."

2.A.- DO OBJETIVO DA IMUNIDADE RECÍPROCA.

O erro que incorrem aqueles que defendem uma interpretação restritiva para a Imunidade Recíproca é derivado de uma interpretação igualmente falha do Sistema Constitucional Vigente.

Não se deve perder de vista que o efetivo objetivo ao declarar-se expressamente o Princípio da Imunidade Recíproca, é o de evitar que a mútua exação de tributos não vinculados (impostos) provoque conflitos entre os Entes Políticos, o que apenas serviria para enfraquecer o Regime Federativo.

Neste passo, alerta BERNARDO RIBEIRO DE MORAES (IN "Sistema Tributário na Constituição de 1969". Ed. Rev. Trib., 1973, pág.469):

"O intuito da vedação constitucional é não onerar as unidades políticas da Federação, evitando que elas se transformem em contribuintes umas das outras, numa inutilidade de pagamentos recíprocos., o objetivo é evitar, outrossim, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, se hostilizem. O legislador constituinte procura evitar, assim, que as referidas unidades políticas da Federação dificultem umas às outras no exercício de suas competências fiscais, assegurando ao regime federativo um ritmo harmonioso, sem perturbação alguma. Essa vedação recíproca de tributação, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é imperativo do regime, cujas entidades políticas componentes não podem ficar expostas às fontes de discórdias e conflitos, resultantes de uma livre tributação entre si."

Admitir-se a recíproca exação tributária através de impostos é permitir uma luta interna dos componentes da Federação, o que certamente afetaria a própria economia nacional, através de conseqüentes descontroles nas finanças de cada uma das entidades envolvidas.

É preciso não esquecer que a Imunidade Recí-

proca além de permitir a convivência pacífica e coordenada dos Entes Políticos, compatibiliza-se com o sistema da repartição de competências previsto na Constituição.

A Constituição ao determinar a repartição das receitas tributárias, leva em consideração as atribuições, os serviços que estão a cargo de cada um dos Entes Políticos (UNIÃO - arts. 21 e 23; ESTADOS - arts. 23 e 25; MUNICÍPIOS - arts. 23 e 30).

Autorizando a exação tributária recíproca, estar-se-ia permitindo aos Entes Constitucionais desequilibrarem, de forma unilateral, a equacionada distribuição constitucional de recursos, o que, por fim, tornaria o Sistema Constitucional de Repartição de Competências inteiramente inútil, ressaltando que é absolutamente inaceitável.

Esta interpretação sistemática e teleológica é essencial para se efetuar a correta interpretação da Imunidade Recíproca.

Para concluir, é mister a citação da sempre brilhante lição do mestre Aliomar Baleeiro (IN "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", Forense, 1985, pág. 96):

"A Constituição não poderá ser interpretada de sorte que ameace a organização federal por ela instituída ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados, DF e Municípios. Que quer o art. 19, III, a? Sem dúvida, que o imposto federal não anule ou embarace os meios de ação dos Estados e Municípios, para exercício das atribuições da respectiva competência e reciprocamente."

2.B. - DA EXTENSÃO DA IMUNIDADE RECÍPROCA.

Para se conceber com precisão a extensão da Imunidade Recíproca, é necessário que se tenha como parâmetros, os outros princípios anteriormente analisados, ou seja, o Princípio Federativo e o Princípio da Isonomia das pessoas Constitucionais. Por estes princípios basilares da nossa organização estatal, não se permite a exigência de impos-

tos entre as Pessoas Políticas, pois tal tributação seria germe de conflitos e desavenças, o que, por fim, comprometeria o próprio Regime Federativo.

Em outros termos, a Imunidade não é um favor fiscal concedido por qualquer dos Entes Políticos, mas sim uma limitação constitucional ao poder de tributar, devendo, pois, ser interpretada com a amplitude necessária para que se garanta a consecução dos seus fins.

É oportuno citar que a Suprema Corte no R.E. nº 102.141-RJ, em 18.10.85, tendo como relator o Min. CARLOS MADEIRA, assim decidiu:

"Imunidade Tributária.

Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrados."

Ao analisar-se a regra do art. 150, VI, "a", da atual Carta Superior, é mister que se compreenda as expressões "patrimônio, renda ou serviços", com a elasticidade necessária para atingir o objetivo maior da Imunidade Recíproca, qual seja, a não interferência dos Entes Políticos uns nos outros, a fim de não afetar a integralidade dos recursos, não prejudicando, pois, a prestação dos serviços ("lato sensu") à comunidade.

O mestre Aliomar Baleeiro (IN "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", Forense, 1985, pág. 95) demonstra o correto sentido de renda e patrimônio exposto no dispositivo da Constituição anterior e repetido na atual Carta; segue:

"Constituem o patrimônio todos os bens ou todas as coisas vinculadas à propriedade pública e integrantes do serviço público, móveis ou imóveis, corpóreas ou não, inclusive complexos de coisas, como uma empresa, **universitas rerum.**

A imunidade não cobre só o patrimônio, considerado como a universalidade dos bens da pessoas de Direito Público ou entidade do

art. 19, III, c, da Emenda nº 1, de 1969. Protege qualquer dos bens que o integram. Rendas não são apenas os tributos, mas também os "preços públicos" que possam provir do exercício de suas atribuições, da venda de seus bens e utilização de seus serviços".

Através desta precisa e correta interpretação das expressões "renda e patrimônio" confere-se a adequada extensão à Imunidade Recíproca, que impõe a não ingerência no patrimônio ou renda, como um todo, de cada uma das pessoas Políticas. É, portanto, a injustificada sangria dos recursos públicos ("lato sensu") de cada pessoa Política pela exigência de impostos, que se pretende evitar com a imunidade.

É conclusivo o ensinamento de GERALDO ATALIBA (IN "Estudos e Pareceres de Direito Tributário", Ed. Rev. trib., 1978, Vol. II, pág. 145/146), acerca da inadmissibilidade de uma Pessoa Constitucional ser contribuinte de imposto. Segue:

"Município, no nosso sistema constitucional, não é contribuinte de imposto, e não pode ser.

É que a Carta Constitucional vigente estabelece o princípio da imunidade tributária recíproca das pessoas públicas. Expressamente (art. 19, n. III, a).

Significa este princípio que as pessoas políticas não devem impostos uma às outras. Estão fora do alcance dos impostos. São, excluídas da possibilidade de serem sujeitos passivos de impostos.

A Constituição impede peremptoriamente que se exijam impostos reciprocamente às pessoas políticas." (grifo nosso)

DA JURISPRUDÊNCIA.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sempre se pronunciou no sentido da interpretação ampla das expressões "renda e patrimônio" referidas no art. 150,

VI, "a" da Constituição.

A mudança que ocorreu quanto ao posicionamento da Suprema Corte foi apenas no sentido de passar a reconhecer a imunidade (nas situações que envolvem os denominados "impostos indiretos") para a hipótese do Ente Público ser o contribuinte de direito, ao invés de reconhecê-la na situação de fato, como decidia anteriormente.

Neste sentido, o STF no tocante à Imunidade Recíproca (somente quanto aos "impostos indiretos") passou por duas fases distintas e antagônicas.

A primeira fase, sob forte influência do mestre Aliomar Baleeiro ficou marcada pelo entendimento de que tal imunidade, no caso dos "impostos indiretos", beneficiava as Pessoas Políticas quando estas se posicionavam na qualidade de Contribuinte de fato, ou seja, quando tais Pessoas suportavam o ônus da repercussão econômica do tributo, ao comprarem mercadorias para sua utilização, como por exemplo, mesas e cadeiras, etc. Neste sentido, cita-se diversos acordãos, basicamente relativos ao antigo Imposto de Consumo (antecessor do atual IPI): RTJ 46/18; RTJ 50/732; RTJ 52/21; e RTJ 53/836, do qual segue a ementa:

"Imunidade Recíproca. As unidades administrativas, imunes à tributação, e as empresas beneficiadas por isenção de todos os impostos federais podem, através de mandado de segurança ou outro remédio judicial idôneo, opor-se ao pagamento do imposto de consumo, exigido de fabricantes ou outros contribuintes de jure pelos fornecimentos que lhe façam."

A segunda fase, que prevalece até hoje, caracteriza-se pelo entendimento de que esta imunidade (no caso de "impostos indiretos", repita-se) beneficiava as Pessoas Políticas unicamente quando elas se posicionam na qualidade de contribuinte de direito, ou seja, quando a lei efetivamente as elegem como contribuintes de impostos, como por exemplo, quando vendiam mercadorias de sua propriedade a terceiros. Neste sentido, cite-se os seguintes

acórdãos do STF: RTJ 57/244; RTJ 73/467; RT 429/304; RDA 112/133.

Quanto ao ERE nº 68.215-SP, (IN RTJ 57/244), do Pleno, um dos pioneiros desta fase, verifica-se o teor da nova posição do SUPREMO através da análise da ementa deste acórdão, como também pelo voto do Min. Eloy da Rocha:

"Imposto de Consumo. Serviço funerário de Municipalidade de São Paulo - Imunidade: Inocorrência.

II. Ainda que figure como compradora a Entidade Pública em questão, está ela sujeita ao pagamento do imposto de consumo. Motivação. Embargos conhecidos e recebidos. Votos vencidos."

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Relator):
... procurei examinar a fundamentação do acórdão recorrido: se, por lei, contribuinte é o industrial, somente podia haver imunidade ou isenção, se ele gozasse do favor. A circunstância de, nesse, imposto, como em outros, ser contribuinte de fato o consumidor, ou nele, a final, repercutir, economicamente, o imposto, é irrelevante para o problema da imunidade.

Nada importa que o contribuinte de fato tenha imunidade ou isenção, se o contribuinte legal não a tem."

É de se mencionar também o acórdão no RE nº 73.792 (IN RDA 112/133) que resume com clareza a questão relativa às duas fases atravessadas pelo SUPREMO:

"A imunidade fiscal recíproca não tem aplicação na cobrança do imposto sobre produtos industrializados por isso que o contribuinte "de jure" é o industrial ou produtor.

Não se pode opor à forma jurídica, a realidade econômica.

Nas decisões anteriores havia predominado o ponto de vista de que a realidade econômica poderia ser oposta à forma jurídica, para o fim de identificar o contribuinte de fato, embora

estranho à relação tributária, e, em consequência, excluir a obrigação fiscal se se tratasse de pessoas jurídicas de direito público, compreendida na regra da imunidade recíproca.

Nos acórdãos recentes ficou assentada tese contrária, isto é, que não se pode opor à forma jurídica a realidade econômica e que a relação tributária se estabelece unicamente entre o poder tributante e o contribuinte ou responsável, nos termos da lei.

De acordo com a nova interpretação, a figura do contribuinte de fato passou a ser considerada estranha à relação jurídica tributária não podendo nela intervir, a qualquer título, para alegar que tem a seu favor a imunidade recíproca.

Tais acórdãos, relativos à segunda fase, deram origem à Súmula 591 do STF, que segue:

"A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados."

Como se atesta, a alteração ocorrida na SUPREMA CORTE foi a de somente se considerar imune o Ente Público, quando for ele o contribuinte de direito no caso dos impostos indiretos, e não mais na hipótese de tais entes sofrerem a repercussão econômica do tributo.

Quanto a este ponto vale esclarecer, que a distinção entre impostos diretos e indiretos tão criticada pela doutrina, baseia-se em critério puramente econômico, tendo sido elaborada pela Ciência das Finanças, com fulcro no fenômeno igualmente econômico da translação ou repercussão dos tributos. Nestes casos, há um contribuinte de direito, eleito pela lei, como sendo o efetivo sujeito passivo da obrigação tributária, e outro denominado contribuinte de fato, que é aquele que suporta o ônus da repercussão econômica do tributo.

Como restou demonstrado, o STF nunca dissentiu a respeito da exegese ampla dos termos "patrimônio, renda, ou serviços", no que tange à Imunidade Recíproca. Os acórdãos e a súmula do STF acima re-

feridos, reportam-se sempre aos impostos relativos à "circulação e produção", como o são, tipicamente, o ICMS e o IPI, e como era o Imposto de Consumo, e mesmo quanto a tais impostos nunca houve qualquer dúvida quanto à aplicabilidade desta Imunidade.

Ficou claro, que a única discussão e mudança de posicionamento ocorrida no STF foi a relativa a Imunidade para o contribuinte de direito ao invés do contribuinte de fato, na hipótese dos impostos indiretos, pois no que tange aos impostos diretos não há que se cogitar de qualquer mudança de entendimento nesta Corte.

Com o propósito de evidenciar o entendimento da AUGUSTA CORTE sobre a exegese ampla da Imunidade Recíproca vale, ainda, mencionar os seguintes acórdãos: RE nº 88.625-PR (RTJ 89/614); MS nº 18.809-DF; MS nº 18.991-DF; MS nº 19.097-DF; RE nº 88.671-RJ (RTJ-90/263; RE nº 95.885-MG (RTJ 107/1097); RE nº 93.932-MG (RTJ 118/559); RE nº 93.729 (RTJ 104/248), que face a sua exemplar ementa passa a ser citada:

"Imunidade Tributária. Instituições de Assistência Social. Patrimônio (conceito). SESI-CF, art. 19, III. a. A palavra patrimônio empregada na norma constitucional não leva ao entendimento de executar o imposto de importação e o imposto sobre produtos industrializados."

Também o extinto TFR posicionou-se em várias decisões no sentido da interpretação ampla da Imunidade Recíproca. Seguem alguns julgados nesta linha: A.C nº 35.293-AL (DJ-21.05.81); Ag. nº MS nº 65.002-AL (DJ-31.10.79); Remessa Ex-Officio nº 81.485-AL; Ap. MS nº 112.923-SP (DJ-03.09.87 e LEX-JTFR 71/224).

C O N C L U S Ã O

O tema que envolve a correta interpretação da IMUNIDADE RECÍPROCA, ainda apresenta controvérsias tanto a nível doutrinário quanto jurisprudencial.

Em passado recente, em virtude das Leis nº 8033/90 (DOU de 13.04.90) e nº 8088/90 (DOU de 01.11.90), a UNIÃO exigiu o pagamento de IOF por parte dos ESTADOS, dos MUNICÍPIOS, como também das respectivas autarquias. Tal situação gerou uma série de ações judiciais, que até hoje estão sendo decididas pelos tribunais de forma divergente (VIDE: AMS 502625/91, DJ. 10.04.92, TRF - 5ª Região; e AMS nº 104872/91, DJ 03.08.92, TRF - 1ª Região).

Sem ter a pretensão de proferir a última palavra a esse respeito, nossa posição, conforme demonstrado, é totalmente favorável a uma exegese ampla do princípio da IMUNIDADE RECÍPROCA, ou seja, abrangendo todo e qualquer imposto do Sistema Tributário Nacional, já existente ou a ser criado, por ser a única maneira de se alcançar os fins almejados, além de conferir o devido respeito ao princípio da ISONOMIA DAS PESSOAS CONSTITUCIONAIS, ambos corolários do REGIME FEDERATIVO BRASILEIRO.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS
OU

DE COMO O PAPEL ACEITA TUDO

LUÍS ROBERTO BARROSO

Prof. Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Índice Geral

NOTA PREVIA

I. CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE

A Constituição como documento jurídico. Conceito de efetividade. Tipologia das normas constitucionais. Normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas. A Constituição como fonte de direitos subjetivos. Os excessos de ambição do constituinte.

II. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONCEITO. TIPOLOGIA. FINALIDADE.

Norma jurídica e valores. Conceito de princípios. Da existência de princípios não-escritos. Princípios da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da continuidade da ordem jurídica, da interpretação conforme a Constituição. Tipologia dos princípios: fundamentais, gerais e setoriais. Finalidade dos princípios.

III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA CARTA DE 1988

Os princípios fundamentais. Os princípios gerais. Os princípios setoriais. Decisões políticas fundamentais: República, Federação e Estado de direito democrático. A separação de Poderes. Fundamentos e objetivos do Estado brasileiro: os princípios inúteis. Princípios regedores das relações internacionais. As questões políticas. A concessão de asilo.

IV. CONCLUSÃO

Nota Prévia

A vida prega peças. A História flui, por vezes, como um rio subterrâneo, que só se percebe quando irrompe na superfície, caudaloso e irresistível. É preciso olhar para trás, em esforço retrospectivo, para só então captar o encadeamento lógico do que não foi possível prever. As transformações mundiais simbolizadas pela queda do muro de Berlim se enquadram no esquema acima. Em meio aos escombros, existe no Brasil toda uma geração de pessoas engajadas, que sonharam o sonho socialista, que acreditavam estar comprometidas com a causa da humanidade e se supunham passageiras do futuro. Compreensivelmente abalada, esta geração vive uma crise de valores e de referencial.

De fato, onde se sonhou a solidariedade, venceu a competição. Onde se pensou a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. Quem imaginou a progressiva universalização dos países, confronta-se com embates nacionalistas e étnicos. Mais surpreende que tudo: os que viveram o sonho socialista não viam a hora de acordar e livrar-se dele. (Dir-se-á que a ideologia era boa, mas foi mal aplicada. Mas, aqui, o que importa são os modelos reais). É indiscutível: eles venceram. Não significa, necessariamente, que estivessem certos. Na vida, como no futebol, nem sempre vence o melhor.

Mas os que, embora derrotados, conseguiram

sobreviver intelectualmente, não perderam certos cacoetes. Um deles é o de não querer ser confundido com eles. Eles, no Brasil, não tem um conteúdo puramente ideológico de quem optou pelo modelo privatista. Eles trazem um estigma: o dos que compactuaram com toda a violência institucional que preparou o caminho do modelo vencedor.

Este trabalho procura sistematizar o estudo dos princípios do direito constitucional brasileiro, propondo a supressão ou a transferência para o preâmbulo de certas proposições constantes do corpo da Constituição. Diversas delas são identificadas como progressistas. E, por isso, eles são contra, por apego ao status quo. No fundo, todavia, muitos desses princípios são desprovidos de qualquer valia jurídica. Por isto - ou seja, por razão inteiramente diversa da deles - persegue-se aqui o ideal de extirpar da Constituição a retórica inútil, para poder das consequência às inúmeras disposições avançadas que ela abriga, sem permitir que seu potencial jurídico se dilua na convivência com abstrações implausíveis.

Em meio à avalanche liberal, e à falta de outros sucessos, é boa hora de socializar-se a dogmática jurídica, até aqui apropriada apenas por eles.

I. Constituição e Efetividade: (1)

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica, e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não-jurídico.

Disto resulta que o Direito Constitucional, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja à efetividade, Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

É à luz deste conceito básico de efetividade que se desenvolvem as idéias que se seguem.

Ao instituir o Estado, a Constituição (a) organiza o exercício do poder político. (b) define os

1) Para uma ampla análise deste tema, veja-se Luis Roberto Barroso, O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1990.

direitos fundamentais do povo e (c) estabelece princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Por via de consequência, as normas constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias:

A. Normas constitucionais de organização;

B. Normas constitucionais definidoras de direitos;

C. Normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos.

Na Carta em vigor, são exemplos de normas desta natureza as que instituem as competências do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da União, Estados e Municípios. Embora não seja sua finalidade precípua, tais normas podem eventualmente gerar situações jurídicas individuais, sob a forma de direito subjetivo. (2)

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado, ou de outro eventual destinatário da norma -- prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nesta categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos individuais, coletivos, políticos e sociais previstos na Constituição.

As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de

2) Por exemplo, qualquer indivíduo pode opor-se judicialmente a uma restrição de direito imposta pelo Estado em matéria que a Constituição haja deferido à competência dos Municípios ou da União.

exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-no em sua feição negativa. São desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art.170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art.170, VII), o apoio à cultura (art.215), o fomento às práticas desportivas (art.217), o incentivo à pesquisa (art.218), etc.

A ênfase que acima se deu quanto à existência ou não de direito subjetivo não é casual. É que esta é a situação jurídica individual mais consistente, e que enseja a tutela jurisdicional para sua proteção. Por direito subjetivo entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. (3) Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico -- que é a ação judicial -- para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.

Nesta conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para seus beneficiários -- os titulares dos direitos -- situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma, inclusive por via de ação judicial, quando não entregues espontaneamente.

Para que os conceitos acima possam realmente operar em sua plenitude, existe um pressuposto fundamental: o de que o constituinte não perca o

3) V.M. Seabra Fagundes, O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, p.169.

senso de realidade e razoabilidade. O Direito, enquanto sistema de normas, tem limites e possibilidades. O «otimismo juridicizante» de certas normas constitucionais, para utilizar a expressão de Verdu,(4) compromete a força normativa da Constituição ao pretender normatizar o inalcançável. O excesso de ambição, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, carreiam para a Constituição descrédito e desprezo. Dois exemplos ilustram a tese.

O art.368 do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais tinha a dicção seguinte:

«É garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.»

Ninguém, em sã consciência, seria contra o fato de todos terem moradia digna. Mas esta não é uma conquista que se possa obter por via de norma jurídica. Por força de uma regra de tal teor, qualquer indivíduo que demonstrasse não possuir moradia nos moldes assegurados no texto teria ação contra o poder público para recebê-la. Isto seria insensato e inviável. Assim, tal norma constitucional não poderia ser cumprida e a Constituição, enquanto documento jurídico, restaria desmoralizada.

Também o constituinte de 1988 não resistiu, muitas vezes, à tentação de salvar o mundo valendo-se de papel e tinta. Veja-se o que fez constar do art.227 da Carta em vigor:

«É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além

4) Pablo Lucas Verdu, CURSO DE DERECHO POLÍTICO, Vol. I, Madrid, 1976, p.28.

de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.»

Passados três anos de vigência da Constituição, multiplica-se o número de crianças e adolescentes entregues à própria sorte, sem qualquer operatividade da regra constitucional. Quem torna efetivos esses direitos? Pode o judiciário, em ações movidas por menores carentes, determinar, em casos concretos que lhe sejam submetidos, o cumprimento do preceito, ordenando, quem sabe, que os pais de filhos de pais desconhecidos reapareçam para ensejar a prometida convivência familiar? Tragicamente não. O dispositivo é inútil. Talvez até mesmo em um programa de partido político este texto fosse exagerado. Se não serve para nada, não deveria estar na Constituição.

Sob esta perspectiva, procede-se agora à sistematização e à análise crítica dos princípios constitucionais.

II. Princípios Constitucionais, Conceitos, Tipologia, Finalidade.

Ao prefaciар seu admirável Tratado de Direito Privado, averbou Pontes de Miranda que «os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situação da vida, criadas pelos interesses mais diversos».(5) A função social do Direito é dar valores a estas situações, interesses e bens, e regular-lhes a distribuição entre os homens.

Na fecunda fórmulação de sua teoria tridimensional do Direito, demonstrou Miguel Reale que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores. Com efeito, leciona ele, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.): um valor, que confere

5) TRATADO DE DIREITO PRIVADO, tomo I, 1954, p.IX.

determinada significação a este fato; e, finalmente, uma regra ou norma(6) que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.(7)

Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que «costuram» suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Em passagem que já se tornou clássica, escreveu Celso Antonio Bandeira de Mello:

«Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).»

«Violar um princípio é muito mais grave do

6) Por impróprio aos fins aqui perseguidos, passa-se ao largo da distinção que diversos autores fazem entre norma e regra jurídica. Para este propósito, remete-se o leitor ao trabalho de Eros Roberto Grau, A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO - INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA, Ed. RT, São Paulo, 1990, p.122 e ss.

7) TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO, 1968 e LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO, 1973, especialmente p.85 e ss.

que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...».(8)

Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca de positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora da dúvida que estes bens sociais supremos existem fora e acima das regras legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de Jorge Miranda, «o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder.»(9) Assinale-se ainda, que a idéia de princípio não se contrapõe à de norma, mas tão-somente à de preceito. As normas jurídicas é que poderão ser «normas-princípio e normas-disposições».(10)

Aliás, não é difícil identificar diversos

8) ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. RT, São Paulo, 1986, p.230.

9) MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, tomo II, Coimbra, 1983, p.197. V. também, Eros Grau, ob.cit., p.92. Aparentemente em sentido diverso é o comentário de J.J. Gomes Canotilho, em seu DIREITO CONSTITUCIONAL Coimbra, 1986, p.119: «...Quer as normas quer os princípios têm recepção positivo-constitucional (não há princípios transcendentales)». Esta afirmação é atenuada por sua admissão de que o princípio não precisa estar consagrado expressamente em qualquer preceito particular, podendo ser deduzido do sistema.

10) Idem, p.198.

princípios que não têm abrigo expresso no texto constitucional e que, no entanto, são cardeais para sua compreensão a aplicação. Confira-se.

Princípio da supremacia da Constituição. Na celebrada imagem de Kelsen para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela constratarem. (11)

Princípio da unidade da Constituição, também referido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Uma Constituição, apesar da diversidade de seu objeto, jamais apresenta elementos estanques. Isto significa que não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que situada. De outra parte, as normas constitucionais não guardam entre si relação de hierarquia. Todas têm a mesma dignidade. Por assim ser, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a evitar conflitos e contradições com outras normas constitucionais. (12)

Princípio da continuidade da ordem jurídica. Ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal pré-existente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida importará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isto, toda a legislação ordinária que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia, vale dizer, é recepcionada

11) v. German Bidart Campos, LA INTERPRETACION Y EL CONTROL CONSTITUCIONALES EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL, Ediar, Buenos Aires, 1987, p.38.

12) Na referência de Canotilho (ob.cit., p.118), o princípio da unidade é igualmente um princípio de interpretação, pois «exige tarefa de concordância prática entre normas aparentemente em conflito ou em tensão.»

pela nova ordem. Se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infra constitucional pudesse recompor inteiramente todo o domínio coberto pelas normas jurídicas anteriores. (13)

Princípio da interpretação conforme a Constituição. A verificação da inconstitucionalidade ou não de uma norma não é uma tarefa mecânica. Ela comporta nuances, temperamentos. Salvo exceções, dificilmente uma norma é ostensivamente incompatível com a Constituição. Há áreas cinzentas. Sobre tudo, as normas jurídicas, por vezes, comportam mais de uma interpretação razoável. Assim, sempre que houver uma interpretação que conduza à inconstitucionalidade da norma é outra que permita sua aplicação válida, deve o intérprete prestigiar a segunda. (14)

Com os exemplos acima se demonstrou, mesmo sem precisar recorrer à invocação mais polêmica dos chamados princípios gerais do direito, que existem diversos princípios que apesar de não se encontrarem expressos no texto constitucional ou em qualquer outro diploma escrito são de comum observância. A regra, no entanto, é que a própria constituição anuncie os princípios maiores por ela adotados.

13) É interessante observar que no Brasil este é um princípio pacificamente acatado, apesar de não-escrito (V. Caio Mario da Silva Pereira, Direito Constitucional Intertemporal, in revista Forense 304/29). A Constituição portuguesa, todavia, tornou-o expresso no art.293, onde se lê: «O direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consagrados.»

14) Desde que isto não importe em torcer o sentido da norma, subvertendo a inequívoca intenção do legislador, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Representação 1.417-DF (RTJ 126/48). V. sobre este tópico, Gilmar Ferreira Mendes, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p.284 ss.

Quanto ao seu objetivo, os princípios constitucionais ajustam-se, sem dificuldade, à tipologia das normas constitucionais desenvolvidas no item I acima. Com efeito, existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem também princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividades das leis, etc. Por igual, existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados, -- livre iniciativa, função social da propriedade, publicidade dos atos administrativos -- ou fins a serem perseguidos, como a justiça social.

É importante, também, identificar os princípios de acordo com o seu grau de importância e abrangência. Embora se tenha afirmado que todas as normas constitucionais têm o mesmo valor hierárquico, elas nem sempre desempenham o mesmo papel. (15)

Aos princípios calha a peculiaridade de irradiarem-se pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais. Nem todos os princípios, todavia, possuem o mesmo raio de atuação. Eles variam na amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Dividem-se, assim, em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.

Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas empresta Carl Schmidt. Constituem, como afirmam Canotilho e Vidal Moreira, «síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou

15) Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, não têm eles a mesma hierarquia axiológica, como bem observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988", in: Revista de Direito da in: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 42/57, 59).

indiretamente reconduzidas». (16) São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo ao que chamamos no início de princípios constitucionais de organização. Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação; república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc.

Princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural, Canotilho se refere a eles como princípios-garantia. (17)

E por fim, os princípios setoriais ou especiais, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública.

Após este esforço de sistematização, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, remarcando sua finalidade ou destinação. Cabe-lhe, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e

16) CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA, 2ª ed., vol. I, p. 66.

17) DIREITO CONSTITUCIONAL, cit., p. 122.

traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.

Em segundo lugar, aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do texto constitucional, dando unidade ao sistema normativo. Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema.

E por fim, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Exemplo desta utilidade prática do uso dos princípios vem sendo dado por Sergio Ferraz, em instigante estudo que dedicou a temas só recentemente aportados ao mundo jurídico, como doação de órgãos, inseminação artificial, "bebê de proveta" e "útero de aluguel". Diante de aspectos que difusamente se distribuíam por diferentes domínios jurídicos -- como os do direito civil, penal, administrativo --, declarou-se ele na contingência de fazer uma opção metodológica por focar as perplexidades que a matéria provocava.

"à vista do exclusivo farol capaz de solvê-las univocamente, para todos os ramos da árvore jurídica: o contraste entre as indagações e os princípios constitucionais da ordem jurídica brasileira. Com isso, a questão por certo não ganha em facilidade e simplificação, quem sabe até mais intrincada se torne. Mas ganha em certeza e segurança, pois somente princípios constitucionais podem ostentar a marca da irreduzibilidade a outros, num pensamento jurídico coerentemente concatenado," (18)

18) MANIPULAÇÕES BIOLÓGICAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA INTRODUÇÃO, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p.16.

Assentadas estas noções básicas, resta ver como surte sua aplicação sobre os princípios constitucionais escolhidos pelo constituinte brasileiro de 1988, e que proveito podem elas trazer na revisão constitucional que se avizinha.

III. Princípios Constitucionais Brasileiros

Antes de percorrer um a um os princípios fundamentais eleitos pelo constituinte de 1988, convém sistematizar, à luz dos conceitos expostos acima, levando-se em conta o texto constitucional em vigor, o quadro geral dos princípios constitucionais brasileiros. A enunciação está longe de ser exaustiva, mas pretende haver captado os mais destacados princípios, enquadrados na tipologia aqui delineada: fundamentais, gerais e setoriais.

São princípios fundamentais os seguintes:

- Princípio republicano (art.1º, caput);
- Princípio federativo (art.1º, caput);
- Princípio do Estado democrático de direito (art.1º, caput);
- Princípio da separação de Poderes (art.2º);
- Princípio presidencialista (art.76);
- Princípio da livre-iniciativa (art.1º, IV).

Aí estão as decisões políticas fundamentais do constituinte. Já no caput do art.1º, ele explicitou que preferia a forma de governo republicano em lugar da monarquia, a forma federativa de Estado e não a unitária, e que o regime de governo seria o democrático, com todo o poder emanando do povo. Remarcou a idéia de separação de Poderes -- tradicional decorrência do princípio democrático no constitucionalismo ocidental --, optou pelo presidencialismo sobre o parlamentarismo e deixou expressa sua profissão de fé capitalista ao consagrar a livre iniciativa.

Se o constituinte de 1988 não tivesse dito mais nada; se a carta se cifrasse a um único artigo que abrigasse os princípios acima, ainda assim se teriam os contornos essenciais do Estado que se pretendeu criar. Se se deixasse tudo o mais para o

legislador ordinário, não poderia ele desfigurar o modelo básico que a ele se impôs.

Figuram dentre os princípios gerais os que se seguem:

- Princípio da legalidade (art.5º, II);
- Princípio da isonomia (art.5º, caput e inciso I);
- Princípio da autonomia estadual e municipal (art.18º);
- Princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV);
- Princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI);
- Princípio do juiz natural (art.5º, XXXVII e LIII);
- Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

O elenco acima comportaria significativa ampliação, de acordo com o gosto de cada um. Há características peculiares a estes princípios, em contraste com os que se dizem fundamentais. Em primeiro lugar, eles não tem caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando desde logo situações individuais. Seu conteúdo tem menos de decisão política e mais de valoração ética, embora, de certa forma, não deixem de ser meros desdobramentos daquelas opções políticas fundamentais. Os princípios gerais, embora se possam encontrar em diferentes passagens da Constituição, concentram-se no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos (art.5º).

Os princípios setoriais ou especiais distribuem-se por diferentes títulos da Constituição e irradiam-se sobre um número limitado de normas. Sem ser exaustivo, é possível destacar os que vão

adiante mencionados, dentro das respectivas áreas de atuação:

I. Administração pública

- Princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput);
- Princípio da impessoalidade (art.37, caput);
- Princípio da moralidade (art.37, caput);
- Princípio da publicidade (art.37, caput);
- Princípio do concurso público (art.31,II);
- Princípio da prestação de contas (art.70, p.un., 34, VII, d e 35, III).

II. Organização dos Poderes

- Princípio majoritário;
- Princípio proporcional;
- Princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93 IX e X);
- Princípio da independência e da imparcialidade do juizes (arts.95 e 96);
- Princípios da subordinação das Forças Armadas ao poder civil (art.142).

III. Tributação e orçamento

- Princípio da capacidade contributiva (art. 145, III);
- Princípio da legalidade tributária (art.150, I);

- Princípio da isonomia tributária (art.150, II);
- Princípio da anterioridade da lei tributária (art.150, III);
- Princípio da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público (art.150,VI,a);
- Princípio da anualidade orçamentária (art. 165, III);
- Princípio da universalidade do orçamento (art. 165, § 5º);
- Princípio da exclusividade da matéria orçamentária (art.165, § 8º).

IV. Ordem econômica

- Princípio da garantia da propriedade privada (art. 170, II);
- Princípio da função social da propriedade (art. 170, III);
- Princípio da livre-concorrência (art. 170, IV);
- Princípio da defesa do consumidor (art. 170, V);
- Princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI);

V. Ordem social

- Princípio da gratuidade do ensino público (art. 206, IV);
- Princípio da autonomia universitária (art. 207);

- Princípio da autonomia desportiva (art.217, I);

É bem de ver que muitas vezes a Constituição se refere a princípio, quando na verdade está significando uma verdadeira finalidade, como ocorre com a «redução das desigualdades regionais e sociais» ou a «busca de pleno emprego», indicadas como «princípios» da ordem econômica no art.170. Outras vezes, embora empregue o termo princípios, a Constituição quer referir-se às regras constitucionais em geral, como se passa nos arts.25, caput e 29, caput que, ao tratarem do poder de auto-organização de Estados-membros e Municípios, impõem o respeito aos princípios da Constituição. Dentre estes «princípios» inclui-se todo o longo elenco de direitos e deveres dos servidores públicos, típicas normas de preceito, sem qualquer traço de especial abstração ou generalidade.

Após esta visão panorâmica do quadro geral dos princípios no Direito Constitucional brasileiro, passa-se agora à análise dos princípios fundamentais, em espécie, tal como coligidos no Título I da Constituição da República, cobrindo os arts. 1º a 4º. Remarque-se que esta análise é feita ao ângulo da efetividade de tais princípios, ou seja, da possibilidade real de eles se traduzirem em instrumentos da tutela judicial de situações jurídicas individuais. Uma norma jurídica que não enseje qualquer tipo de controle judicial é mera contrafação.

Não se vai aqui analisar, de forma didática e minuciosa, cada um dos princípios fundamentais, o que é papel mais próprio para os compêndios de Direito Constitucional. Cabe, todavia, percorrê-los, em comentários breves. No caput do art.1º está o princípio republicano, desenvolvido amplamente ao longo do texto, significando a eletividade dos governantes, a periodicidade de seus mandatos e a responsabilidade no exercício do poder.(19) Também

19) V. sobre o tema, Geraldo Ataliba, REPÚBLICA E CONSTITUIÇÃO, Ed. RT, São Paulo, 1985.

o princípio federativo permeia todo o texto constitucional, substanciando a descentralização política do poder, repartido verticalmente por diferentes entidades estatais. E, ainda no caput do art.1º, consagra-se também: o Estado de direito democrático, a caracterizar um regime de legalidade qualificada, onde se abrigam as idéias básicas de participação popular e justiça social.

Em seguida, no inciso I do art.1º, arrola a Carta federal como fundamento do Estado brasileiro a soberania. Filosoficamente, poder-se-ia percorrer as distinções entre princípios e fundamentos, mas esta não é a sede para tal discussão. A rigor, todavia, a soberania não precisava sequer ser mencionada, por isto que é, na verdade, pressuposto de fato da existência do Estado, integrando-lhe o próprio conceito.(20) Ela está presente, portanto, em um momento anterior à Constituição, e independe de reconhecimento expresso. Há, no entanto, certos antecedentes, notadamente em relação à questão da dívida externa, que podem tornar conveniente a explicitação da soberania como fundamento do Estado.

Com efeito, embora não tenha chegado ao conhecimento judicial por omissão do Procurador-Geral da República, na época em que detinha o monopólio da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a preservação da soberania nacional foi o fundamento de postulação da Ordem dos Advogados do Brasil para a invalidação de acordo internacional celebrado pelo Banco Central do Brasil com credores estrangeiros, sob os auspícios do Fundo Monetário Internacional. A impugnação recaía no fato de nele aceitar-se a submissão à arbitragem em foro internacional, mais precisamente em Londres e Nova York.(21)

20) V. José Afonso da Silva, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. Rt, São Paulo, 1990, p.92: «A soberania não precisava ser mencionada, porque ela é fundamento do próprio conceito de Estado.»

21) Note-se que a legislação da Grã-Bretanha (United Kingdom State Immunity Act - 1978), dos Estados Unidos (United States Foreign Sovereign

De forma redundante e, por isto mesmo, desnecessária, a «soberania nacional» volta a ser invocada no inciso I do art.170 como específico à ordem econômica. A demasia é evidente. Mencione-se que o conteúdo da idéia de «independência nacional», inscrita no inciso I do art.4º, não é diferente do de soberania, visto que esta traduz, internamente, a supremacia do Estado, ao passo que, externamente, significa a não subordinação de um Estado a outro, isto é, sua independência.

A cidadania, lançada no inciso II do art.1º, não é, naturalmente, um princípio. Tecnicamente ela traduz a titularidade de direitos políticos, que mais modernamente expressam, além da capacidade eleitoral e da capacidade eletiva, um poder de participação mais intensa do indivíduo, enquanto membro da sociedade civil, nos processos decisórios dos órgãos públicos. Em um e outro sentidos o exercício da cidadania vem desenvolvido ao longo do texto. Autonomamente, a referência a ela no elenco do art.1º é de nenhuma valia. Não organiza o Estado, não se presta à tutela de qualquer situação individual, nem tampouco se oferece como vetor de interpretação de outras normas. Uma ociosidade, portanto.(22) Note-se que o exercício da

Immunities Act - 1976) e do Canadá (Canada State Immunity Act - 1982) passaram a excepcionar formalmente o princípio tradicional da imunidade jurisdicional dos Estados em matérias da natureza comercial, isto é, não diretamente relacionadas a atos de caráter público do Estado estrangeiro. Passaram, assim, a admitir que Estado estrangeiro fosse demandado perante seus tribunais. Sobre o tema, na literatura brasileira, vejam-se José Francisco Rezek, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p.169 ss, e o excelente artigo de Jacob Dolinger, «A Imunidade Jurisdicional dos Estados», in: Revista Forense 277/53.

22) No mesmo sentido é a posição de Celso Ribeiro Bastos (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, São Paulo, 1990, p.148): «A cidadania, também fundamento de nosso Estado, é um conceito que deflui do próprio

cidadania é componente inarredável do princípio da soberania popular, consagrado no parágrafo único do mesmo art.1º.

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significado valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.

O princípio da livre iniciativa, abrigado no inciso III do art.1º, tem significação relevante, pois expressa a opção do constituinte por um específico modelo econômico: o capitalista. Sem muita necessidade, reproduz-se o mesmo princípio no caput do art.170, que inaugura o título dedicado à ordem econômica e financeira. Quem sofrer ingerência por parte do Estado em seu empreendimento privado, fora das hipóteses autorizadas na Constituição, pode invocar o princípio para, em sede judicial, invalidar e sustar os efeitos da indevida intervenção. A referência, no mesmo inciso, aos valores sociais do trabalho, tem significação predominantemente simbólica, embora se preste, idealizadamente, a conferir uma face humana e social à opção pelo modelo privatista.

Pluralismo político, acolhido no inciso V do art.1º, é antes uma expressão da moda, um casuismo semântico, do que um princípio. Decorrência natural do princípio democrático, a diversidade -- seja de partidos políticos, associações privadas, igrejas e cultos religiosos, etc. -- é componente inarredável de qualquer sociedade livre. O Texto passaria bem sem esta previsão.

O parágrafo único do art.1º traz a cláusula

princípio do Estado Democrático de Direito, podendo-se, desta forma, dizer que o legislador constituinte foi pleonástico ao instituí-lo.»

clássica da soberania popular, em dicção ligeiramente atualizada em relação aos textos anteriores: «Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.» A novidade, aí, está na referência a meios de participação popular direta. Com efeito, a Constituição encampa institutos como o plêbiscito, referendo a iniciativa popular (art. 14), que ensejam a intervenção do cidadão na condução dos negócios públicos, paralelamente à via indireta da representação parlamentar.

O art.2º reedita, também, a regra ancestral da separação dos Poderes, que acompanha o constitucionalismo moderno desde o seu batismo doutrinário, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.(23) Por ela se opera a atribuição de cada uma das funções estatais -- legislativa, administrativa e jurisdicional -- a órgãos constitucionais distintos e independentes. A verdade é que a fórmula tradicional da separação dos Poderes encontra-se desgastada pelo tempo, desajustada às novas exigências legislativas e à espera de uma ampla revisão. Esta temática vive uma singular situação em que por vezes se verifica no mundo científico, em que há uma clara percepção da inadequação do modelo vigente, sem que tenha sido possível apresentar, ainda, uma formulação alternativa satisfatória.(24)

23) Assim dispunha o art.16 da Declaração francesa: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution». O princípio da separação de poderes, já sugerido em Aristóteles, deve sua primeira formulação, nos tempos modernos, a John Locke, em sua obra célebre «Two Treatises of Government» (1690). Todavia, seu principal sistematizador foi, sem dúvida, Montesquieu, no capítulo 6º do livro XI do seu célebre tratado «De l'Esprit des Lois» (há uma recente edição brasileira da Ed.Saraiva, 1987).

24) Para uma visão crítica do quadro atual da divisão de Poderes, vejam-se: Victor Nunes Leal «A

O art.3º enuncia os «objetivos fundamentais» da República Federativa do Brasil. O inciso I descreve o primeiro deles: construir uma sociedade livre, justa e solidária. Não se está aqui diante de uma norma jurídica, nem mesmo de uma de caráter programático, mas de uma declaração de intenções. Relembre-se que a norma programática, embora in vista o jurisdicionado em uma posição menos consistente que as normas definidoras de direito (e mesmo que as de organização), tem uma específica utilidade jurídica: ela invalida todo e qualquer ato que lhe contravenha o sentido, isto é, a finalidade explicitada. Em outras palavras: ela não enseja a exigibilidade de prestações positivas, mas pode e deve ser invocada para exigir dos órgãos públicos que se abstenham de determinados comportamentos. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um relevante desiderato político, que, tal como inscrito no texto constitucional, não se presta à tutela de qualquer situação objetivamente considerada. O lugar próprio para tal declaração é o Preâmbulo.

Com efeito, embora não seja de rigor, é próprio as Constituições fazerem-se acompanhar de um preâmbulo. É comum que nele se incluam os antecedentes e o enquadramento histórico da Constituição, bem como sua justificação e seus grandes objetivos. (25) Fruto do mesmo poder constituinte, o preâmbulo integra a Constituição formal, embora o seu texto tenha mais um caráter de proclamação do que sentido normativo. Distingue-se ele do corpo da Constituição precisamente pelo tipo de eficácia

Divisão de Poderes no Quadro da Burguesia», in: CIN- CO Estudos, 1955; José Alfredo de Oliveira Baracho, PROCESSO CONSTITUCIONAL, 1984, p. 26 ss; Paulo Bonavides, DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL, 1961, p. 36; e Carlos Roberto de Siqueira Castro, O CONGRESSO E AS DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS, 1986, p. 193.

25) V. Parecer da Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte portuguesa, apud Jorge Miranda, ob. cit., p. 208.

que possui. Ele não se destina a normatizar situações jurídicas, mas a situar historicamente a Constituição e apontar diretrizes para o Estado por ela constituído. Ao contrário dos princípios, que têm uma dimensão jurídica, diretrizes têm uma acepção mais fluida, de conteúdo essencialmente político. Remarque-se: a política não é menos que o Direito. Apenas a função social de cada um deles é distinta.

Ainda quanto ao inciso I do art. 3º, é sistemático observar que mesmo a Constituição portuguesa, frequentemente adotada como modelo pelo constituinte brasileiro -- e que também não escapou, aqui e ali, de um excessivo «otimismo jurisdicante» -- reservou para o preâmbulo o objetivo de «construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.»

Igual crítica é válida, também, em relação aos incisos II e III do art. 3º, que falam em «garantir o desenvolvimento nacional» e em «erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais». Com base nestas prescrições, que pode um Estado menos favorecido da Federação demandar? Nada. Que pode um indivíduo miserável reclamar? Nada. São objetivos juridicamente vazios, embora politicamente meritórios. Se não é possível vertê-los em utilidade jurídica, mas se eles têm valia política, ética ou o que seja, seu lugar não é no corpo da Constituição, mas no preâmbulo.

O inciso IV contém a antiga e valiosa proclamação da igualdade, devendo o Estado «promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação». O princípio da igualdade ou isonomia vem repetido no caput do art. 5º. A regra tem largo alcance prático, ensejando que qualquer indivíduo que seja vítima de discriminação invoque a tutela judicial para fulminar o ato atentatório à isonomia assegurada pela Constituição. É interessante notar que em outros sistemas jurídicos, como o norte-americano e o alemão, o princípio da igualdade é uma das mais fecundas fontes de jurisprudências constitucionais. O mesmo não ocorre no Brasil, onde sua invocação é esparsa e, normalmente,

versa questões de cunho remuneratório. (26)

É especialmente interessante observar que os «objetivos fundamentais» do art.3º são tão desimportantes, ao ângulo da dogmática constitucional, que alguns dos principais comentadores da Constituição de 1988, ao tratarem dos seus quatro incisos, não conseguiram dispender mais do que meia página. (27)

Resta por fim o art.4º, que dita os princípios que devem reger o Estado brasileiro nas suas relações internacionais. Inúmeros autores têm se referido a uma denominada «constitucionalização» do direito internacional, significando a inclusão nas Constituições de princípios e regras que devem incidir sobre as relações internacionais do Estado. (28) Pela Carta brasileira de 1988, estes princípios são os seguintes:

- I. independência nacional;
- II. prevalência dos direitos humanos;
- III. auto-determinação dos povos;
- IV. não-intervenção;
- V. igualdade entre os Estados;
- VI. defesa da paz;
- VII. solução pacífica dos conflitos;
- VIII. repúdio ao terrorismo e ao racismo;

26) Sobre o tema, veja-se Luis Roberto Barroso, A Igualdade perante a Lei, in Revista de Direito Público nº 78/65.

27) José Afonso da Silva, ob.cit., p.93: 11 linhas; Celso Ribeiro Bastos, ob.cit., p.149: 9 linhas; Manoel Gonçalves Ferreira Filho p.20: 21 linhas. Todos eles cuidam do princípio da isonomia ao tratarem dos direitos e garantias (art.5º) e não ao comentarem os princípios fundamentais.

IX . cooperação entre os povos para o progresso humanidade;

X. concessão de asilo político.

O parágrafo único do art.4º, à sua vez, determina que o Brasil «buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.»

Diga-se, de plano, que, em sua maioria, estes princípios e propósitos podem ser encontrados, em linguagem idêntica ou similar, na Carta das Nações Unidas, na Carta da OEA ou em outros documentos internacionais multilaterais. De todo modo, sob a inspiração de modelos como o espanhol e o português, pareceu bem ao constituinte enunciá-los, no que contou com o aplauso de internacionalistas ilustres. (29) Sem embargo, também aqui incorreu o constituinte em um dos seus vícios mais constantes a redação prolixa, redundante, onde os conceitos se repetem ou se superpõem, sem qualquer proveito. Independência nacional, auto-determinação dos povos e não-intervenção, ainda quando não se confundam, são noções extremamente afins para serem desdobradas em normas constitucionais distintas. O mesmo se diga de defesa da paz e solução pacífica dos conflitos, bem como prevalência dos direitos

28) V. Luis Favoreu, em sua Présentation ao «Rapports Français au II Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel», reunida no volume DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROITS DE L'HOMME, Ed. Economica, 1987, p.5; J.A. Carillo Scedo, EL DERECHO INTERNACIONAL EN UN MUNDO EN CAMBIO, 1984, p.139; Celso Albuquerque Mello, «Constituição e Relações Internacionais», in A NOVA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL, Ed. Freitas Bastos, 1987, p.18.

29) V., por exemplo, Celso Albuquerque Mello, na obra coletiva COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1990, 1º volume, p.148

humanos e repúdio ao terrorismo e ao racismo.(30)

Com uma única exceção, todos estes princípios se apresentam sob a feição de normas programáticas, isto é, aquelas que não ensejam a exigibilidade de comportamentos comissivos. Mais que isto, existe ainda um outro fator a embargar-lhes a efetividade. É que embora sempre tenhamos sustentados, com veemência, que os tribunais podem invalidar qualquer comportamento do poder público que entre em conflito com algum princípio ou finalidade enunciado em norma constitucional programática, a verdade é que em certas situações existem restrições à atuação do judiciário. O controle judicial dos atos do poder público encontra um limite tradicional e justificável, representado pelas questões estritamente políticas.

De fato, é universalmente admitido que existem determinadas áreas de atuação estatal em que a técnica jurídica não é capaz de substituir certos juízos de conveniência e oportunidade que devem caracterizar os atos do governo, por se encontrarem eles fora de uma esfera de previsibilidade objetiva. Nesta área substancialmente discricionária, o papel do judiciário é limitado, e os mecanismos de controle se transferem para o âmbito político, seja pelo Legislativo, seja pela opinião pública. A teoria das questões políticas tem sido amplamente discutida na doutrina e jurisprudência norte-americanas, pelo menos desde o célebre caso *Marbury v. Madison*(31), tendo como grande marco a

30) O Ministro José Francisco Rezek, em palestra reproduzida no livro *A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - INTERPRETAÇÕES* (Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988, p.14), averbou, a propósito do art.4º: «Aí há uma redundância terminológica. Poderíamos reduzir os vários elementos dessa lista a apenas três: a independência e a autodeterminação dos povos, a não-intervenção nos assuntos domésticos do Estado, e a igualdade de todas as soberanias na cena internacional.»

31) U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

decisão da Suprema Corte no caso *Baker v. Carr*.(32) Algumas características que permitem identificar uma questão como estritamente política são as seguintes: (1) tratar-se de matéria atribuída à competência discricionária de órgão de um dos Poderes; (2) ausência de parâmetros objetivos para aferir a correção do ato praticado; (3) inexistência de lesão a direitos individuais.(33)

Remarque-se o ponto de vista aqui delineado: o poder dos tribunais para rever atos do Executivo e do legislativo tem como limite intransponível aqueles atos puramente políticos. Cabe aos tribunais a qualificação de tais atos, hipótese em que prudentemente deverão abster-se de sobrepor a sua própria descrição àquela que foi constitucionalmente deferida a algum outro órgão. Note-se, todavia, que o judiciário pode e deve verificar se a discricionabilidade foi exercitada dentro dos limites estabelecidos, limites estes representados pelos princípios e finalidades contidos explicita ou implicitamente no texto constitucional.

Todos estes comentários se fazem a propósito do fato de que, no domínio das relações internacionais, a Constituição deferiu competência predominantemente discricionárias -- isto é, políticas -- ao Executivo e ao Legislativo. Ao Judiciário restaria apenas o papel de verificar, caso alguém pudesse deduzir uma pretensão judicial, se houve inobservância dos princípios constitucionais que devem reger as relações internacionais do país. Esta tarefa não é fácil.

Suponha-se, por exemplo, que o Presidente da República celebre um acordo com a África do Sul, tendo por objeto algum tipo de intercâmbio cultural. Uma associação civil que patrocina os interesses da comunidade negra em juízo pleiteando a invalidação de tal acordo, por violação ao inciso VIII do art.4º, de vez que é incontroverso, inclu-

32) 369 U.S. 186 (1962).

33) Idem, V.na doutrina brasileira, Rui Barbosa, *COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA*, vol.IV, p.41-45: M.Seabra Fagundes, ob. cit. p.161.

sive por documentos internacionais, que a África do Sul é um país cujas instituições são tidas como racistas. Pode o juiz ou tribunal acolher o pedido e invalidar o acordo?

Imagina-se um segundo exemplo, igualmente polémico. O Presidente da República decide estabelecer relações formais com a Organização para a Libertação da Palestina (OLP) ou reconhecer o Estado por eles proclamado. Sem ingressar no mérito do tema, é inegável que parcela expressiva da opinião pública associa aquela organização com a prática de atos terroristas. Podem os tribunais, mediante provocação adequada, declarar a invalidade do ato presidencial?

Ambas as hipóteses seriam difíceis para qualquer tribunal. Ao ângulo puramente técnico, não haveria qualquer obstáculo para a atuação dos tribunais, de vez que a eles compete a interpretação da Constituição. Mas há que se reconhecer que casos como estes abrigam crises políticas em potencial ou mesmo certos constrangimentos internacionais. Nos dois casos aventados acima, e tendo em vista inexisitir violação a direito individual, caberia à discricção judicial⁽³⁴⁾ decidir se um tribunal deveria ou não enfrentar o mérito da questão. Se decidisse afirmativamente e julgasse o pedido, tal comportamento seria legítimo. Se, ao revés, considerasse imprópria ou inconveniente a intervenção judicial, escusar-se-ia de julgar a questão, invocando o seu caráter essencialmente político. Esta flexibilidade permitiria aos tribunais pesarem uma série de circunstâncias objetivas e subjetivas que devem ser levadas em conta quando questões extremamente sensíveis lhes são submetidas.

Evidencia-se, pelo que foi dito acima, que a efetividade dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais é, geralmente, muito tênue, dando a eles pouca eficácia prática. Paradoxalmente, deixou o constituinte de editar norma cujo efeito prático é de muito maior relavan-

34) Sobre o tema da discricção judicial, veja-se o interessantíssimo trabalho do Ministro da Suprema Corte de Israel, A. Barak, intitulado **Judicial**

cia: a que estabelecesse a relação entre a norma de direito interno e a de direito internacional. Por exemplo: quando um tratado internacional entra em vigor no Brasil, após percorrer os trâmites internacionais, que ocorre com o direito interno eventualmente com ele conflitante? E, na hipótese inversa, se lei posterior ao tratado dispuser de forma diversa acerca de matéria por ele regida, qual dos dois atos normativos deve prevalecer? A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm hesitado na matéria, e a nova Carta desperdiçou a oportunidade de solucionar este problema, a exemplo do que fizeram as Constituições da Alemanha, França, Espanha e Estados Unidos, dentre outras.⁽³⁵⁾

O último «princípio» referente às relações internacionais é o que vem inscrito no inciso X do art. 4º: «concessão de asilo político». A eficácia jurídica e social deste dispositivo é diferente da dos demais incisos do artigo. Aqui não se está diante de uma norma pragmática. A rigor, sequer se trata de um princípio. Cuida-se de uma interessantíssima norma humanitária, de amplo alcance, por via da qual se confere aos estrangeiros perseguidos politicamente o direito subjetivo de obterem asilo no Brasil.

Discretion, recentemente publicado pela Yale Press (o autor deste estudo somente teve acesso a uma versão não comercial do trabalho do Min. Barak). Barak designa de institutional justiciability a questão atinente à decisão do órgão judicial sobre ser apropriado ou não para um tribunal julgar determinado feito. Para uma ampla discussão desta temática, veja-se seu voto no caso Ressler V. Minister of Defense, em julgamento proferido em 12 de junho de 1988.

35) As Cartas da Alemanha (art. 25), da França (art. 55) e da Espanha (art. 96) adotam claramente a posição monista de supremacia da norma internacional sobre a interna. Nos Estados Unidos, a interpretação dada pelos tribunais ao art. 6º caracterizou o que se denomina de monismo moderado: se o tratado for posterior à lei, prevalece aquele; se a

Asilo é genericamente como a proteção dada por um Estado a refugiado político de outro Estado. Neste sentido, o asilo é sempre político. (36) Compreende ele duas modalidades asilo territorial, que é aquele concedido ao refugiado que escapou do país onde era perseguido e foi formalmente admitido em um outro Estado; e asilo diplomático, que é a proteção conferida por um Estado em área inviolável que detenha no território de outro Estado.

A idéia de asilo territorial é substancialmente simétrica à de extradição. Nota-se que a Constituição brasileira, além de prever a concessão de asilo, contém norma expressa em relação à extradição, que não será concedida em casos de «crime político e de opinião» (art.5º, LII). Todos os casos de extradição são processados perante o Supremo Tribunal Federal (art.102, g), a quem compete, portanto, aferir a natureza política ou não da ofensa imputada, como premissa lógica de sua decisão de conceder ou negar a extradição requerida.

Mais complexa é a questão envolvendo o asilo diplomático. Trata-se de instituição revivida e desenvolvida na América Latina, e que não é reconhecida quer na Europa, quer nos Estados Unidos.

lei for posterior, é ela que prevalece. No Brasil há decisões do STF que fazem supor a adesão a uma posição dualista, em que o tratado não vigora internamente, a menos que o legislador nacional edite norma expressamente acolhendo a orientação constante do tratado (v, e.g., RTJ 83/809 e RTJ 88/205).

36) Embora fosse religioso nas suas origens (v. Francesco Francione, ASILO DIPLOMÁTICO, Milão, 1973, p.2), atualmente a idéia de asilo assumiu um significado essencialmente político. Por esta razão, não é próprio usar a expressão «asilo político» como sinônimo de asilo territorial, como fazem certos autores (e.g. Eduardo Angel, EL DERECHO DE ASILO, Bogotá, 1959, p.63), porque esta é apenas uma de suas modalidades. Igualmente equivocada seria a interpretação estreita do inciso X do art.4º, para nele vislumbrar tão-somente o asilo territorial.

Seu equacionamento jurídico passa por questões delicadas como sejam: (1) determinar sua legalidade ou não à luz do direito internacional; (37) (2) determinar a quem compete a qualificação do delito como político ou não. (38) Este não é o local próprio para aprofundar este tema, que já foi objeto de importante caso submetido à Corte Internacional de Justiça, embora a ambiguidade da decisão proferida tenha deixado muitos aspectos em aberto. (39)

De todo modo, o fato é que o Estado Brasileiro reconheceu expressamente o direito de asilo, pelo que passou a ter o dever de concedê-lo. No tocante ao asilo territorial, inexistem maiores complexidades. Quanto ao asilo diplomático, o inciso X do art.4º deve ser interpretado em dois sentidos, devendo o Estado brasileiro: (1) reconhecer o asilo que venha a ser concedido por qualquer missão diplomática acreditada em seu território; (2) conceder asilo em suas missões diplomáticas acreditadas em Estados estrangeiros.

A despeito de sua forte conotação política, a concessão ou não de asilo político não é uma questão política, na acepção acima desenvolvida, por isto que afeta direitos individuais. Exatamente por isto, o Poder Judiciário pode e deve rever as decisões do Executivo fundadas no inciso X do art. 4º, para qualificar a natureza do crime imputado

37) Existem certas convenções na matéria, como as de Havana (1928), Montevideu (1933) e Caracas (1954).

38) A efetividade do direito de asilo repousa na observância de três grandes regras: (1) ele se aplica somente aos casos de perseguição política, e não aos crimes comuns; (2) a qualificação da natureza do delito deve ser feita pelo Estado que irá conceder o asilo; (3) o Estado em face do qual se concede o asilo fica obrigado à emissão de salvo-conduto e demais garantias para a saída do refugiado (V. Angel, ob.cit.).

39) The Colombian-Peruvian Asylum Case. I.C.J. Reports, 1950 e 1951.

ao solicitante do asilo. Se concluir pela natureza política da imputação, poderá ordenar a autoridade sob sua jurisdição que conceda o asilo, se lhe parecer pertinente.

IV. Conclusão

IV.1. Síntese das idéias apresentadas

Ao término do estudo levado a efeito, é possível compendiar as idéias desenvolvidas em algumas proposições objetivas, como seguem.

1. A Constituição política de um Estado, uma vez posta em vigência, transforma-se em documento jurídico. Nela não se devem incluir quaisquer proposições que não possam ser vertidas em forma e conteúdo de norma jurídica.

2. Os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída, irradiam-se por diferentes normas e asseguram a unidade sistemática da Constituição. Eles se dirigem aos três Poderes e condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas.

3. Ainda quando se caracterizem por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa, e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas individuais.

4. Em todo ordenamento jurídico existem diversos princípios não-escritos que permeiam a atuação dos órgãos públicos, e inspiram as decisões judiciais.

5. Somente há sentido em inscrever na Constituição princípios dotados de eficácia jurídica, e aptos a se tornarem efetivos, isto é, a operarem concretamente no mundo dos fatos.

6. Tendo em vista sua relevância e abrangência, os princípios constitucionais dividem-se em fundamentais, gerais e setoriais (ou especiais).

7. Princípios fundamentais são aqueles que contem as decisões políticas mais importantes do Estado, servindo de fundamento à sua organização. No Estado brasileiro destacam-se, dentre eles; a República, a Federação, O Estado de direito democrático e a liberdade de iniciativa.

8. Princípios gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas formadoras do Estado, são importantes desdobramentos dos princípios fundamentais, e se irradiam por toda a ordem jurídica. São dignos de nota, nesta categoria, os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia dos Estados e Municípios e o do acesso do Judiciário.

9. Princípios setoriais ou especiais distribuem-se por segmentos específicos da Constituição, repercutindo tão-somente sobre um título, um pequeno conjunto de normas. Dentre eles, é possível mencionar os princípios seguintes: da moralidade administrativa, do concurso público, da motivação das decisões judiciais e administrativas, da anterioridade da lei tributária, da universalidade do orçamento, da função social da propriedade e da autonomia universitária, em meio a muitos outros.

10. O constituinte de 1988, ao enunciar os princípios constitucionais, notadamente os de caráter fundamental constantes do título I da Carta em vigor, foi prolixo em alguns momentos, redundante em outros, bem como deu o rótulo de princípio a proposições vazias de conteúdo jurídico.

IV.2. Encerramento

Sem embargo das críticas acima desenvolvidas, parece-me inconveniente qualquer alteração da Constituição antes de decorridos os cinco anos previstos no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É que embora a Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, não possa visar à perenidade, (40) deve-se ter em conta que a cíclica substituição de textos que não

se consolidam deprecia o valor jurídico, sociológico e afetivo da Lei fundamental.

Por certo, seria ingênuo supor que uma sociedade marcada pelo autoritarismo anacrônico das relações políticas e sociais, envolvida em ingente esforço para atingir a contemporaneidade, pudesse ter uma Constituição com foros de definitividade. A verdade, todavia, é que, em irônico paradoxo, mal oposto tem feito a tragédia de nosso constitucionalismo pouco amadurecido: a tentativa permanente de reformar a lei maior, sob a inspiração de fatores contingenciais e efêmeros, aferidos por critérios políticos menores.

É preciso dar à Constituição a oportunidade de ser provada na prática dos poderes públicos e dos cidadãos. O país não necessita, nesta quadra atual, de choques, planos, pacotes, medidas de impacto. Um pouco de criatividade, por certo, ajudaria. Mas a vida institucional não é um video-clip. Ela exige continuidade, perseverança e um sério cometimento. Sem isto, a Constituição se transforma em uma mera «folha de papel», para utilizar a expressão de Lassalle. E, lamentavelmente, o papel aceita tudo.

40) Fabio Konder Comparato, MUDA BRASIL! UMA CONSTITUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO, Ed. Brasiliense, São Paulo, 1987, p.13.

A NOMEAÇÃO À AUTORIA

LUIZ FUX

Prof. Adjunto de Processo Civil da UERJ e Juiz de Direito

Determinadas relações de mera dependência - e que não geram para o sujeito dependente qualquer regresso contra o dominante - não apresentam caracteres perceptíveis ao mundo exterior quanto à sua titularidade, de tal sorte que, sob esse ângulo, a atividade ou o ato prestado não parecem ter sido praticados pelo real titular da relação material. Por outro lado, não é justo que alguém comprometa o seu patrimônio por ato de outrem, que, em suma, vai beneficiar-se com a atividade do sujeito dependente.

Valorando esses aspectos, instituiu o sistema processual um instrumento apto a convocar, coativamente, ao processo esse sujeito oculto das relações de dependência, criando, a um só tempo, um meio de desagrar o sujeito dependente e indicar ao eventual lesado o verdadeiro titular do pólo passivo da relação material.

A essência do instituto da nomeação à autoria, ou *laudatio actoris*, sempre foi essa, historicamente. Em Roma, a *nominatio actoris* nasceu em função da oponibilidade erga omnes do direito do proprietário de reivindicar o imóvel de quem, de fato, impedia o exercício do domínio. Em razão do seu direito real, poderia ele propor a ação contra quem obstasse ao seu *ius domini*, não necessitando indagar se o injusto apossamento tinha, como autor, o detentor ou possuidor. Após a propositura da ação e citado o detentor, cabia a este, e não ao reivindicante, trazer ao processo o verdadeiro possuidor. O servidor da posse convocava ao processo o real titular, obviando, assim, que a decisão solicitada ao Judiciário recaísse sobre a pessoa errada. Assim também ocorre hodiernamente.

Através do instituto da nomeação à autoria - ubi remeam inventio ibi vindico - o detentor, demandado em nome próprio, quer na ação real, que na ação pessoal, pelo fato da detenção em si, deve nomear à autoria o proprietário ou possuidor (47).

Dispõe o art. 62: "Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor".

É a extensão para o processo civil da teoria da aparência: error communis facit ius.

Para o demandante, àquele que detém a coisa devem ser imputados os danos ou o ato lesivo, que aponta no seu pedido inicial. Sendo de dependência ou subordinação a relação daquele que detém a coisa, deve ele indicar a pessoa em nome de quem exerce o ato de apossamento

A razão do dispositivo encontra respaldo na dispensabilidade que tem o reivindicante de investigar, a fundo, quem de fato obsta ao exercício do domínio. É, exatamente, à luz da ratio essendi da norma legal que se conclui aplicável a nomeação, tanto pelo detentor quanto pelo possuidor, malgrado a dicção do Código induza à interpretação diversa (48).

Melhor teria caminhado o legislador se insculpissem norma idêntica a que constava no Código paulista, consagrando as hipóteses de nomeação à autoria, pelo detentor e pelo possuidor, até porque ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.

Assim como o detentor, o possuidor direto não pode suportar o ônus de uma demanda que contra si foi dirigida, pelo fato de sua posse, quando ela lhe foi transmitida pelo possuidor indireto ou

47) Consulte-se por todos, com farta indicação da ratio essendi do instituto, calcada em doutrina nacional, Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, cit., v.2, p.198.

48) Adotamos a explicação pretérita de Pedro Palmeira, de ampla aplicação atual (Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos - Da oposição, cit. p. 105

"suposto proprietário". Observe-se que é a oponibilidade erga omnes do direito do reivindicante que o autoriza a propor a ação contra o possuidor direto, ainda que a causa petendi refira-se àquele que transmitiu a posse ao réu. Em contrapartida a esse direito de intentar a sua ação contra o "aparente violador", defere-se a este a possibilidade de substituir-se pelo "verdadeiro interessado em contradizer a pretensão do autor"(49).

Assente-se que a hipótese do possuidor direto substituir-se pelo possuidor indireto ou proprietário não se encaixa na moldura do art. 70 (II, do código de Processo Civil. Consoante se verá a denunciação da lide, nesse caso, visa ao exercício de ação de regresso porque o denunciante quer ver firme e inatacável a posse que lhe foi transmitida (50). Ao revés, na nomeação à autoria, o que se permite é a correção de endereçamento da ação, o ajuste da legitimatio ad causam passivam, por força da aparência de correta propositura.(51)

Conforme se tem afirmado, não se pode negar o direito de o detentor ou possuidor livrar-se de uma demanda que não lhe diga respeito, mas tão somente ao proprietário ou possuidor indireto(52).

Apesar dessa extensão ao possuidor, não se lhe aplica, analogamente, in malam partem, a sanção do art. 69 do Código.

Finalmente, convém frisar que a expressão "de-

49) Pedro Palmeira, Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos - Da oposição cit., p. 105.

50) Sobre a perfeita distinção, consulte-se Jose Alberto dos Reis, Intervenção de terceiros, p. 30.

51) No mesmo sentido em que concluimos, Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., v.3, p. 332, nota 334a, e Vicente Greco Filho, Intervenção de terceiros no processo civil, cit., p. 58

52) Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, cit., v.2, p.19.

ter em nome alheio" é equivalente a "possuidor em nome de outrem", que figurava no Código de 1939, ambas inspiradas pelo conceito de posse então vigente, e que assim se referia ao detentor e ao possuidor direto. (53)

O mesmo ocorre com a parte responsabilizada civilmente pelos prejuízos causados em coisa alheia, toda vez que o seu ato for praticado por ordem ou em cumprimento a instrução de terceiro (CPC, art. 63). Na hipótese, esse terceiro deve ser nomeado à autoria pelo réu primitivo, que se limitou a "cumprir ordens". Em ambos os casos de nomeação à autoria, pressupõe-se que os nomeantes foram acionados por força da subordinação e dependência em que se encontravam, por isso que não é justo que suportem a demanda. Assim sendo, todo ato, por eles praticado, que extrapole os limites dessa dependência, gera-lhes responsabilidade iure proprio, sendo incabível a nomeação. (54)

A nomeação à autoria é remédio exclusivo do réu, que assume, na mecânica de utilização do instituto, a denominação de nomeante.

Ao terceiro convocado coativamente, defere-se a posição de nomeado.

Tendo em vista a obrigatoriedade da parte autora obedecer à condição da ação consistente na legitimatio ad causam, e a sanção única das perdas e danos para o nomeante que não fizer a nomeação, ou convocar a pessoa errada, o desenrolar da nomeação à autoria pode resultar tão somente na convocação não aceita pelo nomeado (55). Pode, ainda, ocorrer que o próprio autor se convença da correta propositura da ação, hipótese em que não admitirá qualquer nomeação, persistindo contra a parte ré

53) Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, cit., v. 1, p. 380 e 381.

54) Humberto Theodoro Júnior, Processo de conhecimento, cit., 1984, p. 131.

55) Nessa hipótese não haverá qualquer intervenção do terceiro, mas, mero incidente processual.

originária (56).

Ao réu que estiver nas situações previstas nos arts. 62 e 63 do Código de Processo Civil incumbe, no prazo da defesa, requerer a nomeação. A nomeação só é cabível no processo de conhecimento, qualquer que seja o procedimento. Inviável, por conseguinte, na execução, uma vez que as ações mencionadas nos arts. referidos resultam em sentença, que é o título a ser posteriormente executado. Logo, raciocínio diverso viabilizaria uma execução em face do nomeado, contra quem não se formou título, vale dizer, no processo de formação de título executivo, o nomeado não participou, daí a impossibilidade de executar-se a sentença contra a sua pessoa, sob pena de grave violação do contraditório.

O juiz pode deferir ou indeferir o pedido de nomeação, sendo certo que a decisão interlocutória negativa pode ser consequência de ter o réu deixado transcorrer o prazo cabível ou a hipótese não se enquadrar nos casos dos arts. 62 e 63 do Código de Processo Civil. O que é vedado é o juiz analisar a legitimatio para deferir ou não a nomeação, porque o incidente não obsta à análise própria na fase de saneamento (57).

Deferido o pedido, o juiz deve suspender o processo, determinando a oitiva do autor sobre a nomeação, devendo este pronunciar-se em cinco dias, já que maior é o seu interesse em que a sentença se dirija contra o verdadeiro réu. O prazo é apurado da intimação, segundo as regras gerais de con-

56) Carvalho Santos (apud Frederico Marques Instituições de direito processual civil, cit., v. 2, p. 201, nota 228) afirma com muita rigidez doutrinária que "não seria justo que se impusesse ao autor a obrigação de demandar contra uma pessoa, que, a seu ver, não devia figurar como réu".

57) Vicente Greco Filho sugere solução diversa, que a nosso ver faz com que o juiz se substitua às partes na mecânica da nomeação à autoria (intervenção de terceiros no processo civil, cit., p. 60 e 61).

tagem do início e fim dos prazos processuais (CPC, art. 184).

Aceitação e recusa pelo autor. Como já se disse, pode o autor insistir na legitimidade do réu primitivo. Se assim entender, recusará o nomeado, cessando, então, a nomeação na sua primeira etapa, abrindo-se novo prazo para o réu-nomeante contestar (CPC, arts. 65 e 67) (58).

Como evidente, não pode o réu forçar o autor a aceitar a nomeação. Cumprir-lhe-á, no curso do processo, demonstrar a sua ilegitimidade passiva, com o que sonseguirá, em prejuízo do autor, a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI).

Pela mesma razão, incabível qualquer recurso do despacho do juiz que determinar o prosseguimento do processo com abertura de novo prazo de resposta.

A aceitação pelo autor resulta na anuência quanto à saída do nomeante e o ingresso do nomeado, fim para o qual a ele se impõe promover a citação deste último (CPC, art. 65). É esta uma das hipóteses de substituição das partes após a propositura da ação a que se refere o art. 264 do Código.

Em virtude da nomeação redundar na manutenção das partes originárias do processo, ou na substituição do réu, há quem negue ao instituto o caráter de intervenção de terceiro, porque esta pressupõe o ingresso do extraneus no processo das partes e, aqui, no máximo, haverá uma alteração subjetiva no processo, não co-participação do terceiro (59).

Perfilhamos entendimento contrário, porque um instituto pode a um só tempo assumir várias qualidades jurídicas.

A substituição, no caso, se opera, exatamente, por força da nomeação, que é intervenção, porque

58) Justifica-se a medida porque o empenho do réu foi o de demonstrar o cabimento da nomeação, desvirtuando a sua atenção para a defesa em si.

59) Sergio Costa, L'intervento in causa, cit., p. 113.

esta pressupõe a existência de um processo do qual não participava o terceiro nomeado, que intervém por força da convocação de uma das partes. Esta é uma das características do fenômeno.

Aceitação e recusa pelo nomeado. O ato da nomeação, em última análise vai transformar o nomeado em réu. Há uma intervenção no curso do processo de um novo réu, em posição incompatível com a parte passiva original, vale dizer, ambos não podem ser réus na mesma ação. Assim, o nomeado, como vai tornar-se o único réu, tem, pela lei, o direito de recusar a qualidade. Destarte, aceitando o autor a nomeação, e promovendo a citação, abre-se para o terceiro a oportunidade legal de dizer se aceita ou recusa a qualidade do nomeado.

Conforme o art. 67, quando o nomeado negar a qualidade que lhe é atribuída, assina-se novo prazo para o réu-nomeante contestar. Isto é, fica sem efeito a nomeação, prosseguindo-se o processo como antes.

O nomeado, à semelhança do autor, pode aceitar a qualidade, expressa ou tacitamente (CPC, art. 66). Ocorrerá a aceitação tácita quando o nomeado, apesar de citado, não comparecer ou, comparecendo, nada alegar. Em ambos os casos de aceitação há a extromissão do nomeante, prosseguindo-se contra o nomeado até a sentença final (art. 66).

Nada impede, segundo a doutrina dominante, que o nomeante assuma a posição de assistente do nomeado (60).

O nomeado deve ser citado para falar sobre a qualidade que lhe atribui o nomeante, bem como sobre o pedido do autor. Consistindo a sua convocação apenas para manifestar-se sobre a recusa ou aceitação da nomeação, e sendo esta aceita, cumpre ao juiz, então, abrir-lhe prazo para a defesa, aplicando-se analogicamente o art. 67 do diploma processual.

A recusa do nomeado impõe ao nomeante a obrigação de propor uma ação distinta contra ele, pois a lei atual não autoriza a que se lhe estendam os

60) Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, cit., p. 383.

efeitos da coisa julgada. Afinal, a sua intervenção fez-se, apenas, para negar a qualidade que lho atribuía o nomeante. Ademais, os limites subjetivos da coisa julgada reclamam, ao menos, a convocação das partes às quais ela atinge, para se manifestarem durante todo o processo e sobre o pedido, o que não ocorre com o nomeado, que se despede da relação processual com a simples recusa de sua qualidade.

Não pode haver, como evidente, aceitação pelo nomeado e recusa pelo autor, uma vez que aquele só é convocado após a manifestação deste quanto à aceitação da nomeação em si.

Severas críticas são endereçadas ao legislador por causa da ausência de disposição expressa quanto à extensão dos limites da coisa julgada, nas hipóteses de recusa maliciosa, pelo nomeado, de sua qualidade. No direito anterior, é verdade, vinculavam-se nomeante e nomeado, sem a preocupação com o problema da legitimação. A solução atual é pior. Recusada a qualidade, o terceiro exclui-se do processo, sendo-lhe inatingível a coisa julgada. Para alguns é justa a solução porque o autor deveria, de antemão, informar-se sobre quem seria, o sujeito passivo de sua reclamação (61).

Entendemos de melhor visão prática a solução que vincula o nomeado, apesar da sua recusa, o que, aliás, segue a mesma linha da denúncia da lide, em que a recusa de qualidade pelo denunciado não o isenta dos efeitos da decisão (CPC, art. 75, II). Contudo, de lege lata, não é essa a regulação legal para o problema.

Por outro lado, o acolhimento malicioso da qualidade de nomeado, não obstante gerar a extinção do processo sem análise do mérito para o autor, pode acarretar para o réu as sanções do litigante de má-fé, pela violação do dever de lealdade processual (art. 16 do CPC, que se refere ao terceiro interveniente).

Não previu a lei que o nomeado pudesse, por sua vez, nomear outros. Entretanto, subordinado a

61) Pedro Batista Martins, Comentários ao Código de Processo civil, v.1 p. 306.

nomeação à aceitação pelo autor e pelo nomeado, o problema se resume na primeira etapa, vale dizer, ou a aceitação se consuma ou prossegue o processo contra o nomeante, que pode, em caso de dúvida, formular nomeações sucessivas ou alternativas.

Finalmente, cumpre analisar a responsabilidade do nomeante. O réu, desde que verificadas as hipóteses dos arts. 62 e 63 do Código de processo Civil, tem o dever de nomear à autoria, isto é, a responsabilidade. À sua infração ao dever de lealdade processual de nomear à autoria corresponde a sanção processual de responder por perdas e danos. É um caso específico de responsabilidade por dano processual, e recompensa, de certa forma, o autor, que, em razão da não-nomeação, fatalmente, verá extinto o seu processo sem julgamento do mérito, haja vista que o réu - parte ilegítima - não providenciou, maliciosamente, o ingresso do nomeado ou convocou, dolosamente, pessoa diversa daquela em cujo nome detinha a coisa demandada (CPC, art. 69, I e II) (62).

62) Segundo Frederico Marques o preceito veio da Consolidação do Conselheiro Ribas e foi, mais tarde, incorporado a vários códigos estaduais. Sobre os textos, consulte-se Instituições de direito processual civil, cit., v.2, p. 201.

PAULO BRAGA GALVÃO

Prof. Adj. de Direito Constitucional
da UERJ e Advogado

A Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988, ao disciplinar o processo mediante o qual poderá ela ser emendada, trouxe algumas inovações em relação à sistemática do estatuto anterior atinentes à matéria, que demandam análise acurada e que certamente suscitam e suscitarão polêmicas.

No que toca à terminologia empregada pela nova Carta, verifica-se ter sido mantido o termo emenda, tal como constava do texto revogado, no sentido de que toda e qualquer modificação que nela venha a ser introduzida, independentemente de sua amplitude e de seu conteúdo, deverá consubstanciar-se em emenda à Constituição.

Já aqui desponta uma questão passível de controvérsia, na medida que a mesma Constituição no artigo 3º do Ato das Disposições Transitórias, prevê uma revisão constitucional, a ser realizada cinco anos após a sua promulgação.

Em vista desse dispositivo, José Afonso da Silva sustenta que a Constituição "acolheu a distinção entre emenda e revisão constitucional, dando a esta o sentido de reforma ampla do texto da Constituição, enquanto o processo de emendas se reserva a mudanças pontuais e circunstanciais"(1).

Não parece ser esse, porém o sentido do artigo 60 da Constituição, que não impede que a emenda possa ter uma abrangência maior, desde que, é claro, seja observado o procedimento previsto nes-

1) José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 5ª ed. rev, ampl. de acordo com a nova Constituição - São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 1989, pág. 55

se mesmo dispositivo para a sua aprovação. Em outras palavras, a diferença fundamental existente entre a emenda e a revisão constitucional repousa em aspectos processuais, pois enquanto a aprovação da emenda pressupõe obtenha ela, em dois, turnos, os votos de três quintos dos membros da Câmara e do Senado, a revisão se fará pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

A revisão Constitucional, que será realizada uma única vez, diferentemente do sistema da Constituição Portuguesa de 1976, que previu revisões periódicas de cinco em cinco anos, tem em comum com o texto da Carta Lusitana, o seu claro propósito de propiciar maior facilidade para que, após um lustro de experiência e vivência política, pudesse a Constituição, vista em seu conjunto, ser aperfeiçoada, nela se introduzindo dispositivos considerados necessários ao aprimoramento do regime democrático e ao funcionamento dos Poderes, ou dela se extirpando aqueles julgados contrários ou prejudiciais à consecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Acrescente-se que a revisão constitucional será realizada após o plebiscito previsto para o dia 7 de setembro de 1993, através do qual o eleitorado decidirá se será mantida a forma republicana de governo, ou se se restabelecerá a monarquia constitucional, bem como se persistirá o sistema presidencial de governo, ou se adotará o parlamentarismo, decisão essa que, por si só, caso seja no sentido de mudança, importará a necessidade de serem alterados inúmeros preceitos constitucionais, de forma a que a Constituição se adapte à deliberação popular.

Essa, também, a nosso ver, mais uma razão para que o constituinte houvesse buscado facilitar o processo da revisão, pois a eventual necessidade dessa adaptação do texto constitucional à definição oriunda do voto popular direto quanto à forma e ao sistema de governo deveria o quanto possível ficar infensa aos riscos de impasse no âmbito do Congresso Nacional, que seriam provavelmente maiores caso mantida fosse a exigência do quorum de três quintos de deputados e de senadores para a

sua aprovação.

Em suma, se a revisão, como é óbvio, tende a ser ampla, isto não significa que as emendas, por seu turno, não possam também abranger igualmente uma múltipla gama de extensas e profundas alterações no texto da Constituição, ainda que demandando para tanto um processo mais complexo.

Em termos da iniciativa da proposta de emenda constitucional. A Carta de 1988 mantém a regra anterior quanto à possibilidade de ser ela apresentada por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara ou do Senado, bem como pelo Presidente da República. Acrescentou, restabelecendo princípio tradicional no direito brasileiro, ainda que sem aplicação, oriundo da Constituição norte-americana, a iniciativa dos Estados, através da manifestação de mais da metade das Assembleias Legislativas.

Embora tivesse introduzido no sistema constitucional brasileiro o instituto da iniciativa popular, a Constituição de 1988 restringiu-a à matéria legislativa, não a prevendo em matéria constitucional.

Após assinalar que os diversos anteprojetos admitiam expressamente a iniciativa popular constitucional, José Afonso da Silva registra que "no plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do § 2º, do art. 74 do Projeto aprovado pela Comissão de Sistematização" (2). Mesmo assim, entende José Afonso não estar excluída a aplicação do referendo facultativo constitucional, em face do que dispõem os artigos 14 e 49, VI, que respectivamente, estabelecem que a soberania popular será exercida pelo voto direto e pelos institutos da democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo, sem especificar que este se restringiria a matéria legislativa.

No que tange às denominadas limitações circunstanciais ao poder de emendar a Constituição, a atual Lei Magna mantém igualmente princípio que vigora entre nós desde a Constituição de 1934, que

2) Idem, pág. 56

veda a modificação do texto constitucional em situações excepcionais tais como a do Estado de sítio, em que as restrições às liberdades poderiam obstar a amplitude dos debates e mesmo a livre manifestação do órgão incumbido da reforma. Na atual Constituição veda-se também a emenda da vigência do estado de defesa, que, embora de caráter menos grave e mais restrito, tem características e conseqüências similares as do estado de sítio. Ainda quanto às limitações circunstanciais, deve ser resgistrada uma inovação, qual seja a da impossibilidade de se emendar a Constituição na vigência da intervenção federal. Nesse particular, e mesmo se admitindo que a intervenção federal seja uma medida excepcional, deve-se destacar que não tem ela as características e as implicações inerentes aos estados de defesa e de sítio, nos quais necessariamente são afetadas as liberdades individuais. Em alguns casos em especial fica ainda mais difícil atinar-se com o sentido dessa limitação, pois, por exemplo, não parece justificável não se poder emendar a Constituição Federal no momento em que um Estado sofre intervenção da União para reorganizar as suas finanças, por não terem sido entregues aos Municípios receitas tributárias que lhes cabiam.

Na parte relativa às limitações materiais ao poder de emendar a Constituição, vamos encontrar alterações significativas, na medida em que o texto amplia o núcleo explicitamente imodificável da Constituição. Assim é que, além de não se admitir a proposta tendente a abolir a forma federativa do Estado, acrescenta o novo texto serem igualmente inadmissíveis as propostas tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico", "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais" (art. 6, § 4º, incisos I a IV).

A rigor, o sufrágio universal, a separação (não a independência) dos Poderes, bem como a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem constituem exemplo de limitações que estavam implícitas na Constituição anterior, na medida em que esta consagrava, mesmo que de forma por vezes contraditória com alguns de seus preceitos, princípios do regime democrático e do Estado de Direito, aos

quais são inerentes aqueles postulados ora declarados imodificáveis.

Se, em algumas Constituições mais recentes, se pode observar uma tendência à ampliação das chamadas cláusulas pétreas, como é o caso da de Portugal, cujo artigo 290 consagra um elenco de quinze matérias insuscetíveis de revisão, no caso do Brasil, essa tendência, mesmo que não de modo tão intenso, igualmente se manifesta até por motivos de ordem política, haja vista o descaso que na prática foi dado às limitações implícitas ao poder de emendar a Constituição, fazendo com que, frequentemente, se os tivesse por inexistentes, por não explícitos. O constituinte teve, pois, a sensibilidade de, em face da experiência colhida anteriormente, com a constatação do desrespeito a limitações que não estivessem explicitadas, deixar claro outros aspectos do cerne inalterável da Constituição.

Essa postura poderia levar a que se pensasse haverem sido esgotadas as limitações materiais ao poder de emendar a Constituição e, conseqüentemente, não mais se admitirem as limitações implícitas.

Não é isso, porém, o que se dá. Persistem limitações implícitas, como aliás destaca José Afonso da Silva (3), observando que das quatro categorias de normas que, segundo Nelson de Sousa Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as três seguintes (a quarta se refere aos direitos fundamentais e foi explicitada) continuam inalteráveis, pois se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda, de nada adiantaria estabelecer quaisquer limitações a esse poder. São elas: "as concernentes ao titular do poder constituinte". pois uma emenda não pode subtrair ao povo essa titularidade do poder originário que cria o próprio poder de emenda; "as referentes ao titular do poder reformador", pois seria inadmissível que o legislador ordinário estabelecesse um novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário, alterando, assim as condições da delegação que recebeu e finalmente a terceira limita-

3) Idem, pág. 60

ção implícita se refere às regras relativas ao processo da própria emenda. Quanto a essas, cabe registrar que, diferentemente da tese de Nelson Sampaio, que admite a emenda que torne mais difícil a alteração constitucional e não aceita a que a facilite, pensamos não estar a critério do poder constituinte instituído decidir sobre o grau de rigidez da Constituição, seja para aumentá-la, seja para diminuí-la.

Acrescentaríamos uma outra limitação implícita, também por motivos lógicos, qual seja a impossibilidade de o Congresso Nacional, através de emenda, suprimir qualquer das cláusulas declaradas imodificáveis, bem assim também da de introduzir novas limitações materiais, uma vez que a decisão sobre estas se inscreve no âmbito de competência privativa do poder constituinte originário, não sendo portanto lícito ao poder instituído ou derivado usurpar-lhe essa atribuição.

Ainda no que concerne às limitações materiais, importa destacar que o texto, tal como anterior, veda a proposta de emenda tendente a abolir os institutos e princípios intangíveis. Note-se, pois, que a emenda será inconstitucional não apenas se abolir algum deles, mas também se simplesmente tender a tanto. Seria o caso, por exemplo, de uma emenda que embora não eliminando formalmente a federação, retirasse dos Estados a sua capacidade de auto-organização ou parte de sua autonomia.

No que toca aos "direitos e garantias individuais", tal como se refere o inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da Constituição, é de se ressaltar que a expressão deve ser entendida no contexto sistêmico da nova Constituição, como alusiva aos direitos e garantias fundamentais, que compõem o Título II, e que englobam os direitos não apenas individuais, mas também os coletivos e os sociais, cujas regras podem evidentemente ser alteradas, desde que para ampliá-los, e nunca para restringi-los, tendendo à sua eliminação.

Ao elencar as limitações materiais, a Constituição, fugindo à tradição que vem desde 1981, deixa de declarar a intangibilidade, ao lado da forma federativa do Estado, da forma republicana do governo.

Tal omissão se explica pelo fato de o constituinte haver devolvido ao eleitorado a decisão sobre a forma de governo, se republicana ou monárquica, em plebiscito a ser realizado a 7 de setembro de 1993, conforme previsto no art. 2º das Disposições Transitórias.

Importante sublinhar, nesse passo, que tanto a decisão sobre a forma, quanto sobre o sistema de governo, ficaram reservadas exclusivamente à decisão do eleitorado, titular do poder constituinte originário, pelo que se nos afigura inaceitável que se cogite da adoção da monarquia ou do parlamentarismo, mediante emenda à Constituição.

Embora partilhemos do ponto de vista de José Afonso da Silva quando assinala haver sido "reconhecido o direito de formação de partido monarquista que atue no sentido de instaurar a Monarquia"(4), dele dissentimos quando admite que tal proposta se possa efetivar mediante emenda, pois, como se disse acima, tal decisão só poderá ser tomada pelo voto popular direto.

Questão também pertinente às limitações materiais é a de se saber se essas seriam igualmente aplicáveis à revisão constitucional a ser realizada pelo Congresso Nacional, em sessão unicameral, a partir de 5 de outubro de 1993.

Exatamente porque não se trata de uma nova assembléia constituinte, com poderes originários, mas sim de um procedimento mais simplificado que permita que a Constituição possa ser mais amplamente modificada, atentando, como se disse acima, para a experiência colhida nos primeiros cinco anos de vigência da nova Carta, parece-nos que o Congresso Nacional, nesse caso, estará exercendo o seu poder constituinte derivado, por isso mesmo sujeito aos limites fixados pela Constituição.

Entendimento contrário é sustentado por José Afonso da Silva(5), que argumenta que a possibili-

4) idem, pág. 59

5) Idem, pág. 60. No mesmo sentido, embora com argumentação um pouco diferente deve ser citada opinião de Nagib Slaibi Filho, in "Anotações à Constituição de 1988", Rio de Janeiro, Forense, pág.33.

dade de ampla mudança formal na Constituição abre exceção ao previsto no processo de emenda estabelecido no artigo 60, acrescentando que as limitações estão ligadas ao processo de emenda estatuído naquele artigo e não ao processo de revisão distintamente estabelecido em disposição transitória, que não teria sentido se fosse diferente.

O fato de a revisão propiciar a possibilidade de ampla mudança não é, como já vimos, elemento decisivo para configurar a sua não sujeição a limites, pois, através de uma emenda, se pode também operar modificações de grande extensão e profundidade, equivalentes às de uma revisão.

Sem dúvida alguma, as limitações estão vinculadas ao processo de emenda, previsto no artigo 60, mas a revisão constitucional é, na verdade, uma modalidade ou espécie de emenda, a ser votada pelo Congresso, com apenas um processo diferente e por isso mesmo expressamente previsto no texto da Constituição.

Por outro lado, a revisão não perde sentido pelo fato de se sujeitar às limitações materiais impostas às emendas, justamente pela circunstância, de grande relevância, de poder ela ser aprovada de maneira bastante mais simplificada do que a exigida como regra para as emendas.

É curioso assinalar que o raciocínio que talvez levasse a se estabelecer essa contraposição entre emenda e revisão, dando a esta última maior amplitude, a ponto de não sujeitá-la a limitações, seria o extraído da terminologia empregada pela Constituição de 1934, que distinguiu a emenda, destinada a alterações de menor profundidade, da revisão, que poderia afetar aspectos de maior relevância, como a estrutura política do Estado e a competência dos Poderes. Só que, na sistemática de 1934, e coerentemente com a gradação feita quanto ao teor da proposta de modificação constitucional, o processo de aprovação da revisão era ainda mais complexo do que o estabelecido para a emenda.

Ora, o que parece não ter sentido, ou pelo menos não ser razoável, é que se exija o voto de três quintos de Deputados e Senadores, com votação separadas em cada Casa e em dois turnos, para se aprovar uma alteração constitucional que não pode

ultrapassar os limites materiais fixados pela Constituição, e, ao mesmo tempo, admitir que os membros desse mesmo Congresso, em sessão unicameral, possam, por maioria absoluta, alterar a forma do Estado brasileiro, transformando-o em unitário.

Tomando-se, aliás, ao pé da letra, a tese de que a revisão não está sujeita a limitações, estaríamos diante da situação paradoxal de um Congresso, alçado temporariamente à condição de Assembléia Nacional Constituinte, com poderes para, até mesmo contra a deliberação plebiscitária, adotar outro sistema de governo (diretorial ou de assembléia), ou ainda rediscutir a questão da forma de governo, se monárquica ou republicana.

Um outro aspecto a ser mencionado quanto às limitações ao poder de emendar a Constituição, no novo ordenamento, está na regra do § 5º do artigo 60, segundo o qual "a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

Embora se trate, basicamente, da repetição de dispositivo análogo da Constituição revogada (art. 58, § 3º, que se referia também aos projetos de lei), cujo objetivo é o de evitar a renovação de propostas presumivelmente inviáveis, parece que teria sido melhor se se tivesse mantido também a ressalva, que constava do texto anterior, da possibilidade de reapresentação quando subscrita pela maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras.

Caberia, por último, uma referência a uma questão correlacionada ao tema deste trabalho, qual seja a da possibilidade de ser antecipada a realização do plebiscito quanto ao sistema de governo, tendo em vista a tendência cada vez mais crescente, ao menos entre os membros do Congresso Nacional, na direção do parlamentarismo.

A primeira observação a ser feita quanto a esse tema se refere ao fato de que as datas fixadas pela Assembléia Nacional Constituinte, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o foram levando em conta, pelo menos nos aspectos concernentes às normas materialmente constitucionais, as peculiaridades e circunstâncias específi-

cas que envolvem a entrada em vigência da nova ordem constitucional, de tal sorte que essas disposições se revestem de especial relevância, na medida mesmo em que só poderiam ser elas estatuídas pelo poder constituinte originário.

Assim é que, por exemplo, e apesar de alguma polêmica em torno do assunto, a Assembléia Constituinte fixou o término do mandato do então Presidente, fazendo com que tivesse duração de cinco anos, e não de seis, como previsto na Carta revogada.

Se a Assembléia Constituinte tinha poderes para reduzir o mandato do então Presidente, não os tem o Congresso Nacional, que não poderia alterar essa decisão da Constituinte, de forma a antecipar a posse do eleito em 17 de dezembro de 1989, conforme chegou a ser cogitado.

De igual modo não poderia o Congresso, e quanto a isso é verdade que não houve quem sequer insinuasse a idéia, prorrogar o mandato do então Presidente. Mas o raciocínio aqui nos parece necessariamente lógico. Só teria poderes para reduzir mandato quem tivesse poderes também para prorrogá-lo. E nesse caso, não resta dúvida de que só a Assembléia Constituinte poderia fazê-lo.

O mesmo se pode afirmar quanto ao momento de realização da revisão constitucional. Não está na livre disposição do Congresso Nacional antecipar revisão constitucional, ou adiá-la para após dez anos da promulgação da Carta de 1988.

No que se refere especificamente à data da realização do plebiscito previsto no artigo 2º das Disposições Transitórias, esse entendimento é reforçado por outros elementos decorrentes do próprio texto constitucional.

Em primeiro lugar, é de se destacar que o plebiscito foi marcado para ser realizado exatamente um mês antes do início do processo de revisão constitucional, que será tanto mais necessária, ou imprescindível mesmo, se a decisão do eleitorado importar a alteração da atual forma e atual sistema de governo.

Em segundo lugar, deve-se observar que o plebiscito em apreço deverá obrigatoriamente abranger as duas questões, não sendo, a nosso ver, possível a realização de plebiscitos específicos para cada

uma delas.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é o de que o constituinte, atento ao fato de que se trata de uma decisão política da maior significação, e atento também para a experiência histórica brasileira, em que se chegou a implantar o sistema parlamentarista sem que houvesse maior conhecimento por parte do eleitorado do que essa modificação representava, houve por bem, além de haver estabelecido um prazo razoável para maior reflexão e amadurecimento sobre o assunto, garantir a "gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público", conforme preceitua o § 1º, do artigo 2º das Disposições Transitórias. E mais, incumbiu, no § 3º. O Tribunal Superior Eleitoral de expedir as normas regulamentadoras desse artigo.

Em suma, a interpretação sistemática da Constituição de 1988, e bem assim o reconhecimento de que se trata, na espécie, de uma decisão do poder constituinte originário, que poderia até haver deixado a critério do Congresso a fixação de uma data para a realização do plebiscito, no mais tardar dentro de cinco anos, mas não o fez, decisão essa que, pelas suas características, não poder ser revista pelo constituinte derivado, tudo isso nos leva à conclusão da impossibilidade de ser antecipado o plebiscito, através do qual o eleitorado definirá sobre a manutenção ou não da forma do sistema de governo atualmente vigentes.

A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85 - artigo 5º, § 6º). (*)

PAULO CESAR PINHEIRO CARNEIRO

Prof. Adj. de Processo Civil
da UERJ e Procurador de Justiça
do Estado Rio de Janeiro.

I - EXPOSIÇÃO

1 - A proteção dos direitos difusos e coletivos (1) tem sido aperfeiçoada a cada novo diploma legal, sempre com enfoque especial para o campo da prevenção.

2 - Neste passo, já existe uma conscientização no sentido de que a proteção dos direitos difusos, via de regra, deve dar-se de forma preventiva, sob pena de tê-la, na prática, como inócua.

3 - Já em junho de 1983(2) sustentávamos a necessidade, sempre que possível, da proteção preventiva, afirmando: "os danos normalmente ocasionados pela lesão de direitos - como o envenenamento das águas de um rio por substâncias químicas lançadas durante largo período de tempo por indústrias situada a sua margem; a poluição de determinada região por fábricas ou indústrias que gerem o lançamento de fumaça tóxica; a reiterada propaganda de determinado produto considerado nocivo à saúde ou de incorporação imobiliária sem os requisitos legais; à distribuição e venda por estabelecimento comercial de produto alimentar básico com produtos químicos outros que façam mal à saúde; a

(*) - Trabalho realizado para 9º Congresso Nacional do Ministério Público - Salvador 1992.

aplicação por empresas públicas, autarquias, de verbas destinadas a fins sociais da comunidade - esgoto de região, escolas, restauração de monumentos históricos, preservação de paisagem, etc. em outros fins; dificilmente encontrarão mensuração financeira, e, o que é pior, podem ocasionar a total impossibilidade seja de sua recomposição original, restauração, correção ou cura, e mesmo da criação de situação nova idêntica àquela objeto da lesão.

Por estas razões, estes direitos devem ter, sempre que possível for, proteção preventiva, de modo a evitar a possibilidade de lesão ou impedir que ela prossiga".

4 - Nesta linha, o Código do Consumidor (Lei Nº 8.078/90), dentre outras disposições, regulou, na área preventiva, o compromisso de ajustamento de conduta, determinando, no seu artigo 113, fosse acrescentado um novo parágrafo, o 6º, ao artigo 5º da Lei que disciplina a ação civil pública(3), "verbis":

"§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

5 - Agora, torna-se necessário definir a natureza jurídica de tal medida; o que ela compreende e, portanto, os seus limites; quem está apto para promovê-la e, finalmente, o modo de realizá-la, de tal sorte, possa, na prática, servir à efetiva proteção dos direitos difusos ou coletivos objeto do compromisso de ajustamento de conduta.

6 - Tem-se falado, em sede doutrinária, que esta medida - ajustamento de conduta - representa um acordo entre um dos órgãos públicos legitimados pela Lei para a proteção judicial dos direitos difusos e aquele que, em princípio, estaria violando ou ameaçando violar um destes direitos(4).

7 - Na realidade, o conteúdo do compromisso de ajustamento de conduta está mais próximo do reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, de um dever jurídico. Não existe tecnicamente uma transação, até porque esta pressupõe concessões mútuas (artigo 1.025, do Código Civil), situação que seria impossível em sede de direitos difusos e coletivos, indisponíveis que são(5).

8 - O ajustamento de conduta, como a sua própria expressão gramatical revela, pressupõe, necessariamente, que terceiro não esteja cumprindo as exigências legais relativas à sua própria conduta ("lato sensu") e, portanto, se comprometa a fazê-lo dentro de determinado prazo, sob pena de incidência de uma cominação.

9 - Portanto, o compromisso de ajustamento de conduta não pode implicar em qualquer tipo de renúncia de direitos, ou mesmo de outras concessões que possam implicar na aceitação de uma conduta, por parte de terceiro, que não espelhe o total atendimento, de acordo com a lei, à proteção do direito difuso em discussão.

10 - Assim, não poderiam os órgãos públicos legitimados para firmar e aceitar o compromisso com terceiros concordar com uma conduta ou atividade que redundasse, exemplificativamente, somente na diminuição da poluição de um determinado rio; na veiculação de uma propaganda menos enganosa; na distribuição de um produto alimentar, revisto, que fizesse menos mal à saúde; na preservação de parte de um monumento histórico, etc...

11 - Daí, os limites da atuação dos órgãos públicos legitimados, que, repita-se, não poderão aceitar compromissos de ajustamento que possam implicar em qualquer tipo concessão, mas sim firmá-los, exigindo o estrito cumprimento da normas legais para a atividade ou conduta de terceiro em face daquele direito difuso protegido. Fora daí, qualquer cláusula ou estipulação que deixe de observar tais limites será considerada absolutamente nula, incapaz de produzir qualquer tipo de efeito.

12 - Aliás, é preciso deixar bem claro que o ajustamento de conduta não destina à proteção do terceiro, que precisa acertar a sua conduta às exigências legais, mas sim, dos destinatários indeterminados, no caso de direitos difusos, ou determináveis, no caso de direitos coletivos, a quem ele visa resguardar e proteger.

13 - O compromisso de ajustamento tanto pode ser extrajudicial, realizado no inquérito civil ou em procedimento avulso, sem homologação judicial, como judicial, realizado no processo ou levado em procedimento avulso à homologação judicial.

14 - No primeiro caso, ele vale como título executivo extrajudicial e, portanto, sujeita-se a limitações de ordem prática, permitindo somente a execução por quantia certa dos valores estipulados como cominação. Aqui não seria possível a execução específica da eventual obrigação de fazer que o terceiro tivesse se obrigado a realizar.

15 - No segundo caso, do compromisso judicial de ajustamento, ele sujeitar-se-ia à homologação judicial, criando, em consequência, título executivo judicial, capaz, portanto, de ensejar execução específica de obrigação de fazer que terceiro tenha aceito.

16 - Assim, sempre que possível, nos casos em que o compromisso de ajustamento tenha ocorrido antes da existência do processo judicial, convém seja o mesmo levado à distribuição, em forma de requerimento avulso, para possibilitar a homologação judicial, tornando-o, na prática, eficaz para alcançar seus objetivos em caso de descumprimento.

17 - Não se diga que tal tipo de procedimento extrajudicial não poderia sujeitar-se a posterior homologação, sem processo.

18 - Em primeiro lugar, porque seria num total absurdo, agressão visível à economia processual, exigir-se a distribuição de uma ação, citação e posterior compromisso de ajustamento, firmado nos autos, para, aí sim, sujeitar-se à homologação.

19 - Por outro lado, se a lei possibilita o compromisso de ajustamento, sem a presença do Juiz, valendo, portanto, como título executivo extrajudicial, por que não aceitá-lo como título judicial, com a presença do Juiz, através da competente homologação?

20 - Finalmente, deve ser observado, para os mais radicais, que a Lei Nº 7249/84 permite, expressamente, em qualquer hipótese, que "o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no Juízo competente, independente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial" (artigo 55). Portanto, não haveria nenhum óbice para a homologação direta do compromisso de ajustamento, que apesar de tecnicamente não ter conteúdo específico de transação, sujeita-se, evidentemente, às mesmas regras desta para o fim previsto no dispositivo legal acima examinado.

22 - Quanto à legitimidade para aceitar e firmar o compromisso de ajustamento de conduta, a lei concede-a, somente, aos órgãos públicos nela elencados, vedando, portanto, sua prática pelas associações.

23 - No caso do compromisso de ajustamento ser realizado por órgão público legitimado que não o Ministério Público, este último deverá, em qualquer hipótese, participar do mesmo, como interveniente, sob pena de se o ter como absolutamente ineficaz.

24 - Isto porque, em nosso País, a proteção dos direitos difusos e coletivos tem na atuação do Ministério Público o seu pilar, ainda que na qualidade de "custos legis".

25 - Toda a sistematização das leis que regulam tal proteção demonstra a obrigatoriedade da participação de órgão do M.P. sempre que esteja em jogo um direito difuso ou coletivo. Assim, exemplificativamente, a Lei Nº 7347/85, prevê: a) § 1º do artigo 5º - "O Ministério Público, se não intervier

no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei"; b) § 3º - "Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa"; c) artigo 6º - "Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção"; d) artigo 7º - "Se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis"; e) § 1º do artigo 8º - "o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis"; f) artigo 9º - "Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente". (Princípio da obrigatoriedade); g) artigo 13 - "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados"; h) artigo 15 - "Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados".

26 - Seria absolutamente ilógico que o legislador exigisse a intervenção do Ministério Público sempre que houvesse processo, presente, portanto, o Juiz, e não a exigisse nos casos de compromisso de ajustamento de conduta, onde, em regra, este último órgão não participa. Fiscaliza um processo,

que é público, mas não pode fiscalizar uma atividade que tem o mesmo objetivo (a proteção dos direitos difusos e coletivos) de natureza particular. É justamente na atividade realizada fora do processo, não pública, que a intervenção do Ministério Público seria mais importante e conveniente, não só para verificar os limites do compromisso, seu cumprimento, bem como adotar, desde logo, as medidas judiciais necessárias à eventual execução pelo seu descumprimento.

27 - Havendo necessidade de compromisso de ajustamento de conduta com terceiro, é porque este, em princípio, está violando um direito ou, pelo menos, ameaçando violá-lo, cumprindo, portanto, na forma da Lei, proceder-se à imediata comunicação ao órgão do Ministério Público, com atribuição para a defesa de tal direito, para participar do compromisso.

28 - O compromisso de ajustamento de conduta não pode representar um segredo entre determinado órgão público legitimado, cujo agente, em regra, não tem a mesma independência dos membros do Ministério Público, e terceiro. A sua publicidade, necessária, só dar-se-á com a participação deste último órgão, encarregado, por força de norma constitucional, da defesa em qualquer esfera judicial, ou extrajudicial "dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (artigo 127, "in fine", da Constituição Federal).

29 - Como legitimado, por dever de ofício, para a finalidade específica de proteção dos direitos difusos e coletivos, caberá obrigatoriamente ao Ministério Público, em caso de desinteresse do órgão público que firmou o compromisso, exigir o seu cumprimento. Para isto, é indispensável que o mesmo tenha intervido no instrumento de ajustamento de conduta.

30 - Em breve resumo, caberá ao Ministério Público, na qualidade de interveniente obrigatório no compromisso de ajustamento de conduta:

- a) Velar pela observância de seus limites, impedindo concessões não autorizadas em Lei;
- b) promover, imediatamente, as medidas judiciais que decorram do seu descumprimento.

31 - O compromisso de ajustamento de conduta é sem dúvida, do ponto de vista prático, uma das maiores inovações do Código do Consumidor, em especial no campo da prevenção, cabendo, agora, ao Ministério Público tirá-lo do papel, tornando-o uma realidade concreta.

II - CONCLUSÕES

1 - Os órgãos públicos legitimados não poderão aceitar ou firmar compromissos de ajustamento de conduta que possam implicar em concessões, mas sim firmá-los, exigindo o estrito cumprimento das normas legais para a atividade ou conduta do terceiro.

2 - O compromisso de ajustamento de conduta pode ser extrajudicial ou judicial, dependendo, respectivamente, de ter sido homologado ou não pelo Juiz competente.

3 - O compromisso de ajustamento de conduta judicial é mais recomendável, pois permite, em caso de descumprimento, a execução específica da obrigação de fazer, que terceiro tiver, eventualmente, se obrigado a realizar.

4 - Em qualquer hipótese, seja judicial ou extrajudicial, quando não figurar como parte no compromisso, deverá o Ministério Público participar do instrumento como interveniente obrigatório.

NOTAS

1 - Cabe, a partir da vigência do Código do Consumidor, a distinção entre os direitos a proteger em decorrência dos interesses em jogo. Assim os direitos difusos teriam por titulares um número indeterminado de pessoas, ligados por uma circunstância de fato, como todos os moradores de uma região, todos os consumidores de um produto, etc... Já nos direitos coletivos, seus titulares seriam um grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si e a parte contrária por uma relação jurídica base, como, por exemplo, todos os integrantes de um sindicato, todos os membros de um consórcio. Esta distinção tem relevante importância prática no campo da coisa julgada. A propósito, o nosso trabalho "A coisa julgada nas Ações Coletivas", publicado no Livro de Estudos Jurídicos nº 1, do Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, pág 199 e seguintes.

2 - "Da Tutela Preventiva dos Direitos Difusos Pelo Ministério Público", tese apresentada no 6º Congresso Nacional do Ministério Público. em junho de 1985, publicado no Livro Temas Atuais de Direito, editado pela Liber Juris, Rio de Janeiro, 1986 sob a coordenação da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Veja-se, também, sobre o mesmo tema, de nossa autoria, "O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito, Forense, 4ª edição, 1992.

3 - Tal dispositivo legal aplica-se na proteção de todo e qualquer direito difuso e coletivo, mesmo aqueles constantes do Código do Consumidor (artigo 1º, I a IV, da Lei Nº 7.347/85 e artigo 90, do Código do Consumidor, Lei Nº 8.078/90).

4 - Neste sentido: Vicente Greco Filho, in: Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, pág. 377.

5 - O prazo concedido para terceiro ajustar uma conduta poderia ser admitido como uma concessão, no caso a única possível. Todavia, este prazo não poderia exceder aquele prazo estritamente necessário para o ajustamento da conduta aos padrões legais. Daí porque o nosso entendimento de que tal compromisso não tem a natureza jurídica de transação.

PAULO CONDORCET

Prof. Titular de
Introdução ao Estudo
do Direito da
UERJ e Membro do
Instituto Brasileiro
de Filosofia

Em penetrante, sucinta e densa comunicação ao Congresso que se reuniu em Fortaleza, em julho de 1962, para comemorar o centenário de nascimento do pensador cearense, assim a inicia Miguel Reale: O que assegura a Farias Brito uma posição deveras singular na história do pensamento filosófico brasileiro é a sua perseverante preocupação de tratar dos temas filosóficos como tais, sem os dissolver em considerações de ordem sociológica ou histórica. (176) Este trecho não chega a ser exato, uma vez que parece possível acrescentar-lhe uma consideração que o tornará, de vez, completamente exato.

Com a publicação de Cantos Modernos, argumentar-se-ia que nem só de filosofia tratou FARIAS BRITO, mas, mesmo aí, as indagações abstratas estão, capitalmente, presentes, não só nos próprios poemas, como no antefácio e sobretudo nele, prenhe de considerações conceituais (177), já renunciando o futuro e exclusivo homem de pensamento. Na verdade vale a obra poética mais pelo preâmbulo,

176) Cf. nota nº 176

177) "E quando escrevo, fazendo a defesa da poesia escrevo como penso; quando faço versos, escrevo como sinto". A poesia ainda tem razão de ser? - Prefácio dos "Cantos Modernos" In: MATTOS, Carlos Lopes de, Inéditos e dispersos p.466.

mercê do escasso valor artístico daquela. O texto "realista" não merece pois nenhum reparo.

Ciente e consciente de suas próprias deficiências criativas e ideatórias, o próprio pensador executa um labor incessante de perfeccionismo em seus escritos e textos. Daí não ser correto fazerem-se ponderações críticas a livros ou trechos seus como definitivos. Todo seu estilo passou constantes vezes por reexames e revisões, quase impossibilitando o juízo crítico e alheio.

Se me fosse dado - escreve Miguel Reale - formular o juízo que me sugere o reexame ora feito das obras do pensador cearense, diria que seria infecunda a preocupação de descobrir originalidades ou contradições em seu pensamento a respeito dos temas fundamentais, diante dos quais divergem justamente seus intérpretes; em virtude da reformulação contínua que ele faz das teses que mais o apaixonam, sem haver um desenvolvimento interno coerente que corresponda a momentos de uma revisão crítica brotada de uma meditação autônoma; não sujeita aos impactos sucessivos das influências externas. (178)

Estariam aqui, provavelmente, as razões de ser da impossibilidade de acordo entre os inúmeros pesquisadores que se debruçaram sobre o fenômeno FARIAS BRITO. Sua filosofia talvez não seja admirável e encontre, mesmo, motivos de contradita, mas a figura do homem, do filósofo, esta é alvo de respeito e simpatia. (179)

Em síntese extraordinariamente feliz, Miguel Reale realça as peculiaridades capitais do homem de pensamento que foi FARIAS BRITO:

178) Cf. nota nº 176.

179) Aos que cultivam a Filosofia em sua problemática aberta à obra de Farias Brito, parecerá uma experiência filosófica intensamente vivida, concluindo por admirar, talvez, mais o filósofo do que sua Filosofia. REALE, Miguel. Lei e Direito na Concepção de Faria Brito. In: Digesto Econômico, p. 87.

- sua autenticidade no pensar, em virtude de sua fidelidade à filosofia;
- por não ser a sua filosofia uma atividade secundária, mas primordial;
- revela, efetivamente, uma sedução de apostolado, e sobretudo, "foi sem dúvida grande mérito de Farias Brito ter indagado dos pressupostos da juridicidade, subordinando a concepção do direito à concepção da vida do cosmos. (180)

Não se dará, aqui, consequência ao texto, em virtude de já ter sido, antes, examinada a problemática que ele encerra. Deve-se, entretanto, dar andamento ao que se poderia denominar de processo evolutivo do conceito de dever, de direito e de lei, que resultaria, como consequência necessária, do intuir especulativo, que, como é por todos conhecido, sofre metamorfose de época e não é igual em nenhum autor. Ora, se a filosofia, em desdobramento incessante, se modifica a cada passo, não seria de pensar que algo análogo ocorra com o direito?

Mas, nos textos de A Verdade como Regra das Ações, seu autor insiste na subordinação do ius à cosmovição "dize-me como compreendes a natureza e eu te direi qual a noção que tens do teu dever." (181)

De acordo com tal sistema, para uma concepção teocrática, o direito é "a expressão da vontade divina"

Ora, conclui Farias Brito, "se cada um deduz o

180) "... a noção de dever, e, por conseguinte, a idéia do direito somente pode ser deduzida por uma concepção do todo universal, isto é, por uma filosofia", e mais: "... ninguém poderá definir o direito senão na conformidade do prisma da sua concepção do universo". BRITO, Farias. A Verdade Como Regra das Ações, pp. 47 e 60.

181) A verdade como regra das ações, p.88

direito da concepção que tem de si mesmo e do mundo, torna-se impossível determinar um conceito de direito de validade intemporal: o que nos é dado atingir é apenas a idéia do direito". (182)

Escreve, ainda Reale que "não obstante a obscuridade terminológica de que se reveste e as dificuldades que suscita", a questão deve ser enfrentada, é preciso saber mesmo a significação da palavra conceito em contraposição à palavra idéia no modo de ver de FARIAS BRITO.

Este problema está implícito na proposição fundamental sobre a filosofia como matriz permanente do saber científico, no trânsito sempre renovado do indistinto para o distinto ou o determinado, dando ela surgimento às ciências particulares. Estas, por sua vez, na medida em que vão nascendo, provocam novos problemas que exigem novas determinações, num processamento incessante, em função da crescente obtenção da verdade, sendo, desse modo, o conhecimento o fim da evolução universal.

"Todo movimento da matéria não é senão um esforço permanente do cosmos para adquirir consciência de si mesmo". (183)

Miguel Reale assinala a influência do filósofo italiano Roberto Ardigò sobre o espírito do pensador cearense, nas questões do "distinto mentale" e do "indistinto mentale". Os respectivos desses dois vocábulos na língua portuguesa, são: determinado e indeterminado. (184)

Retomando o fio condutor da exposição de Miguel Reale sobre o pensamento britista, é de dizer que "é na escala ascendente da auto consciência cósmica que a verdade desempenha uma função

182) Idem, ibidem, p. 88

183) Idem, op. cit., p.24.

184) ARDIGO Roberto. Opere filosofiche. Pádua, vol.II, 1884, p. 129 "et passim". Observação retirada de rodapé inserido no texto de Miguel Reale: "Lei e Direito na Concepção de Farias Brito". In: Digesto Econômico, p. 88.

bivalente, ao mesmo tempo teórica e prática, como razão da realidade e razão da conduta, o que faz fundir, na concepção de Farias Brito, gnoseologia e a ética como expressões da "metafísica de verdade". (185)

Em virtude da multiplicidade das definições do direito, é bastante provável que tal fato leve a estas duas conclusões, ambas equivocadas, na opinião do filósofo: ou cada "expert" o define à luz de um só de seus elementos, deixando de lado os demais; ou, então, há realmente um conceito de direito para cada povo e para cada momento histórico. Na suposição formulada em primeiro lugar, não há como falar em conceito, uma vez que deve este abranger todo o definido; na outra suposição, não se obteve o resultado desejado, visto que o conceito de direito há de ser universal, "compreendendo todas as suas variações e mutações imagináveis" e "se o direito é relativo e variável, quem o definir, deve defini-lo tendo em vista esta circunstância". (186)

Partindo das premissas estabelecidas por Reale, começa a desenhar-se, no espírito de quantos estudam a verdade britiana, que o termo conceito pressupõe e traduz uma rígida exigência tipicamente geométrica, resultando em uma construção teórica estática, unitária e totalizadora. Estabelece o filósofo em A Verdade como Regra das Ações, como que quatro preceitos norteadores:

a) o conceito é um ponto fixo no espaço do pensamento; (187)

b) quando se diz que os conceitos são os pontos fixos do pensamento, significa isto exatamente que os conceitos são

185 - Reale, Miguel. Lei e Direito na Concepção de Farias Brito. In: Digesto Econômico, p. 89.

186 - BRITO, Farias. A verdade como regra das ações, p. 57 "et alii"

187 - Idem, op. cit., p.41.

imutáveis; (188)

- c) os conceitos são de fato posições definidas do espírito, idéias perfeitamente claras e positivas, noções devidamente definidas e delimitadas (189)
- d) o conceito é a idéia geral, é a representação universal e necessária de um fato. (190) (191)

A noção de conceito de BRITO situa-se, assim, no estático, no invariável, no fixo.

Esquemmatizando, o quadro corporifica-se em:

- a) imagem - mero ponto de partida semelhança ou vestígio das coisas que se podem conservar independentemente das próprias coisas;
- b) idéia - algo pré-conceitual, representação, única espécie perceptível, numa multiplicidade de objetos;
- c) conceito - que é já uma operação do juízo

E há quem, multidimensionando a escala hierárquica em presença, vislumbre, ainda, além da figura do conceito, a configuração de lei.

Em prosseguimento ao quadro que se elaborou, parece correto concluir que, na concepção de FARIAS, o "conceito é distinto mentale", de Roberto Ardigò e a idéia, o "indistinto mentale",

188) Idem, op. cit., p. 42.

189) Idem, op. cit., p. 44.

190) Idem, op. cit., p. 45.

191) Estes quatro "princípios" foram extraídos de monografia de Miguel Reale, "Lei e Direito na Concepção de Farias Brito", In: Digesto Econômico p. 89.

também do mesmo autor.

Assim, conforme Pfänder, (192) os conceitos são os elementos últimos de todos os pensamentos; além disso, os conceitos são entendidos como entidades lógicas ou apreendidos no curso dos atos psicológicos.

Há que, por outro lado, reconhecer a ocorrência do conceito individual subordinado ao específico, e este, ao genérico. Dessa forma, coordenação e subordinação são formas de relação de todos os conceitos entre si.

Incumbe, ainda, incluir, neste apanhado, conceitos abstratos e concretos, segundo os objetos mencionados, simples e compostos, conforme a estrutura de sua exposição verbal ou simbólica, e, sobretudo, conceitos a priori e a posteriori, segundo deduzem ou não da experiência.

Mas são como entidades lógicas que os conceitos devem ser capitalmente examinados. Que ponto de referência estará aí em questão? De que lógica se faz menção? Da lógica formal, da modal ou da dialética?

O próprio FARIAS BRITO considera que, primeiro, surge a imagem, "depois a idéia e, por último o conceito, que já é uma operação do juízo", (193) havendo, assim, uma natural seqüenciação que evoca a colocação desta questão no plano da dialética hegeliana.

A Filosofia é, precisamente, "a expressão do Espírito absoluto sob a forma de conceito", sendo este "a fórmula mais exata do espírito absoluto ou da idéia". (194) Mas o que está aqui em foco é o conceito e, deste, como que se impõe uma concepção dinâmica: o conceito dialético é dinâmico, representa o ser no seu movimento, é intrinsecamente contraditório e resume em si, na singulari-

192) MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia, verbete concepto, Tomo I, p. 320.

193) A Verdade como regra das ações, p. 52.

194) LIMA, Hermes. Introdução à ciência do Direito, 11ª ed., p. 268.

dade da idéia, a totalidade do real.

A ilação que se extrai da polêmica argüida pelo filósofo cearense se condensa na impossibilidade de formular um conceito para o direito. Por pertencer este a um tipo de realidade in fieri, não é assim possível formar "propriamente um conceito, na verdadeira significação da palavra", (195) do que seja o direito.

Em outro ângulo, impõe-se esta realidade, a de que o direito é também um fato, realidade que torna difícil e até mesmo impossível, no plano ético, "distinguir a idéia do fato, exatamente por isto, porque as idéias na ordem moral são fatos". (196)

Para o autor de A Verdade como Regra das Ações, o direito deve mesmo é ser visto como "força viva da história", como algo que se manifesta por intermédio das instituições, mas "dentro do círculo estrito do desenvolvimento mental de um indivíduo ou de um povo". (197)

A definição do direito antecedida por tantas precauções e "em nada diversa da dominante do positivismo da época", (198) apresentará, todavia, como traço diferencial, o seu caráter de provisoriedade, ao admitir Farias Brito a hipótese de um futuro desaparecimento da coisa pública.

Não se deseja reabrir a questão referente ao conceito de lei, que já foi objeto de abordagem. Ora se aspira apenas a inserir, no curso deste texto, a relevante passagem de Miguel Reale. Ela: A distinção que ele estabelece entre lei moral e lei natural é, não é demasiado frisá-la, de impressionante modernidade, a começar pela reivindicação, mais tarde firmada por Cassirer e reiterada por Kelsen, quanto a transladação do conceito

195) BRITO, Farias. A Verdade como regra das ações, p. 58.

196) Idem, op. cit. p. 59

197) Idem, op. cit. pp. 59-60

198) Idem, ibidem, pp. 59-60.

de lei, da esfera moral, onde se originara, para os domínios da natureza, e a ponderação irônica sobre a atitude daqueles que, - entusiasmados com os triunfos da física, - se equivocam pleiteando a modelagem da lei jurídica segundo a matriz da lei física... (199)

Sem colocar em dúvida o alto saber de Cassirer e de Kelsen, torna-se necessário formular algumas observações.

Não existe começo absoluto no tempo, não tem sentido perguntar pelo que vem primeiro, se A ou B, mas apenas indagar qual dessas realidades, na análise epistemológica, tem a primazia.

Há até quem julgue que o antecedente constitua a causa determinante do conseqüente. Na verdade, tal fato só ocorre em sentido relativo, pois, provavelmente, não haveria relação de causalidade com o sentido direcional do primeiro para o segundo, se este não estivesse contido sob alguma forma na possibilidade da dinâmica do primeiro. A origem de uma idéia é, aliás, um fato accidental; o essencial seria a origem de todas as idéias.

Um aspecto a que se deve dar também atenção é o problema da coação, a que FARIAS BRITO dedica pouco espaço. Admitiu, apenas aí, o caráter complementar do direito em cotejo com a moral, pelo menos na ênfase que lhe empresta Miguel Reale, ao negar que o pensador do Ceará tenha sido um adepto da teoria da coação, tese esposada por Sylvio Rabello, com vivo empenho. (200) Mas o que se sobre-

leva, em sua idéia do direito, não é a força da coação, e sim a força da verdade, fundamento da justiça, que, embora "não existe como fato, deve

199) REALE, Miguel. Lei e Direito na Concepção de Farias Brito. In: Digesto Econômico, p. 90.

200) "Mas na verdade parece que Farias Brito não confia muito na eficácia do seu sistema moral e religioso. Em certa altura apela para uma autoridade mais forte - a sanção material das leis jurídicas". (RABELLO, Sylvio. Farias Brito ou uma aventura do espírito, p. 124.)

sempre existir como ideal". (201)

Cumpra citar a lição de Stammler: "o direito é sempre uma tentativa de ser direito justo", (202) citada por Miguel Reale ao tratar da questão.

201) BRITO, Farias. A Verdade como Regra das Ações, p.62

202) REALE, Miguel. Lei e Direito na Concepção de Farias Brito. In: Digesto Econômico, p. 94.

AINDA SOBRE O LIBERALISMO FINANCEIRO NA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ : AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO.

RICARDO LOBO TORRES

Prof. Adj. de Direito Financeiro da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário. 1. O liberalismo financeiro na UERJ no regime constitucional de 1946. 2. Vida e Obra de Amilcar de Araújo Falcão. 3. A Constituição Financeira. 4. As limitações constitucionais ao poder de tributar. 5. Os princípios constitucionais financeiros. 6. O federalismo fiscal. 7. Obrigação tributária e fato gerador. 8. A Autonomia do direito tributário. 9. A interpretação jurídica. 10. As influências estrangeiras. 11. A biblioteca. 12. A reconstituição financeira e a presença de Amilcar de Araújo Falcão.

1 - O liberalismo financeiro na UERJ no regime constitucional de 1946

Em artigo anterior, publicado na segunda série dos Temas Atuais de Direito Brasileiro, começamos a examinar o liberalismo financeiro nas cátedras da Faculdade de Direito da UERJ e concentramos a nossa atenção na obra de Aliomar Baleeiro (1).

Dizíamos que, sob a égide da Constituição de 1946, floresceu no Brasil o liberalismo financeiro-

1) " O Liberalismo Financeiro na Faculdade de Direito da UERJ: Aliomar Baleeiro". In: Temas Atuais do Direito Brasileiro. Segunda Série. Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro _ Faculdade de Direito, 1989, p. 165-173.

ro, representado principalmente pelas figuras de Aliomar Baleeiro (1908-1978), Amilcar de Araújo Falcão (1928-1967), Bilac Pinto (1908-1985) e Alberto Deodato (1896-1978). Os dois primeiros exerceram o seu magistério na Faculdade de Direito da UERJ, onde pontificaram também outros mestres de tendência liberal.

Neste trabalho pretendemos recordar alguns aspectos da obra de Amilcar de Araújo Falcão, discípulo de Baleeiro. Entre os dois há diferenças acentuadas de personalidade e de estilo intelectual, embora se aproximem pelo fio comum do pensamento constitucional de corte democrático e liberal. Baleeiro exerceu atividades diversificadas (magistério, política, magistratura), deixou obra de maior extensão e tinha formação mais profunda em Economia e em Ciência das Finanças. Falcão, que morreu muito cedo, aos 39 anos, concentrava o seu labor no magistério e no trabalho de jurista, dominava melhor a técnica jurídica, mas não se dedicava à pesquisa interdisciplinar. Baleeiro sofria influência do constitucionalismo americano, enquanto Falcão proferia as fontes germânicas. Mas se complementam as obras dos dois antigos catedráticos da UERJ, como se complementam as suas atividades no magistério e nas letras jurídicas.

2. Vida e obra de Amilcar de Araújo Falcão.

Amilcar de Araújo Falcão nasceu na Bahia em 1928 e faleceu no Rio de Janeiro em 1967.

Foi aluno de Aliomar Baleeiro na Faculdade de Direito da Bahia. Transferiu-se posteriormente para o Rio de Janeiro, aqui exercendo o cargo de Assistente Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, o magistério superior e a advocacia.

Na Faculdade de Direito da UERJ - antes Universidade do Distrito Federal (até 1960) e Universidade do Estado da Guanabara (até 1975) - concluiu o doutorado, ministrou cursos de extensão sobre assuntos tributários e, por concurso público de provas e títulos, obteve a Livre Docência, em 1963, com a tese sobre o "Conceito do Fato gerador" (publicada posteriormente sob o título "Fato Gera-

dor da Obrigação Tributária" e, no ano seguinte, a Cátedra de Direito Financeiro, defendendo a tese sobre "Impostos Concorrentes na Constituição de 1946" (que se transformaria no livro "Sistema Tributário Brasileiro. Discriminação de Rendias").

Foi, ainda, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, também por concurso de provas e títulos (1964), tendo defendido a importante tese sobre a "Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório", da qual foram publicados alguns excertos.

A sua obra é extensa, compreendendo livros, teses e diversos pareceres publicados em revistas especializadas. Na bibliografia final que acompanha estas linhas indicamos a maioria de seus trabalhos, sem a pretensão todavia, de haver catalogado a totalidade de sua produção intelectual.

A bibliografia sobre o nosso autor ainda é rala. Informações preciosas a respeito de sua vida e obra podem ser encontradas nas palavras escritas para alguns de seus livros por Aliomar Baleeiro (2), Rubens Gomes de Souza (3), Gilberto de Ulhoa Canto (4), e Flávio Bauer Novelli (5). Existe, ainda, segundo

2) "Prefácio". In: FALCÃO, Amilcar de Araújo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. São Paulo, Ed. Revista do Tribunais, 1971, 2ª ed., p. 11-15; - "Prefácio". In: FALCÃO, Amilcar de Araújo. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1959, 1ª ed., p. 7-12 (reproduzido nas edições posteriores).

3) "Amilcar de Araújo Falcão: O homem", In: AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, Fato Gerador da Obrigação Tributária, cit., p. 17-24

4) "Prefácio". In: FALCÃO, Amilcar de Araújo, Direito Tributário Brasileiro. Aspectos Concretos. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1960, p. 9-12

5) "Nota do Atualizador à 3ª Edição". In: FALCÃO, Amilcar. Introdução ao Direito Tributário 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987. p/ IX-X.

informa Baleeiro (6), o prefácio escrito por Giuliani Fonrouge para a tradução argentina do livro O Fato Gerador da Obrigação Tributária.

Falcão tinha por prediletos os temas de natureza constitucional e os ligados à teoria geral do direito tributário e à interpretação. Pertence à linhagem de juristas que privilegiavam a temática fundamental da disciplina.

3. A Constituição Financeira.

Assim é que examinou atentamente o conceito da Constituição Financeira, básico para a compreensão do Estado Liberal, que inexistiu sem o sistema tributário. Apoiou-se principalmente na obra dos publicistas alemães Hettlage e Forsthoff, como indicava nas notas de rodapé (7). que depois da 2ª Guerra iniciaram instigante reflexão sobre a Constituição Tributária e o Estado de Direito.

Sugestivo observar que a doutrina posterior, contemporânea do autoritarismo inaugurado em 1964, deslembrou-se do conceito de Constituição Financeira e por isso mesmo não lhe conseguiu solidificar o vínculo com o Estado Fiscal, o que, sem dúvida, contribuiu para expansão do Estado Intervencionista e Cartorial, endividado, ineficiente e distribuidor de privilégios

7. Os princípios constitucionais financeiros.

Amílcar Falcão dedicou boa parte de sua obra ao exame dos princípios constitucionais da tributação e do orçamento, pedra angular do Estado Fiscal.

6) "Prefácio", in: A.A. FALCÃO, O Fato Gerador da Obrigação Tributária, cit., p. 14

7) Sistema Tributário Brasileiro. Discriminação de Rendas. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1965, p.9.

Preocupou-se sobremaneira com o princípio da capacidade contributiva. Recorde-se que a doutrina brasileira do seu tempo estava ensaiando os primeiros passos, que levariam à própria exclusão do princípio da Carta de 1967/69, no sentido de seguir a radicalização operada pelo positivismo italiano: ou a capacidade contributiva era um dado extrajurídico que não vincula o legislador, como queria A.D.Gianini(8), ou era a própria "causa" da cobrança dos impostos, captada magicamente na realidade social e representativa do benefício ou da contraprestação estatal, como defendia Griziotti (9). Nesse debate procurou Falcão o meio termo, seguindo em parte o caminho indicado por Baleeiro (10), e atribuiu à capacidade contributiva importância decisiva na edificação do próprio conceito de fato gerador. Disse que "o princípio da capacidade econômica inserto nas Constituições é programático, diretivo ou diretório (diretory provision), endereçando-se antes ao legislador do que à administração ou ao judiciário" (11). Averbou que o fato gerador constitui "um critério, um índice ou um indício para a aferição da capacidade econômica ou contributiva dos sujeitos aos quais se atribui. Por outras palavras, em sua essência, substância ou consistência é o fato gerador um fato econômico, ao qual o Direito empresta relevo jurídico"(12). Repudiou o conceito de causa, parecendo-lhe suficiente o de capacidade contributiva para construir a

8) Istituzioni di Diritto Tributario. Milano, Giuffrè, 1848, p.55.

9) Primi Elementi di Scienza delle Finanze. Milano, Giuffrè, 1962, p. 105.

10) Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 358.

11) O Fato Gerador da Obrigação Tributária, cit -p. 68.

12) Ibid , p. 64

noção de fato gerador (13).

Versou proficientemente sobre os princípios da legalidade e da anualidade, pontos cardeais do pensamento liberal. Soube indicar que a lei tributária assumiu caráter material e permanente com o advento do Estado de Direito, definindo-a: "é a lei tributária lei material, que confere direitos e obrigações (bilateralidade) e que corresponde a imperativos da própria existência do Estado (necessidade e imprescindibilidade)" (14). Apreciou também o problema do poder regulamentar em matéria fiscal e a sua limitação pelos princípios da reserva legal e do primado da lei (15). Mas a legalidade, em sua obra, não se esgota no predomínio da lei formal, senão que é a adequação entre a moldura legal e o conteúdo representado por princípios como o da capacidade contributiva (16).

6. Federalismo Fiscal.

Falcão dedicou muito de seus estudos ao problema do federalismo fiscal. O regime de 46, até mesmo como reação ao modelo centralizador do Estado Novo, era excessivamente municipalista. Contrastava com as idéias prevaletentes nas Federações mais adiantadas, em que o poder central assumia novos encargos financeiros e, em consequência, passava a contar com a maior soma de recursos e competência legislativa mais ampla. Falcão tentou introduzir entre nós essa concepção do novo federalismo fiscal, sem que, evidentemente, se deixasse cair no exagerado centralismo que, pendularmente, retornaria com o autoritarismo de 1967. Afir-

13) Ibid., p. 92

14) Introdução ao Direito Tributário, 3ª ed., cit., p. 31.

15) Ibid., p. 44

16) O Fato Gerador de Obrigação Tributária, cit., p. 66

ma: "concretamente, a evolução tem-se feito sentir na direção do engrossamento das competências da entidade central, o que leva alguns escritores a duvidar da persistência, em dias atuais, do próprio sistema, ou, pelo menos, a afirmar que a fórmula do federalismo dualista se teria tornado anacrônica, substituindo-se pela do chamado neofederalismo, em que a autonomia dos entes periféricos ficaria reduzida ao que lhes permitisse a interpretação dinâmica das competências federais, feita pelo legislativo federal e pelo judiciário com fundamento, inclusive, em apreciações de oportunidade. Na verdade, essa ampliação dos poderes da federação decorreu, não de uma invasão ou usurpação das prerrogativas locais, mas da revisão dos conceitos de interesse local ou nacional, determinantes da própria distribuição das competências" (17)

Outro ponto importante, muita vez esquecido entre nós: a partilha tributária é um dos subsistemas do constitucionalismo fiscal, que abrange, como outra face da mesma moeda, também o subsistema tributário nacional, entendido como a estruturação dos tributos de acordo com o assento econômico, independentemente da questão da titularidade. Falcão indicou a união indissolúvel entre os dois aspectos no próprio título do seu livro: "Sistema Tributário Brasileiro. Discriminação de Rendas".

7. Obrigação Tributária e Fato Gerador.

Embora tenha criticado a corrente doutrinária dos "glorificadores do fato gerador", Falcão o fez de modo tão suave que pode ser incluído também entre os seus adeptos (18). Partia da afirmação de que se define como "uma obrigação ex lege de Direito Público a relação jurídica através da qual

17) Sistema Tributário Brasileiro. Discriminação de Rendas, cit., p. 18.

18) O Fato Gerador da Obrigação Tributária, cit., p. 32.

a prestação de tributos é exigida pelo Estado ou outra pessoa de direito público" (19). A obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, que conceituava como "o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado" (20).

As teorias de Amílcar Araújo Falcão e a sua importância para a edificação do liberalismo devem ser examinados no contexto do direito comparado e no âmbito das idéias fiscais no Brasil. As influências mais importantes por ele recebidas vieram da obra de A. Hensel, notável tributarista germânico falecido em 1933 e, em grau menor, de Dino Jarach, jurista peninsular radicado na Argentina, que traduziu o livro do mestre alemão para o italiano. Hensel havia caracterizado a obrigação tributária pela sua vinculação à norma legal e ao fato gerador nela contido, que cria entre o cidadão e o Estado uma relação obrigacional de direito público (21), constitutiva do direito tributário material, inconfundível com o administrativo e o constitucional. Jarach também se posicionou de forma semelhante na monografia escrita sobre o fato gerador (22). As idéias de Hensel e Jarach tornaram-se relevantes para a retomada do liberalismo, posto que não diluíam no fenômeno tributário o constitucionalismo do Estado de Direito.

Claro que o pensamento de Amílcar de Araújo Falcão envelheceu, como se desatualizou também a lição Hensel (23). Hoje a teoria da relação tribu-

19) Ibid., p.25

20) Ibid., p.26

21) Diritto Tributario. Milano, Gluffrè, 1956, p.72

22) El hecho imponible. Buenos Aires, Abaledo Perrot, 1971, p.VIII.

23) Cf. SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Sistema de Derecho Financiero. Madri, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, v.1, p.56

tária se enriquece com a visão dinâmica dos processualistas e com o aprofundamento do diálogo com o constitucionalismo. Nada obstante, continua importante a sua contribuição para a história do direito financeiro do Brasil e principalmente o seu esforço contra as posições extremadas.

8. A Autonomia do Direito Tributário.

Amílcar Falcão enfrentou também o problema da autonomia do direito tributário. Não aceitava as premissas dos defensores da plena liberdade na elaboração dos conceitos tributários, que partiam da noção da relação de poder ou da só consideração econômica do fato gerador. Mas nem concordava com a teoria do primado dos conceitos do direito civil. Esposava a tese moderada de que inexistente "recepção plena de um conceito de direito privado, nem da regulação pertinente a esse direito" (24). A sua opinião coincidia com a de Hensel, que, apesar de entender que o Direito Tributário se baseia em relações jurídicas derivadas de obrigação ex lege, acabou, depois de alguma indecisão, por aderir à tese de que "os conceitos de direito civil, que disciplinam as relações jurídicas dos sujeitos de direito privado, não podem e não devem ser aplicados aos eventuais efeitos tributários" (25). Denota também a influência de Jarach, que seguia a mesma trilha, defendendo a interpretação econômica e certa autonomia na elaboração dos conceitos tributários (26).

Posição equilibrada manifestou o nosso autor também sobre o problema da autonomia da conceptualização tributária diante da partilha constitucional das receitas: "Não poderão os governos locais, quer normativamente, quer pela via da aplicação,

24) Direito Tributário Brasileiro. Aspectos Concretos, cit., p.29.

25) Op. cit., p.65

26) Op. cit., p.102

exercitar uma interpretação em matéria tributária que, embora seja legítima dentro daquele esquema da chamada Wirtschaftliche Betrachtungsweise, venha acarretar uma deslocação da implantação constitucional do tributo, tal como rigidamente fixada no texto constitucional" (27).

9. A interpretação Jurídica.

Intimamente ligado à temática da autonomia do Direito Tributário está o problema de interpretação e da integração das normas fiscais.

Deve-se a Amílcar de Araújo Falcão o melhor trabalho até hoje escrito entra nós sobre o assunto(28). Recusava as posições extremadas da "consideração econômica do fato gerador", que gerava insegurança jurídica, e da interpretação puramente literal, que caía no exagero oposto do engessamento da ordem jurídica. Defendia "a interpretação da qual se declara o que está determinado numa lei", concluindo que "todos os métodos de interpretação são compatíveis com o direito tributário(28). Discorreu excelentemente sobre a analogia, utilizável no Direito Tributário, exceto para criar a obrigação principal(29). Soube ver, pioneiramente, a dificuldade na distinção entre interpretação extensiva e analogia(30). Preocupou-se sobretudo com a interpretação justa, eis que "quando a lei tributária indica um fato, ou circunstância, como capazes de, pela sua configuração, dar lugar a um

27) Introdução ao Direito Tributário, cit., 3ª ed., p.96

28) "Interpretação e Integração da Lei Tributária", Revista de Direito Administrativo 40: 24-37, 1955. Incluído posteriormente na Introdução ao Direito Tributário, cit., 3ª ed., p.55-76

29) Introdução ao Direito Tributário, cit., 3ª ed., p.57.

30) Inib., p.58

tributo, considera esse fato em sua consistência econômica e o toma como índice de capacidade contributiva", tendo em vista que "o que interessa ao direito tributário é a relação econômica"(31).

Penas é que a lição do antigo Mestre da Faculdade de Direito da UERJ não tivesse frutificado. Fenecendo a ordem liberal logo depois, a interpretação jurídica foi colocada em camisa-de-força pelas inusitadas normas do Código Tributário Nacional (arts. 7º-112), que privilegiaram a interpretação literal e formalista, inibiram a construção jurisprudencial e institucionalizaram a ideologia da segurança jurídica desvinculada da justiça.

10. AS influências Estrangeiras.

Não se pode tentar fazer a historiografia das idéias jurídicas no Brasil sem a perspectiva do direito comparado, ao fito de detectar as influências recebidas, dado que vivemos em um contexto cultural que repulsa o isolacionismo.

A vigência liberal no pensamento tributário brasileiro no período do constitucionalismo de 1946-1964 denota duas influências principais: a norte-americana, refletida na obra de Baleeiro e Bilac Pinto, e a alemã, projetada nos trabalhos de A. Falcão. A influência italiana, de índole formalista, positivista e anti-liberal, se fez sentir principalmente sobre Rubens Gomes de Souza e se deve antes de tudo às indicações bibliográficas oferecidas aos juristas brasileiros por Tulio Ascarelli, em sua passagem por São Paulo, embora ele mesmo não fosse adepto daquelas idéias(32).

Coube a Falcão retomar a antiga tradição do germanismo, tão fecunda na cultura fiscal brasileira. O ingresso do liberalismo no pensamento luso-brasileiro encontrou o terreno previamente preparado pela geração iluminista do tempo de Pomal (Verney, Thomas Antonio Gonzaga, Alexandre de

31) Inib., p.74

32) Inib., p.68

Gusmão) que, abraçando as novas idéias do cameratismo e da Aufklärung alemã (Pufendorf, Wolf, Thomasio, Von Justi, Sonnenfels, Martini), promoveu a crítica aos privilégios da nobreza e do clero e contribuiu para a edificação do conceito de poder tributário. As gerações seguintes de financeiros e tributaristas se afastaram da influência germânica, que, entretanto, continuou a se fazer sentir em outros ramos do direito (Tobias Barreto, Clovis Bevilacqua, Carlos Maximiliano). Com a obra de Falcão é que se deu o reencontro com as fontes alemãs, principalmente com os autores acima citados (Hensel, Hettlage, Forsthoff) e com outros abundantemente referidos na obra do antigo Catedrático da UERJ (Merk, Nawiaski, O. Bühler, etc.). O reencontro com a tributarística germânica foi auspicioso porque viria a se aprofundar nos trabalhos publicados posteriormente por inúmeros juristas (Flávio Bauer Novelli, Ruy Barbosa Nogueira, Brandão Machado).

É bem de ver que, embora fosse maior o diálogo com a cultura germânica, não deixou Falcão de acompanhar o desenvolvimento do direito financeiro na França, nos Estados Unidos, na Itália e na Espanha, sendo encontrada a influência de outros autores sobre a sua obra, como, por exemplo, o italiano Berliri e o francês Trotabas.

11. A Biblioteca.

Falcão organizou excepcional biblioteca jurídica, especializada em Direito Financeiro. Pertence hoje à Faculdade de Direito da UERJ e se encontra no 8º andar do Campus.

Duas características principais, a denotar facetas da personalidade do nosso autor, podem ser apreendidas no exame do acervo bibliográfico. A primeira é que Falcão estava atualizadíssimo com a produção intelectual das nações mais adiantadas, já que recebia os livros pouco tempo depois de publicados, e, em alguns casos, no mesmo ano da edição. A outra é que o jurista era leitor atento e incansável, que procedia a anotações à margem dos livros e que sublinhava todas as passagens re-

putadas importantes. O acervo contém as principais obras escritas na Alemanha, nos Estados Unidos, na Itália, na França e em outros países cultos nas décadas de 1950 e 1960, sendo muito rico também em livros editados anteriormente.

Pode-se dizer, sem exagero, que a biblioteca deixada por Amilcar Falcão é a melhor existente no Brasil sobre Direito Financeiro, formada até os anos 60. Parece-nos importante a informação porque o acervo se encontra aberto aos estudiosos e o Brasil é pobre na manutenção e conservação de bibliotecas jurídicas. Sabe-se, por exemplo, que no Rio de Janeiro, desde que o autoritarismo tecnocrático criou a ideologia de que o futuro do País dependia do saber econômico, há inúmeras bibliotecas daquela especialidade (IPEA, FGV, PUC, etc.), nas quais se podem encontrar em triplicata as principais revistas editadas nos Estados Unidos e nos demais centros produtores de cultura econômica. No que concerne às bibliotecas jurídicas, entretanto, poucos livros e revistas recentes existem à disposição do público. De modo que a informação em direito é objeto do esforço individual de professores e pesquisadores. Essa, aliás, é uma antiga carência da cultura jurídica brasileira. Ao tempo da colônia chamava a atenção a biblioteca do Cônego Luis Vieira da Silva em Minas Gerais, que continha as obras mais importantes do seu tempo e que foi arrecadada na devassa da Inconfidência Mineira(33). A biblioteca particular de Rui Barbosa, que ora compõe o acervo da Casa que leva o seu nome, até hoje é ponto de encontro obrigatório para os que se interessem pelos assuntos jurídicos, inclusive tributários, em que pontificou o grande brasileiro. A biblioteca de Francisco Campos, agora anexa a da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, é riquíssima em direito constitucional e administrativo. A biblioteca do jurista português Marcelo Caetano, faleci-

33) CF. Nogueira, Ruy Barbosa. "A Contribuição de Tullio Ascarelli para a Formação da Doutrina Jurídico tributária no Brasil". Direito Tributário Atual, 1990, v.10, p.2727 e 2735.

do no Brasil, pertence à Universidade Gama Filho e se destaca pelos livros jurídicos e de história de Portugal. Em tema de direito tributário e financeiro, todavia, é diminuta a oferta, talvez reduzida às bibliotecas das Faculdades de Direito da USP e da UERJ, esta última pelo acervo deixado por Amilcar de Araújo Falcão.

12. A Reconstituição Financeira e a Presença de Amilcar de Araújo Falcão.

No momento em que o Brasil se reconstitui financeiramente e volta a desenhar o seu futuro segundo os princípios básicos do liberalismo e do Estado Social de Direito, torna-se importante a reflexão sobre a vida e a obra de intelectuais como Amilcar de Araújo Falcão. Em todo o mundo é cada vez maior o interesse e a admiração pela obra de Albert Hensel(34), que tanto influenciou o antigo mestre da UERJ. É hora, pois, de recuperar a memória das figuras básicas do nosso liberalismo financeiro.

34) Cf. FRIEIRO, Eduardo. O Diabo na Livraria do Cônego. São Paulo, Ed. Itatiaia/EDUSP, 1981.

35) Cf. P. KIRCHHOF, "Albert Hensel, Forascher eines rechtsstaatlich gebundenen, systematischen steuerrechts", Steuer und Wirtschaft 1983, p.357; RUIZ GARCIA, José Ramón. "Albert Hensel, a los cincuenta anos de su muerte". CIVITAS 43: 429-431, 1984.

BIBLIOGRAFIA

Obra de Amilcar de Araújo Falcão

1. Livros

Novo Imposto do Selo Explicado. Rio de Janeiro, Coelho Branco, 1959.

Introdução ao Direito Administrativo. Rio de Janeiro, DASP, 1960. 107 P.

Direito Tributário Brasileiro. Aspectos Concretos. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1960. 387 p.

Sistema Tributário Brasileiro. Discriminação de Rendas. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1965. 156p.

"A Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório no Sistema Constitucional Brasileiro". In: Os Empréstimos Compulsórios. Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1965, p.7-27.

Introdução ao Direito Tributário. 1ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1959, 181 p.

Introdução ao Direito Tributário. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976. 156 p.

Introdução ao Direito Tributário. 3ª ed. Revista e atualizada por Flavio Bauer Novelli. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 128 p.

Fato Gerador da Obrigação Tributária. 1ª ed. Rio de Janeiro, Ed. financeiras, 1964, 186 p.

Fato Gerador da Obrigação Tributária. 2ª, 3ª e 4ª ed. Atualizadas por Geraldo Ataliba. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971, 1974, 1977. 160 p.

El Hecho Generador de la Obligación Tributaria. Trad. esp. Buenos Aires, Depalma, 1964.

2. Teses

Conceito de Fato Gerador. Tese de Livre Docência - UERJ. Rio de Janeiro, mim., 1963. 165 p.

Impostos Concorrentes na Constituição de 1946. Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Financeiro na UERJ. Rio de Janeiro, mim., 1964. 208 p.

Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório. Tese do Concurso para a Cátedra de Direito Financeiro na antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro, mim., 1964. 173 p.

3. Pareceres e Artigos Publicados em Revistas.

"Interpretação e integração da lei tributária". Revista de Direito Administrativo 40:24-37, 1955.

"O direito tributário: sua conceituação, natureza e autonomia". Revista de Direito Administrativo 38:494-505, 1954.

"O problema das fontes do Direito Tributário". Revista de Direito Administrativo 41:13-32, 1955.

"Imposto de indústria e profissões. Tributo discriminativo. Isonomia. Fato Gerador. Imposto de vendas e consignações". Revista de Direito Administrativo 45:577-587, 1956.

"Autonomia dos governos locais em matéria tributária". Revista de Direito Administrativo 47:1-12, 1957.

"Funcionário público. Equiparação de vencimentos. Igualdade perante a lei". Revista de Direito Administrativo 49:495-500, 1957.

"Imposto de consumo, Fato Gerador. Obrigação tributária e sua extinção". Revista de Direito Administrativo 51:460-478, 1958.

"Imposto de exploração agrícola e industrial. Fato gerador. Competência concorrente. Conceito de taxa. Transferência de imposto. Impostos de consumo. Bitributação". Revista de Direito Administrativo 52:469-491, 1958.

"Taxa de Despacho Aduaneiro". Revista de Direito Administrativo 54: 8-13, 1958.

"Imposto adicional sobre lucros das pessoas jurídicas. Capital realizado". Revista de Direito Administrativo 55:400-412, 1959.

"Conceito de consignação como fato gerador do imposto de vendas e consignações". Revista de Direito Administrativo 62: 22-43, 1960.

"Imposto territorial. Competência do Estado e do Município. Zona Urbana". Revista de Direito Administrativo 63:345-349, 1961.

"Imunidade e isenção tributária. Instituição de assistência social". Revista de Direito Administrativo 66: 367-375, 1961.

"Isenção tributária. Pressupostos legais e contratuais. Taxa de despacho aduaneiro". Revista de Direito Administrativo 67: 317-340, 1962.

"Empréstimo compulsório e o princípio da anualidade". Revista de Direito Administrativo 76: 15-20, 1964.

"Imposto de renda sobre a capitalização de reservas". Revista de Direito Administrativo 77: 31-55, 1964.

"Isenção tributária. Impostos e Taxas. Conceito de ônus fiscais. Coisa julgada". Revista de Direito Administrativo 79: 451-465, 1965.

"Taxa de investimentos da pecuária. Princípio da legalidade. Poder regulamentar. Inconstitucionalidade". Revista de Direito Administrativo 84: 301-309, 1966.

"Imposto adicional de renda. Sociedade civil de prestação de serviços profissionais liberais". Revista de Direito Administrativo 85: 316-335, 1966

"A inflação e suas consequências sobre a ordem jurídica". Revista de Direito Público 1: 54-63, 1967.

"Empréstimo Compulsório. Direito Comparado e Experiência Brasileira". Revista de Direito Público 4: 7-23, 1968.

"Empréstimo Compulsório e Tributo Restituível". Revista de Direito Público 6: 22-47, 1968.

"Substituto legal tributário". Revista de Direito Público 8: 44-47, 1969.

"Natureza contratual dos empréstimos públicos", Revista de Direito Público 13: 9-16, 1970.

Conceito e Espécie de Empréstimo Compulsório". Revista de Direito Público 14: 38-46, 1970.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRESENTAÇÃO NOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS. À TEORIA DA APARÊNCIA
E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RICARDO PEREIRA LIRA

Prof. Titular de D. Civil da
UERJ e Procurador do Estado
do Rio de Janeiro

Os atos praticados pelo mandatário ultra vires mandati não são nulos, nem anuláveis, mas relativamente nulos, não produzindo efeitos perante o mandante; nas pessoas jurídicas, os atos praticados por quem não é órgão são inexistentes.

Inexiste, no direito brasileiro, uma teoria geral da aparência; a aparência, em princípio, não é fonte de obrigação; a obrigação existirá, em nome da proteção do terceiro de boa-fé, quando a lei o determine ou a tanto se possa chegar pelo recurso à analogia.

Nas situações jurídicas negociais que se desenvolvam na administração pública, direta ou indireta, o princípio da publicidade prevalece sobre o fenômeno da aparência; o terceiro que lida com o órgão de um ente administrativo tem o dever de certificar-se da legitimidade e extensão de seus poderes.

1. Em matéria de representação, o ato praticado pelo mandatário com excesso de poderes é nulo ou inexistente não obrigando o mandante, ressalvada evidentemente a eventual ratificação.

Veja-se a rica doutrina amalhada por CARVALHO SANTOS sobre a matéria, no seu "Código Civil Brasileiro interpretado", ed. FREITAS BASTOS, 1952, vol. XVIII, 207 e seguintes, refletindo a opinião dos clássicos:

RICCI: além do mandato, "l'obbligazione surge", e la convenzione NON A ESISTENCIA GIURIDICA" ("DIRITTO CIVILE", IX, n.71).

GIORGI: "il mandante non rimane vincolato al fatto del mandatario" (Teoria delle obbligazioni, III, N. 272).

POTHIER: "Pareillement, pour que quelqu'un soit censé avoir contracté par le ministère de son procureur, il faut que ce procureur se soit renfermé dans les normes de sa procuration; s'il les a excédées, celui su non duquel il a contracté n'est pas censé avoir contracté par son ministère " (Oeuvres, 2^a. ed., vol. II Traité des Obligations, n.76).

ZACHARIAE, CROME, BARASSI: "Nel caso contrario (no caso de excesso dos poderes do mandato) questo contratto obbliga il mandante solo in quei limiti nei quali corrisponde alle facultá accordate" (Manuale del diritto civile francese", vol. II, § 395, pags. 685/6).

PLANIOL: "Lorsqu'un mandataire excède les pouvoirs qui lui été donnés, il agit en réalité sans mandat et, par suite, le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu, être fait au delà de la procuration donné par lui: il n'a pas été représenté" (Traité, vol. II, n. 2254).

COLIN-CAPITANT: "...Le mandant n'est pas lié par les actes qui dépassent les pouvoirs du mandataire" ("Cours", ed. 1915, vol. II, pag.708)

CROME - ASCOLI: "il representato non piu essere affatto pregiudicato dal negozio in mancanzadi ratifica" (Diritto privato francese moderno, pag. 279).

MOURLON: "Les actes que le mandataire a fait en deho76rs ou delà de ses pouvoirs n'obligent pas le mandant (Repetitions, ed. 1883, vol. II, pag. 507).

DALLOZ: "Le mandant n'a pas besoin de faire prononcer la nulité de ce qui a pu être fait du delà du mandat; il lui suffit de déclarer qu'il ne reconnaît pas" (Repertoire, vol. XXX, verbete "mandat", n. 395).

LAURENT: "...Le mandant est un tiers quant aux conventions que le mandataire a consenti au delà de ses pouvoirs; il n'y parle pas directement et il n'y figure point comme étant présenté par le mandataire, parce que celui n'a pas le droit de le représenter en dehors de son mandat. Ils'ensuit que ces conventions n'ont aucu effet à son égard, pas plus que celles de tout autre tiers. Le mandant n'est pas tenu de demander la nullité de ce que le mandataire a fait sans pouvoirs; ou ne demande pas la nullité de ce qui n'existe point; or, la convention étrangère au mandat n'a pas d'existence a l'égard du mantat, il pesut la repousser à quelque époque qu'on la lui opposé" ("Principes", 5^a. ed., vol. XXVIII, pags. 65/6).

DIAS FERREIRA: "O excesso do mandato, pois, não sendo ratificado pelo constituinte, é nulo" (Código Civil Português Anotado", ed. 1972, vol.II, pag.371).

LOBÃO: "Todo o mandato é por natureza estrito e inampliável, de caso a caso, de pessoa a pessoa, deve adimplir-se na forma específica; tudo o que excede é nulo, e não prejudica ao mandante" (Segundas Linhas", ed. 1868, pag.33).

RUI BARBOSA, com a mestria de sempre, discor-ria sobre o ponto:

"O comitente só é responsável pelos atos do

mandatário, dentro dos limites do mandato.

Toda vez, portanto, que o mandatário proceder ultra vires mandati, os seus atos, a respeito do mandante, são como se não existissem. Nenhuma obrigação por eles contrai o mandante, nenhum prejuízo deles pode resultar (L.10, S. L.II, T.13; POTHIER, Mandat, n.93,

É um contrato inútil o que, em casos tais, se faz, diz PLANIOL (II, 2256), "per quanto riguarda il mandato, deve aversi como non concluso"

(ZACHARIE CROME, II, § 395, pag. 685, nota 2).

No mesmo sentido se exprimem DURANTOU (XVII, n.260), AUBRY e RAO (IV, § 415); LAURENT (XVIII, n.64), CHIRONI (II, 352). Por todos citarei a GUILLOUARD, que escreve assim:

"Os atos assim praticados (com excesso de seus poderes) são absolutamente nulos, com respeito ao mandante; e este, como a doutrina geral o reconhece, nem há mister intentar ação para os invalidar, porque, relativamente a eles, esses atos não têm existência: são res inter alios acta" (Mandat, n.194).

Esse direito universal, que é o nosso direito, acima de tudo estabelece, quanto aos atos excessivos do mandato, a sua inexistência em relação ao mandante. A inexistência lhes resulta, a eles, de que lhes falta a substância mesma do seu ser, a outorga da representação, circunscrita aos poderes do mandato, e alheia a todo o ato deles exorbitante" ("Nulidade e Rescisão", capítulo VIII).

Essa doutrina universal foi incorporada ao nosso Código Civil de 1916, através dos artigos 1297, 1303, 1306:

" Art. 1.297. O mandatário, que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos".

"Art.1305. O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder a eles por qualquer ato, que lhe exceda os poderes".

"Art.1306. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, fizer com ele contrato exorbitante do mandato, não tem ação nem contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante, ou se responsabilizou pessoalmente pelo contrato, nem contra o mandante, senão quando este houver ratificado o excesso do procurador".

O terceiro tem o dever de analisar o âmbito da outorga para o fim de apurar a possibilidade de o mandatário, pelo seu ato, obrigar o mandante.

Clara a lição, já agora recente, de SILVIO RODRIGUES:

"Se o ato exorbitante do procurador prejudicar terceiros, que com ele contrataram naquela qualidade, os mesmos só a sua negligência podem atribuir seu prejuízo, pois fácil lhes seria evitá-lo, pedindo para examinar os poderes do mandatário. Se os terceiros não examinaram tais poderes ou se os examinando recalcitraram em negociar com o mandatário, assumiram o risco de sofrer as perdas que porventura lhes podem advir da não-retificação do ato, pelo mandante. A lei, entretanto, distingue duas hipóteses de atos praticados com exorbitância de poderes e lhes atribui conseqüências diversas:

I. de um lado figura a hipótese em que o mandatário apenas não apresenta o instrumento do mandato, cujo conteúdo fica ignorado pelo terceiro, que negligencia em verificar a extensão dos poderes da pessoa com quem contratara. Neste caso, embora o mandante não fique vinculado à avença, o terceiro conserva ação contra o mandatário (Cod. Civ., art. 1.305);

II. de outro lado, figura o legislador a hipótese de o terceiro, a despeito de ciência da escassez de poderes do Procurador, insistir em com ele negociar. Neste caso, como o risco assumido pelo terceiro é maior e é consciente, não só o mandante não se vincula ao ajuste, como nem sequer contra o mandatário confere a lei ação ao terceiro. Este sofre sem apelo o prejuízo. "Direito Civil:, vol.3, ed. Saraiva, 1972, pags. 280/1).

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA toca a questão, em síntese segura:

"Como o mandatário tem a obrigação de exibir ao terceiro o instrumento do mandato, conhece ele os poderes e portanto o limite da liberdade de ação do procurador, residindo ali os elementos que dosam a intensidade das prestações contra o mandante" ("Instituições de Direito Civil", vol. III, 7ª. edição, ed. Forense, 1984, pag.284).

"Em relação ao terceiro", diz ORLANDO GOMES, "com o qual deve entender-se, o mandatário é obrigado a exibir o instrumento em que constem seus poderes, para que este os conheça, pois o mandante não responde pelo excesso" (o grifo é nosso) ("Contratos"., 8ª. ed., Forense, 1981, pag.418).

Vê-se, assim, que o ato praticado pelo mandatário exorbitantemente é nulo ou inexistente em face do mandante.

Não nos parece, data venia, possa a razão estar com o sempre festejado jurista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, quando afirma que o "ato será anulável quanto a esse excesso (in "Curso de Direito Civil", 5º volume, 2ª. parte, ed. 1975, Saraiva, pag. 252).

O ato, de acordo com esse entendimento, produziria efeito até que viesse a ser alcançado por uma ação judicial desconstitutiva negativa.

Talvez esse opinamento se deva ao fato de que esse ato será ratificável, e, em princípio, só os

atos anuláveis são suscetíveis de serem sanados.

Essa dificuldade, contudo, fica vencida com a concepção segundo a qual, na realidade, são três as categorias de nulidade: nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade.

A nulidade relativa é aquela que se verifica relativa a um ato que, referentemente a certa pessoa, não opera efeito algum, e só ela tem legitimidade para pedir a sua declaração. Com relação a essa pessoa, o ato não produz efeito algum.

A anulabilidade produz desde logo seus efeitos, até que a pessoa que se pretende resguardada pela norma ferida peça a sua decretação.

A nulidade absoluta fere o ato de maneira que qualquer interessado possa requerer a sua declaração, não produzindo o ato, desde a sua prática, quaisquer efeitos.

A nulidade absoluta é insanável, enquanto aqueles atos relativamente aos quais ocorra a nulidade relativa e a anulabilidade são passíveis de convalidação pela ratificação.

O ato de mandatário praticado com excesso de poderes é nulo, porém relativamente nulo.

Não produz efeito algum em face do mandante, mas, embora nulo, por isso que o é relativamente, pode ser ratificado.

Tem-se, que esse ato não produzirá, desde logo, qualquer efeito vinculante do mandante, sendo, contudo, possível a sua ratificação, operando-se o convalidamento ex tunc.

1.1 - Todos sabem que, entre nós, o mandato está ligado essencialmente à representação, na qual se podem distinguir duas vontades, a do outorgante e a outorgado.

Quando se cuida da chamada representação orgânica, surpreendendo-se no comércio jurídico a atuação das pessoas jurídicas - que biologicamente não podem ter vontade -, sabemos que rigorosamente não há representantes que se manifestem vinculativamente em nome delas, mas órgãos que são o veículo da expressão do seu querer.

Aludindo a essa questão, registra o já citado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"Sob o aspecto do exercício dos direitos, é de notar-se a disparidade prática entre a pessoa natural e a pessoa jurídica. É que não sendo dotada de uma individualidade fisiopsíquica, tem sempre de se servir de órgãos de comunicação para os contatos jurídicos, seja com outras entidades da mesma natureza, seja com as pessoas naturais" ("Instituições de Direito Civil", vol I, 8ª edição, Forense, pág. 211). Pouco adiantaria, prossegue o eminente jurista:

"Moderna é a tendência de substituir a expressão representantes, que antes consagrava a doutrina e usavam os Códigos, como ainda se encontra no brasileiro, pela expressão órgãos, atendendo a que as pessoas físicas não são meros intermediários da vontade da pessoa moral ou seus simples representantes, o que pressupõe duas vontades, a do mandante e a do procurador, mas uma só, que é a da entidade, emitida nos limites legais pelo seu elemento vivo de contato com o mundo jurídico, e constituem assim o aparelhamento técnico ou os órgãos, pelos quais manifestam a sua vontade ou exercem as suas atividades" ("Instituições de Direito Civil, vol. I cit., pag. 212).

Tem-se, por conseguinte, que, no caso das pessoas jurídicas, não há representação técnica, mas representação imprópria, ou, como dizem outros, representação orgânica, por isso que não há duas vontades, mas apenas uma vontade - que é a da pessoa jurídica - externalizada instrumentalmente, nos seus contatos com terceiros, pelo órgão previsto.

Logo, se, na representação propriamente dita, o excesso de poderes praticado pelo mandatário determina a inexistência, ou a nulidade do ato, com maior razão quando uma determinada pessoa, que é órgão da pessoa jurídica excede os limites dos seus poderes.

Esse ato é um nada em face da pessoa jurídica, inexistente.

Imagine-se, agora, determinada pessoa, agindo no grupo social, por meios e modos que poderiam gerar a impressão de que poderia tratar-se de um órgão de determinada pessoa jurídica.

2 - Ainda causando controvérsias nas suas origens no direito alemão, francês e italiano, vem tomando corpo, entre nós, a teoria da aparência, em nome da proteção do comércio jurídico, por força da qual se admitem como existentes situações jurídicas que, na realidade, não existem, aceitando-se como vinculantes obrigações que são acolhidas como se efetivamente existissem aquelas situações que as gerariam.

Em verbete publicado no "Novíssimo Digesto Italiano", sobre a "Apparenza del Diritto", MARIANO D'AMELIO escreve:

"Nel mondo giuridico lo stato di fatto non sempre corrisponde allo stato di diritto, e per considerazioni d'ordine diverso, merita lo stesso rispetto dello stato di diritto e, in determinate condizioni e in riguardo a determinate persone, genera conseguenze non differenti da quelle che deriverebbero dal corrispondente stato di diritto. Uno dei detti casi è l'apparenza del diritto. Vi sono, invero, situazioni generali per le quali chi ha fatto ragionevole affidamento su di una data manifestazione giuridica e si è comportato in coerenza a tale manifestazione, ha diritto di contare su di essa, anche se alla manifestazione no corrisponde la realtà".

JOSSERAND, no seu "Cours de droit positive français", ed. Recueil Sirey, 1932-33, alinha uma série de situações em que a aparência termina por ser admitida como realidade, na jurisprudência francesa (apud MARIANO D'AMELIO, op. cit), das quais destacamos algumas:

a) o indivíduo que reside a maior parte do ano em certa localidade e aí concentra a totalidade de

seus principais negócios, permite, pela aparência, que essa localidade seja considerada seu domicílio aparente, embora essa conclusão possa obscurecer a concepção francesa, intelectual e abstrata, do estabelecimento principal e chocar-se com o dogma da unidade do domicílio;

b) o marido não poderá pleitear a nulidade dos atos praticados pela mulher, sem autorização, nos casos em que ela deverá ter ocorrido, se ele contribuiu para induzir o público em erro, fazendo crer que sua esposa já não mais sofria essa limitação, tudo em consequência da dissimulação da realidade por ele mesmo gerada, em razão da separação de fato do casal, criando-se um estado aparente:

c) estado de concubinato provocando a aparência de uma união legítima; permitindo ao fornecedor acreditar que se trata de uma família regular, sendo a mulher titular de um mandato doméstico, tendo-se como consequência que o varão responderá solidariamente pelas obrigações contraídas pela companheira;

d) pagamento realizado de boa-fé ao credor aparente;

e) entrega pelo viajante de sua bagagem a quem, no albergue, tem a aparência de um preposto;

f) aquisição onerosa, e de boa-fé, feita ao herdeiro aparente.

Entre nós, alguns autores cuidam do fenômeno da aparência.

CAIO MARIO DA SILVA FERREIRA, por exemplo, tratando do mandato, observa:

"É ainda no campo das obrigações do mandante que se deve situar a figura do mandato aparente, que por sua importância desperta a atenção da doutrina e chega mesmo a inspirar escritos monográficos. O problema apresenta-se quando um terceiro de boa-fé trata com al-

guém que tem toda a aparência de ser o representante de outrem, mas na realidade não é. Pelo princípio de proteção à boa-fé, reputar-se-á válido o ato e vinculado ao terceiro o pretense mandante. Se, pois, este, por ato que lhe pode ser imputado, ou por sua conduta, permite supor a existência de uma representação regular, o ato praticado lhe é oponível. O fundamento da eficácia reside na aparência do mandato, sem necessidade de apurar a causa do erro. Lembra-se, com exemplos, o ter assinado em branco o instrumento, ou havê-lo redigido obscuramente, ou ainda ter revogado o mandato sem comunicá-lo a terceiro, etc..." (Instituições de Direito Civil, vol. III, 7ª. ed. Forense, pags. 284/285).

Aliás, ANGELO FALZEA, discorrendo sobre a matéria no direito italiano, anota:

"Applicazioni importanti la giurisprudencia ha fatto in tema di mandato, considerando valido e vincolante il negozio concluso dal preteso mandatario quando l'apparente qualità di quest'ultimo sia dovuto ad un fatto, anche culposo, del primo, ed afirmando persino che l'apparente mandatario impegna la responsabilità extracontrattuale indireta del preteso mandante per i fatti dolosi o culposi commessi in occasione dello svolgimento del mandato" (verbete "APPARENZA", in "Enciclopedia del Diritto", vol.II, pág.700).

O eminente Professor FABIO MARIA DE MATTIA, na tese "Aparência de Representação" (ed. do autor, 1984), que submeteu à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, forte em JEAN CALAIS-AULOY, aludindo à jurisprudência francesa, refere que "o escopo dos tribunais, ao condenar o representado aparente não está, certamente, em infligir-lhe uma sanção, mas o objetivo encontra-se no desejo de proteger terceiros, que foram enganados pela aparência" (op. cit. pág. 233).

Em estudo intitulado "Aparência do Direito", constante da coletânea "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", ed. Revista dos Tribunais, 1967, ORLANDO GOMES estuda as regras da aparência em relação às sociedades.

Analisa três situações:

a) ato praticado por alguém cujo mandato de administrador da sociedade já se encontra extinto;

b) ato praticado por alguém que, sem ter recebido poderes para tanto, age em nome de uma sociedade como se fora seu administrador;

c) ato praticado por administrador da sociedade, mas fora de seus poderes, ou contra expressa proibição do ato constitutivo.

O saudoso jurista oferece soluções diversas para essas diferentes situações.

Referentemente à primeira, salienta que se a extinção é decorrente da expiração do mandato, fácil seria evitar a situação, determinando a lei a prorrogação do mandato até a eleição ou designação de novos administradores.

No concernente às outras formas possíveis de extinção, como a destituição ou a demissão, se não houve a publicidade necessária, os terceiros, que a ignoram, não podem ser prejudicados, menos porque se considere culposa a omissão, do que pela necessidade de proteger a boa-fé dos que supõem tratar com administradores legítimos.

A esse propósito, dizemos nós, vale ressaltar que o art. 151, da Lei nº 6404, de 15.12.1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, estatui que a renúncia torna-se eficaz, em relação à companhia, desde o momento em que lhe foi entregue a comunicação escrita do renunciante, e em relação a terceiros de boa fé, após arquivamento no Registro do Comércio e publicação, que poderão ser promovidos pelo renunciante.

Relativamente à segunda situação - quando alguém age, em nome da sociedade, sem ter recebido poderes para tanto - entende ORLANDO GOMES que a sociedade se vinculará pela aparência quando tiver uma posição de aquiescência, assim entendida a

passividade diante da anormalidade, e o falso diretor se comporte aos olhos de todos e para com terceiros como se realmente estivesse a exercer, por título legítimo, a administração da sociedade.

No concernente à terceira hipótese - ato praticado ultra vires mandati ou contra expressa disposição do estatuto ou do contrato social - o jurista sustenta que à primeira vista não se aplicaria a teoria da aparência, que seria incompatível com a circunstância de as pessoas jurídicas exteriorizarem sua vontade através de órgãos, como já referido neste parecer, inexistindo assim representação. A boa-fé não pode, em verdade, ser invocada em tais situações, diz o jurista, sendo certo que toda sociedade constitui-se por título formal levado a registro público. Terceiros que com ela contratam devem ter a precaução, refere ORLANDO GOMES, de se certificarem se a pessoa jurídica está a contrair regularmente obrigação.

Prosseguindo em suas considerações, invocando a autoridade de CALAIS-AULOY, observa o autor citado que:

"Admitir-se que, a despeito da publicidade das limitações aos poderes dos administradores de sociedades, respondem estas por seus atos excessivos é... aceitar um paradoxo, diante do qual se oferece ao legislador uma dessas duas soluções: ou reorganizar a publicidade das limitações de poderes de maneira que sua consulta se torne mais rápida, ou estender a todas as categorias de sociedades a regra admitida (na França) para as de responsabilidade limitada, segundo a qual toda limitação contratual dos poderes dos gerentes não produz efeitos em relação a terceiros" (op. cit. pág. 105).

Assevera ORLANDO GOMES parecer ser preferível a primeira solução, "visto que a outra, levada ao extremo de tornar inoponível até a divisão de poderes entre vários gerentes, constitui tremendo risco para a própria vida da sociedade" (op. cit. pág.105).

Depois de aludir à doutrina (francesa), que

reputa mais razoável, de que a limitação de poderes somente é oponível a terceiros que dela tenham conhecimento, ou devessem ter em razão da profissionalidade de seus atos, arremata o jurista: "Sem- pre, portanto, que a limitação fique oculta, até por insuficiência de publicidade para terceiros que provavelmente não poderiam conhecê-la, deve a sociedade responder pelos atos dos seus diretores praticados não obstante proibição do ato constitu- tivo, ou de qualquer alteração que haja sofrido" (op. cit. pág. 105/6).

MODESTO CARVALHOSA estuda igualmente a teoria da aparência no direito societário, analisando a prática de atos por administradores em desrespeito às limitações estatutárias (in "Comentários à Lei de Sociedades Anônimas", 5º volume, ed. Saraiva, 1977, pág.98).

Faz ver o comercialista que é de ter presente uma nítida distinção objetiva e subjetiva, para se verificar quando deve prevalecer o princípio da publicidade (artigo 146, da Lei das Sociedades por Ações) ou, em seu lugar, o da aparência.

No seu entender "prevalece o princípio da publicidade em todos os atos de administração extraordinária, quando se pressupõe que o terceiro contratante usará de todas as cautelas para verificar a representatividade dos diretores" (op. cit. pág. 98).

Também recorrendo à doutrina reportada por ORLANDO GOMES, alude a que também não será a companhia responsável pelos atos praticados por diretores seus sem representação, quando os terceiros contratantes devessem ter conhecimento em razão da profissionalidade de seus atos ou de sua organização" (op. cit. pág. 98). Assim, mesmo os atos de gestão ordinária não serão oponíveis à sociedade nessas circunstâncias.

Sustenta o eminente autor, enfim, que o princípio da publicidade não prevalece frente a terceiros em geral, no que concerne aos atos ordinários de gestão. Por exemplo, nos negócios jurídicos celebrados em massa, nos de adesão, ou mesmo naqueles negócios esporádicos, praticados dentro da rotina da empresa, não se devendo presumir que os terceiros contratantes irão examinar os atos da

eleição e investidura dos diretores. Segundo o autor, o sentido social do direito impediria a aplicação do princípio da publicidade nestes casos.

Indica MODESTO CARVALHOSA como elementos fundamentais para a vinculação da companhia no caso de atos praticados pelo administrador fora dos limites estatutários, com fundamento na teoria da aparência: a boa-fé do terceiro; o fato de seu diretor ter se apresentado como representante da companhia em circunstâncias (por exemplo, na sede social ou em estabelecimento ou em agência, que fazem supor, por parte do terceiro, a efetividade desse poder de representação") (op. cit., pág. 98).

BALLENTINE citado por MODESTO CARVALHOSA, fundamentado na common law, assevera: "Se uma companhia reveste um officer ou agent de uma aparente competência para gir em seu nome, não poderá alegar mais tarde que não tinha ele poder efetivo para o efeito de negar sua responsabilidade perante terceiros de boa-fé que com ele tenham negociado, confiando nessa aparente competência" (op. cit., pág. 98, nota de pé de página 16).

Carvalhosa refere também à lição de HENN: "Existe competência aparente quando uma companhia faz presumir a terceiros que um Officer pode agir isoladamente e o terceiro de boa-fé acredita que tal competência efetivamente existe. Nesse caso, a falta de competência efetiva não pode ser arguida pela companhia", inserindo a questão dentro de um princípio maior: "Apparent authority may or may not involve principles of estoppel" (Carvalhosa, op. cit., nota de pé de página 16, pág.98).

2.1 - Em que pese à autoridade dos juristas acima citados, ORLANDO GOMES e MODESTO CARVALHOSA, parece-nos que suas lições devem ser recebidas, entre nós, cum grano salis, por isso que se inspiram eles em ordenamentos em que há dispositivos expressos, como no caso do direito francês, a partir dos quais, pela via da analogia, se pode produzir aplicação mais ampla da aparência.

Tome-se, por exemplo, a Ordonnance 1.176, de 20 de dezembro de 1969, prescrevendo expressamente que, nas relações com terceiros, a companhia esta-

rá vinculada, mesmo com referência aos atos do conselho de administração que ultrapassem o objeto social, a menos que fique provado que o terceiro sabia de tal fato ou que não poderia ignorá-lo, em razão das circunstâncias, excluindo-se a hipótese quando a publicação do estatuto seja considerado suficiente para constituir essa prova (apud MODESTO CARVALHOSA, op. cit., pág. 111).

É de notar que o mestre ORLANDO GOMES, nas suas considerações, invoca expressamente a lição de LYON CAEN e RENAULT, THALER, ESCARRA (da mesma forma que CARVALHOSA), autores estrangeiros, modernos ou não, que seguramente partiram de regras positivadas, para o desenvolvimento de seu raciocínio.

Entre nós, por exemplo, não temos regra análoga à mencionada ordonnance.

Ao contrário, o que temos, em matéria de direito societário, por exemplo, é a consagração plena do princípio da publicidade, como se verifica do Art. 146, parágrafo único, in fine, e do art. 151, todos da Lei nº 6404, de 15.12.1976, que dispõe sobre a sociedade por ações.

2.2 - O que desejamos tornar claro é que inexiste, ainda, uma teoria geral da aparência, e quem o reconhece expressamente é o mesmo ORLANDO GOMES: "Não se formulou ainda, porém, uma teoria da aparência que a explique em termos de aceitação geral" (in "Transformações...", cit. pág.96).

Parece óbvio que APARÊNCIA, per se, não é fonte formal de obrigação.

A aparência gerará a obrigação, ex lege, quando a lei assim determine, ou quando ao mesmo resultado se possa chegar pela via da analogia.

Em nosso ordenamento, por exemplo, são expressões positivadas da aparência, gerando a efetividade do ato praticado, em homenagem à boa-fé do terceiro, as seguintes disposições do CÓDIGO CIVIL:

- Artigo 221, do Código Civil - (casamento putativo).
- Artigo 155, do Código Civil: "malitia supplet aetatem".

- "Art. 622. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato" (aquisição ao proprietário aparente);
- "Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor" (pagamento ao credor aparente);
- "Art. 937. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação; exceto se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante (autorização aparente);
- "Art. 1318. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros, que, ignorando-a, de boa-fé, com ele trataram: mas ficam salvas as ações que no caso lhe possa caber, contra o procurador (mandato aparente);
- "Art. 1321. São válidos, a respeito dos contraentes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele, ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandato";
- "Art. 1600. São válidas as alienações de bens hereditários, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão; mas aos co-herdeiros, subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos" (herdeiro aparente).

Exemplo de aplicação analógica do fenômeno da aparência será, por exemplo, estender-se a regra do art. 1600 ao herdeiro aparente fora dos casos de exclusão da sucessão, como sustenta FILADELFO AZEVEDO (apud CARVALHO SANTOS, "Código Civil Bra-

sileiro Interpretado", vol.22, pág. 238, Freitas Bastos, Rio, 1937).

E de ver que a intenção de proteger a boa-fé do terceiro, "a legitimidade do princípio não pode autorizar sua utilização incauta, particularmente em relação às espécies de fato que encontram, em nossa lei, uma disciplina integral" (FABIO MARIA MATTIA, op. cit. pág. 216).

Esse eminente professor paulista buscou essa relevante advertência em ANGELO FALZEA ("Enciclopédia del Diritto", verbete "Apparenza"):

"La legittimità del principio non può tuttavia autorizzare incauti impieghi, specie in relazione a fattispecie che trovano già nella nostra legge una compiuta disciplina".

Essa advertência nos leva à consciência da necessidade de enfrentar o fenômeno da aparência com máxima cautela, para o fim de evitar que, em nome da boa-fé de terceiros, não se termine por subverter princípios jurídicos assentes e consagrados.

O princípio da publicidade, por exemplo, é um princípio muito mais relevante para a segurança do tráfico jurídico do que a regra da proteção do terceiro de boa-fé.

Importante, nesse passo, a lição de MARIANO D'AMELIO:

"8. A doutrina da aparência teve fortuna por causa do defeituoso sistema de publicidade contido no sistema legislativo. Onde não é fácil certificar-se sobre a realidade de certa situação jurídica, é necessário proteger quem tenha trocado a aparência pela realidade e, em consequência, por ela se tenha regulado. Onde, ao contrário, a lei com o sistema de publicidade põe o contraente na condição de informar-se quanto ao verdadeiro estado das coisas, não é necessário guindar a princípio jurídico a máxima de que o ser está no parecer" (op. cit., pág. 719).

Pois bem.

Fixada essa premissa, que é fundamental, não há como deixar de concluir que a par das limitações que acima foram clarificadas no tocante à aplicação do fenômeno da aparência - na área do direito administrativo, toda pervasada pelo princípio da publicidade, o campo que remanesce para a aparência é praticamente muito reduzido.

No campo dos atos administrativos stricto sensu dos atos-fatos administrativos, ainda talvez seja transitável o fenômeno da aparência, como, por exemplo, se uma pessoa, inteiramente estranha ao serviço público, se posta atrás do quichet de uma coletoria fiscal e passa a receber impostos, emitindo quitações e embolsando os ingressos. O contribuinte que pagou, se de boa-fé, deverá ter como cumprida a sua obrigação tributária.

No campo negocial, contudo, as situações jurídicas administrativas se revestem, indeclinavelmente, de absoluta publicidade, e nelas, o elemento da competência do agente é fundamental.

Seja na administração direta, como na indireta, não se pode admitir que pessoas que não sejam órgãos das respectivas entidades produzam manifestações de vontade capazes de gerar obrigações para as ditas entidades.

Terceiros que contratem com elas devem ter a precaução de apurar se estão lidando com a pessoa legitimada para atuar como órgão da pessoa jurídica.

Por força dessa razão é que, tanto as pessoas jurídicas de direito público (autarquias, como os entes administrativos de direito privado, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas pelo poder público) têm seus atos constitutivos dados ao conhecimento geral pelas publicações oficiais, sendo que, com relação às últimas, esses atos constitutivos são assentados nos registros públicos competentes.

Assim, quando se trate da atuação de pessoas dessa natureza, em situações negociais, o princípio da publicidade prevalece sobre a aparência, prevalece sobre o interesse do terceiro de boa-fé.

DA IMPOSSIBILIDADE E DA INCONVENIÊNCIA DA
PENA DE MORTE NO BRASIL

SERGIO DO REGO MACEDO

Prof. Adjunto de
Direito Penal da UERJ
e Conselheiro Federal
da OAB.

Vivemos uma época de violência sem distinção de país, território ou principado. As sociedades, todas tribais, guardadas as devidas proporções, sem excessão, incluem-se nesse estágio da vida dos povos: Violência do gesto, da idéia, do pensamento, da palavra, das conversas, da educação, da côr e do som; violência do grito e até do silêncio; violência da omissão; violência de acusações, de condenações, até de defesas; de absolvições também; violência de dizer e de responder; violência de lugares, sem momento para acontecer; violência de nós contra nós mesmos e daí, então, por diante, em tudo e por nada.

O gesto e a voz chegam a cúmulo que assustam seu próprio dono quando vira testemunha de si mesmo.

A morte ronda indiscriminadamente todo e qualquer lugar e parece não ter mais hora para ninguém, simulando um fatalismo em cadeia disfarçado ora num desastre inconcebivelmente bestial de trânsito; ora num assalto atrevidíssimo de rua; ora num sequestro, sempre inadjectivável, que constrange e traumatiza toda a alma e o sentimento popular; ora numa inadmissível falta de solidariedade humana, projetada numa revoltante ou imperceptível omissão de socorro e, não poucas vezes, por parte de quem tinha o dever natural de socorrer; ora no acaso de uma bala perdida; ora num espancamento de alguém, quíçá criança ou filho até; ora numa inacreditável ação policial arbitrária ou noutra que, embora legal, realiza-se com tamanha

brutalidade que excede o limite de qualquer desculpa; e vai por aí, numa trágica sequência de ferocidades ou friezas, onde motivos torpe ou fútil se alternam e se confundem com os de relevância máxima.

Esparge-se as consequências dessa violência e se conflagra o Império da Covardia.

Viver passa a constituir uma tal sucessão de perigos e inseguranças que voltar para casa, incólume, passou a representar, hoje em dia, ato de providencial sobrevivência. E, com efeito, quantos de nós já não passaram por situações em que sobreviver pareceu muito pouco provável. De repente realiza-se o desprazer da existência.

Indaga-se: até quando? Quanto mais?

Numa hora como esta, de ânimos exaltados, se ecoar na praça o grito de "pega ladrão" e o ladrão for um menino impúbere e franzino, se agarrado, é linchado com a exarcebação de um conflito social. A paciência se acabou e não se sabe mais onde está a razão. Teorias se cruzam, se chocam, se interpenetram, se confundem e não resolvem. Princípios e valores humanos são abalados até o seu avesso. Não vivemos apenas uma crise, mas um fim de época onde os velhos valores se esgotaram antes de que surgissem os novos. Não há como mais imaginar a sociedade preventiva mas, tão somente, reativa.

Pois é nesta hora em que toda a sociedade brasileira, principalmente a das grandes concentrações populacionais, vê-se sacudida pela nova indústria dos sequestros - que, a bem dizer, não tem dado certo para os sequestradores frente às respostas policiais mas, de qualquer modo, assusta e instabiliza, é justamente nessa hora, que se inicia a exploração de campanha para a exclusão do óbice da aplicação da pena de morte no Brasil, inscrito na letra "a", do item XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, com a falácia de facultá-la, como exceção, para os delitos de estupro, roubo, sequestro, sempre que resultar na morte da vítima. Poderíamos considerar tais propostas como a inoportunidade da oportunidade, ou a oportunidade do pretexto do exaurimento da violência. Aproveita-se da fragilidade ocasional da sociedade, a respeito de algo que lhe cala fundo na alma

e lhe revolta o fígado, para se criar a promoção pessoal de uma falsa liderança ao empunhar a bandeira destituída de qualquer valor científico, hoje em dia.

Com efeito, não fora em razão de sérios equívocos de opiniões mais afoitas e desavisadas, seria exaustivo e desnecessário, a esta altura da vida do Direito, qualquer alusão à história da pena de morte legal, inclusive no Brasil onde, segundo **NELSON HUNGRIA**

"... de fato, desde 1855 deixou de ser aplicada, embora só viesse a ser abolida, de jure, após o advento da República (1889). E se foi restaurada com a Constituição anti-liberal de 1937, que instituiu no Brasil, transitóriamente, o chamado "Estado Novo", tendo mesmo a subsequente Lei de Defesa do Estado - dec. lei nº 431, de 18 de maio de 1933, revogado em parte pela Constituição de 1946, superveniente à queda do "Estado Novo, cominado a pena de morte no caso de certos crimes contra a ordem político-social, jamais foi infrigida pelos tribunais do país, nem mesmo pelo juízo de exceção pelo ignominioso Tribunal de Segurança Nacional."

Trecho do trabalho apresentado em Coimbra por ocasião da comemoração do centenário da abolição da pena de morte em Portugal.

Durante o tempo do regime militar, episódicamente, o Ato Institucional nº 4 restabeleceu a pena de morte, sendo prevista, então, para os casos listados no artigo 104, do dec. lei 893/89. Nada mais comprovadamente abominável para uma sã consciência jurídica do que a forma de legislar por decreto e aliada a errônea expressão "Segurança Nacional" usada para entitular o conjunto de normas que devem compor a legislação defensora do Estado segundo a sua Constituição. Não há nada, em todos os lugares de todos os tempos que, com a simulação de Segurança Nacional não tenha criado um clima dissimulado maior de insegurança pública, porque em nome daquela, todas as exceções das re-

gras de garantia recaem sobre esta última. Na vida de uma sociedade esse momento é de tal incongruência que o próprio **ROBESPIERRE** não fica a salvo do próprio Conselho Revolucionário que presidiu, acompanhando o mesmo trágico destino de todos os que mandou guilhotinar, incluídos aí os próprios líderes da Revolução e, entre esses, o compositor da marcha revolucionária e o próprio inventor da guilhotina. Mas parece que no Brasil a índole do nosso povo não tendia mesmo a aceitar uma condenação à morte e, por mais esta vez, a legislação de exceção nunca aplicou a pena de morte, que voltou a ser banida do repertório legal das penas com a Emenda Constitucional nº 11, editada em 1978. A Constituição vigente, excetuando os casos tradicionalmente capitulados na legislação castrense, em tempo de guerra externa, vedou a cominação de pena de morte na letra "a", do item XLVII, do artigo 5º.

Vale indicar para os mais interessados no tema, o trabalho de pesquisa elaborado pelo advogado **GEBER MOREIRA**, incluído em volume que a EDITORA FORENSE fez publicar em 1962, sob o título "Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a **NELSON HUNGRIA**."

Finaliza o autor assim:

"Aí está a trajetória deste instituto de direito que acompanha o homem desde a idade do bronze, matando impiedosa e barbaramente em nome de uma justiça, o que é um insulto à própria origem e destino da cultura humana. Creio que é tempo de a humanidade aprender que o espetáculo da morte educa para a vida".

E mais adiante, execrando o direito de vida e morte do Estado sobre seus súditos, arremata:

"Por estas razões, repudio a pena de morte. Ouso mesmo pensar seja isto um dever imposto a todos nós que já deixamos muito para trás aquelas idades em que caiu para sempre no pó o direito divino dos reis, para se levantar o direito humano dos povos".

Seria exaustivo e desnecessário recapitular a trajetória da pena de morte nas legislações do mundo. A delonga desse quadro pode bem ser substituída como parte de consulta bibliográfica, pelos dois volumes que publicaram os pronúciamentos dos mais representativos penalistas da época, apresentados por ocasião da comemoração, em Coimbra, do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal, onde, entre os nossos, figuram HUNGRIA, MIGUEL REALE e HELENO FRAGOSO.

Formalmente a pena de morte em Portugal - um dos primeiros países europeus a aboli-la - saiu da sua legislação em 1867, mas desde 1846 que já não era aplicada. Importa em dizer que o mais relevante da comemoração do Centenário referido é a significação extraída do fato de que, após cem anos sem pena de morte, o país só tem motivos para festejos. Reforça mais ainda tal conagração o fato de que a Câmara dos Deputados, que votou o projeto de abolição dessa pena, apresentou um resultado de 98 votos favoráveis contra 2, enquanto o Senado votava o projeto abolicionista por unanimidade. E cem anos depois, o povo português se parabeniza por aquela sábia decisão.

Hoje, país algum da Europa Ocidental - exceção da Bélgica - mantém a pena capital.

Depois de longa experiência em prevenir a vontade de cometer crimes mais chocantes contra o seu semelhante, o homem, por mais que imaginasse ameaças legais de revide, cada vez mais temíveis, não conseguiu mudar o quadro estatístico da criminalidade na sua relação inabalavelmente progressiva e assentada, principalmente, na concentração demográfica, ligando-se ao índice maior ou menor da mesma. Tampouco a efetiva execução dessas penas serviu de exemplaridade ao ponto de modificar o referido índice. De fato, não ficou demonstrado, por todo o curso dos séculos, que a tortura até a morte, ou na morte como pena, influísse como prevenção (temibilidade) ou como repressão eficazes na trajetória da criminalidade. A função da pena de morte, sob esses aspectos, não difere das demais penas.

Chegamos a um estágio de nossa história suficiente para proclamar que a questão da pena de

morte nada tem a ver com a necessidade, que fundamentaria a sua legitimidade; ou a exemplaridade, que fundamentaria a sua temibilidade. Ela é, e, nunca deixou de ser uma resposta conhecida como "talião". E se "talião" foi uma conquista, o foi somente para a época em que o "olho por olho e dente por dente" era um limite ao "braço pela mão, a cabeça pelas pernas". A par disso, foi questão cultural considerada em função dos valores da época - tanto em relação ao crime quanto em relação à natureza da sanção penal -, ou questão política, ligada a interesses políticos, subalternos para o Direito Penal. Portanto, é certo que a pena de morte não é uma questão jurídica e sua discussão, em nosso tempo, é um desalentador "non sense".

A morte, como sanção legal, é para a sociedade que a consente uma ofensa sempre irreparável à dignidade humana dos seus membros, por todos os motivos que pretendem fundamentá-la.

Em nosso país o assunto voltou a baila impregnado de oportunismo político, que vai deslizando sua sanha antiga e consumista, pela onda de publicidade voraz com que a imprensa veste os seus produtos e, neste caso, confundindo causas, instigando soluções impróprias, criando uma opinião pública viciada da opinião publicada, sem as qualificações devidas. A natural revolta das vítimas, diretas ou indiretas, de crimes equivocadamente rotulados de hediondos, tais como o sequestro para a extorsão, o estupro e o roubo com morte, certos homicídios qualificados pelo motivo, ou pelo meio, ou pelo fim e outros tantos crimes de perigos comum, com ou sem resultado morte, contagia de tragédia toda a sociedade, numa atitude solidária positiva. Todavia, impactada pelo ponto de tolerância máximo que suporta a criminalidade ambiente e, diante de agressões semelhantes, persistentes e resistentes num determinado período, como ataques excepcionais, uma representativa parcela da sociedade, intranquila e insegura, atingida pelos percalços e ressonância do golpe insólito, é instada, de modo muito emocional e despreparado, a desviar sua revolta para a questão do crime, do criminoso e da pena. E é, então, que ocorre a despropositada

insurgência contra a ineficácia das leis, a brandura das penas, a benevolência de suas aplicações pelo juiz, a facilitação do seu cumprimento a conta de brando ou falho sistema prisional, a liberalidade da legislação que regula a sua execução, o despropósito de medidas judiciais como "habeas corpus", o relaxamento de certas prisões preventivas, a liberdade provisória, o regime progressivo, enfim, contra instituições que nada tem com o fato inicial gerador da sua solidariedade e horror contra o crime organizado ou não. A revolta contra a impunidade jamais encontrará solução na morte legal do impune, porque o impune o pode ser, tanto da pena privativa de liberdade quanto da de eliminação. O paroxismo chega a tal ponto de irracionalidade que, após alguns dias de bombardeio panfletário da imprensa, a opinião pública, confundida com a opinião "publicada", volta-se, com visível antipatia, contra as próprias instituições de Direito que representam justamente os mecanismos de defesa que a legislação oferta todos os cidadãos para garantir os seus direitos fundamentais. Investem os mais sugestionáveis, nesse impulso de revolta instigada, contra as comissões de Defesa de Direitos Humanos - de raízes internacionais humanitárias e culturais - esquecendo-se que, com isso, despoja-se toda a sociedade, direta e potencialmente, de seus próprios "fronts", na eventualidade - nunca despresível - de vir, qualquer dos seus membros, indiscriminadamente, a ser vítima das agressões contra as quais, impensadamente, se desprotegeram, a conta de medidas que aprovaram e aplaudiram. Essas lamentáveis situações acontecem quando o indivíduo, atordoado na mistura dos demais, massificado, transforma-se no seu coletivo patogênico e, nesse inchaço plural, contaminado e contaminador, acaba por criar aquela parcela de povo que identificamos como UMA GRANDE PORÇÃO DE NADA, caótica e avassaladora, desagregado no inconsciente coletivo que descende, em um minuto, às priscas eras do seu selvagem (o "id") onde se junta e se identifica com o bárbaro de todos. E, por causas deles, estamos aqui. Mas aqui eles devem ser devidamente administrados.

Este é o momento das instigações expúrias e

impróprias para se resolver o assunto da pena de morte, no velho e fácil diapasão da "necessidade", dissimulando, ou o interesse inconfessável ou o paroxismo de revide, que jamais poderá ser repassado do indivíduo para o Estado. A mãe que teve o seu filho sequestrado para servir de objeto de extorsão, na sua absolutamente natural fúria, oriunda de uma angústia inaudita, incomparável e intransferível, já com a criança no colo, sã e salva, desabafa: - "EU SEMPRE FUI A FAVOR DA PENA DE MORTE. AGORA MUITO MAIS. MAS ESSES CRIMINOSOS PRECISAVAM MUITO MAIS DO QUE ISSO; ELES MERECIAM SER MUTILADOS EM PEDACINHOS, PARA VER O QUE AGENTE SENTIU".

Esse sentimento de vingança, dificilmente contornável no humano de cada um, que definiu de modo extraordinariamente perfeito o sofrimento a que é submetida a mãe ou o pai, ou os filhos, ou o cônjuge etc., da vítima de um crime dessa natureza, só comparável a uma "mutilação em pedacinhos", é o que os impõe a desejar o mesmo para os seus algozes. Isto pode ser até reconhecido como um desejo justo e contaminante a tal ponto que refletiria a situação jurídico-penal da "inexigibilidade de conduta diversa", caso se concretizasse, na realidade, revide pessoal de tal jaez.

Mas o que é inaceitável é o Estado fazer da vez do indivíduo que sofreu toda a covardia da brutal agressão e puni-la com a mesma covardia e igual brutalidade.

ROBERTO LYRA, cognominado "O Príncipe dos Promotores Públicos", por conta de um acervo respeitável de condenações conseguidas no Tribunal do Juri do Rio de Janeiro, à época em que a tribuna da defesa era honrada por bastonários do porte de EVARISTO DE MORAIS, MARCOS BULHÕES PEDREIRA, JORGE SEVERIANO RIBEIRO, todos ao nível de incontestável saber jurídico e temível contundência, aliadas a eletrizante verve oratória, em estilos personalíssimos, ROBERTO LYRA, tendo percorrido e vivenciado todos os estágios da sua carreira, inclusive como diretor de penitenciária, incluiu, entre tantos temas de sua extensa obra um, nomeado "Penitência de um Penitenciariasta". Só pelo título, sem muito esforço de indução, pode-se bem imaginar os supor-

tes fáticos do conteúdo desse trabalho. Já como excelente professor de Direito Penal da nossa, então, Faculdade de Direito do "Catete", com projeção internacional e assento entre os grandes penalistas contemporâneos e membro da Comissão Revisora do Código Penal de 40, perguntado por um repórter mais afoito, em momento publicitário em que a violência sempre vende notícia, sobre a conveniência da adoção legal da pena de morte, respondia complacente: - "Meu filho, no momento em que agente está tratando da "morte da pena", você me vem perguntar sobre a "pena de morte?"

Enquanto isto, do outro lado do mundo, e por ótica distinta, o carrasco inglês, ALBERT PIERREPOINT - falecido agora aos 87 anos - descendente de uma família de carrascos, em suas memórias, após enforçar 433 homens e 17 mulheres até 1956 incluídas neste conto 27 pessoas em um só dia (condenadas por crime de guerra), consignou o fato de não acreditar que as execuções tivessem servido para evitar futuros crimes.

A pena de morte não está na morte e, por isso, a morte não é pena. A pena está na antecedência da morte, marcada como um encontro forçado e fatídico, em lugar, dia e hora certos, com algo que o homem, na sua inteireza fisio-psíquica, não quer encontrar-se de modo algum. Há nisso um inexorável definitivo contido na pena e outro inexorável conflitante, contido no instinto de quem é a ela condenado, porque sobreviver é uma obstinação trágica e, porque é instinto, é de qualquer maneira, seja lá como for. Aliás, o instinto de conservação é tão enérgico que se desdobra em prevenções, resistências e simulações, não se satisfazendo em conservar-se apenas, mas em conservar-se na sua plenitude, como antecipação defensiva do perigo que cria difusamente a dissimulação da velhice, para retardar, ainda que mentirosamente e só para os outros, o "acabando", na projeção dos espelhos.

A partir do reconhecimento indefectível desse calendário de morrer, a morte é a constatação da paralização das funções cerebrais e ocorre de modo natural ou violento (as Ordenações inscrevia: "morte natural para sempre"), incluindo-se nesta última, a morte accidental, a por homicídio, a por

suicídio, ou a forçada por sentença judicial. São violentas porque interrompem a vida, ainda naturalmente apta. Afora o suicídio e o acidente, nas discriminantes objetivas legais e no caso de inexibibilidade, a morte violenta é sempre um chocante. Mas a que é precedida de tortura é cruel, porque a crueldade está explícita na tortura e implícita no fato de matar, em nome do Estado, que não quer morrer, fora de qualquer das justificativas objetivas jurídico-penais. Para enfatizar essa crueldade vale reparar no contraste entre a morte legitimada falsamente pela lei, executada por sentença judicial, pressuposta e ficticiamente correta e justa, e aquela dada por piedade emergente do quadro da eutanásia. Nesta, dá-se a morte a alguém vivo, cheio de morte, que quer morrer; naquela dá-se a morte a alguém vivo, cheio de vida, que quer viver. Fica a advertência, desde logo: países que ainda adotam a pena de morte, por singela coerência, deveriam excluir a eutanásia do elenco de suas condutas reprováveis, pois desde que adotaram a morte como castigo se impedem de legitimar a reprovação da morte dada por piedade, onde, além do mais, o risco de erro no diagnóstico equivale ao risco do erro judiciário.

A tortura, a crueldade e a covardia não passam de tríade de um corpo só, embora a última possa manifestar-se, independentemente, como vírus residente no núcleo de uma infinidade de condutas penalmente reprováveis, funcionando em cada uma delas, ora como agravante, ora como qualificadora do próprio tipo fundamental. Na lei penal militar a covardia chega a nomear um tipo. No Código Penal percebe-se sua presença toda vez que a conduta criminosa se reveste de circunstância que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima; ou quando se aproveita do estado físico ou qualquer outra situação de inferioridade da mesma; ou desta oculte algo que a coloque na já referida condição de impossibilidade ou dificuldade de defesa. Assim, a reprovação é reconhecidamente agravada ou qualificada toda vez que o autor age à traição, de emboscada ou com dissimulação. É nessa situação que se identificam inclusive, como vítimas, a criança, o velho e o enfermo; ou um determinado número de

peças submetido ao risco de beberem água potável propositadamente envenenada, ou ao ato de sabotagem, ou ao de terrorismo, ou ao da própria autoridade quando, no exercício de suas funções, comete abuso de poder ou violência desnecessária que excede o extrínseco cumprimento de seu dever legal.

Em todas essas situações o autor do crime age covardemente. Podíamos incluir aí, especificamente, outros tantos casos, tais como "maus tratos", "abandono material ou moral ou intelectual", "aborto sem o consentimento da gestante", "omissão de socorro", "transmissão de moléstia grave".

A par disso, cada crime, como expressão de um excesso intolerável e, por isso mesmo inadmissível, reprovável e punível, confronta-se sempre com um limite de graduação para menos, em que se exaure a exigibilidade até a antijuridicidade transmutar-se em juridicidade da conduta. Assim, a toda configuração de tipo penal opõe-se a sua licença, do momento em que a conduta se apresenta, nas circunstâncias, de acordo com o Direito e não, contra o Direito. Mas no caso da pena de morte, qual a razão que fundamentaria a juridicidade correspondente? A lei aplicada e executada, neste caso, apenas torna a aplicação e a execução, legais, mas está longe de se legitimar apenas pelas razões de Estado. Com efeito, na pena de morte dilui-se do conceito evoluído de sanção penal e execução penal o caráter de reeducação e ressocialização, prevalecendo exclusivamente o fator retributivo. É puro "talião", na inteireza da vingança recheada de tortura, de crueldade e de covardia. A consciência jurídica sadia concebe a sanção penal com seu conteúdo de intimidação próprio (coação psicológica geral aliada à inexorabilidade da aplicação e cumprimento da pena); de prevenção (segregação do autor do crime); retribuição (castigo, implícito na perda temporária forçada da liberdade) e ressocialização (finalidade utilitária contida na reintegração social, que representa o caráter humanitário, de dignidade humana, de todo o castigo legal). Fora disso, tanto o crime quanto o castigo são repugnantes e expressam a correspondência de dois fatos execráveis que reprovam a lição tanto quanto o erro, no mínimo.

A tortura, na pena de morte, reside na expectativa da morte. A pena reside nesta tortura onde a morte já não representa mais coisa alguma senão, pó.

Pode-se imaginar qualquer espécie de meio de dar morte legal a alguém, mas por mais suave ou insensível que o tenha, mesmo contando com a sofisticação da técnica mais avançada da rapidez (uns creem ser ainda a decapitação), isto jamais terá o condão de descartar o que já fez da criatura condenada, desde a consciência da simples possibilidade da sua eliminação forçada quando se a submeteu à acusação e ao processo, ao julgamento até a execução, passando pela sentença de primeiro grau e todos os demais recursos, inclusive a expectativa desesperada da concessão de "graça", pelo Presidente da República. Essa "espada de Dâmocles", de golpe cada vez mais concretamente esperado, que se distende desde a possibilidade até a probabilidade e final certeza, causa uma desorganização psíquica tão angustiante, pelo receio, medo e pavor da morte em quem não quer morrer, estando apto para continuar a viver, que acaba por traduzir sofrimento inaudito - e que o digam os que já foram vítimas, com "final feliz", de sequestro com fim de extorsão. E o mais agudo disto tudo é que a sociedade passa a ser expressão imoral do Estado injusto que criou. Pior: personifica a indignidade dessa legalização ilegítima.

Mas como se evitar a presença do criminoso que seria condenado à morte?

Antes de mais nada, prendendo-o. Depois, segregando-o numa prisão não condenada, viabilizando, enfim, a pena de prisão. Substituindo a idéia da certeza da impunidade pela constatação da inexorabilidade do cumprimento da pena. A partir de então, trabalhando o processo de educação ou reeducação, aliado a dinâmica ocupacional, com trabalho remunerado para responder a auto-subsistência e pagamento da própria ressocialização, evitando, de todos os modos, enfim, a reincidência, que é a falência da aptidão humana em sobreviver, por carência absoluta de corrigir.

Por que eliminá-lo? Porque eliminou? Aí está o TALIÃO!

Se as prisões estão abarrotadas, segregar indiscriminadamente criminosos é aumentar o problema. Se todos os que estão com mandado de prisão na rua fossem capturados, não haveria espaço físico capaz de abrigá-los, mesmo que transformássemos os estádios de futebol do Brasil em espaços penitenciários!

É também por isso que o regime progressivo assume uma conquista na racionalidade da sua execução. Sua chegada veio com muito retardo e seu desenvolvimento torna-se indispensável no sentido de atender o aspecto menos retributivo e mais humano, orientado para a utilidade e ressocialização. Inicia-se a experiência das penas não prisionais, onde se possibilita o trabalho para o condenado, abrindo chance da pena não atingir pecuniariamente a sua família e dele mesmo custear sua manutenção.

Não é a prisão que está em crise. A prisão está falida. Em crise está a própria pena privativa de liberdade.

Até na medicina, os médicos estão preferindo o tratamento ambulatorial, por todas as razões. Pois por todas as razões a prisão está sendo condenada pelos penalistas.

Crimes de gravidade e repercussão apoucadas, onde o autor apresenta-se sem periculosidade, podem ser resolvidos, o quanto mais, fora das prisões, imaginando-se, com fartura, outros tipos de obrigação para a quitação social e respectiva liberdade plena. Como cobrar-se do regime prisional o que se não tem, uniforme e genericamente, para todos, fora dele? Enfim, prisão fechada, só para o portador de alta periculosidade vertida para bens jurídicos relevantíssimos. E para esses, basta que as penas não sejam a expressão do crime, mas de quem o praticou. É esta individualização que deve presidir, também, a sua execução. Não existe crime hediondo, do ponto de vista científico. Isto é uma tolice do tamanho do legislador que a imaginou. Não há como rotular crimes afora da terminologia jurídico-penal. A maior ou menor reprovabilidade repousa nos motivos determinantes da conduta, ou no seu fim, ou nos meios empregados para este (tal crítica é a mesma que adotamos ao comentarmos a

estrutura do crime político, cuja característica está no fato de se conter seu tipo na lei específica, mas deveria ser identificado, de fato, em qualquer tipo penal, desde que se revele na conduta o motivo ou fim político).

Certamente daí resultarão menos prisões, menos despesas e mais possibilidades de tratamento adequado às questões relativas a execução das penas e da sua inexorabilidade, sem as benesses das regalias corrompidas ou o prestígio das impunidades corruptoras.

Por outro lado a administração carcerária deve possuir recursos suficientes para substituir o seu contingente ao ponto de apresentar seu material humano com capacitação específica e remuneração adequada, afastando-se, desde logo, as solicitações naturais da corrupção e dos favores causadores da ambiência de degradação generalizada. Isto é o mínimo que há para acontecer, ao lado da paulatina amplitude do sistema de penitenciárias de pequeno porte para a execução de prisões abertas e semi-abertas, descartada, por insólita e imprudente, a privatização neste setor.

Se essa montagem é dispendiosa, a sociedade tem de pagar; exatamente para não sofrer os percalços da cobrança da própria desatenção com que estipulam as regras da distribuição de oportunidades e os valores do acesso à riqueza, que muito tem a ver com o respeito aos princípios apenas enunciados e não cobrados, primacialmente na proclamação de que "todos são iguais perante a lei" e de que "a lei é feita para todos".

Observe-se que quanto mais se elocubra sobre essas galerias subterrâneas onde se elaboram os mecanismos das diversas formas da luta pela vida, ficamos progressivamente mais envolvidos, enredados, complicados e confundidos para contestar isoladamente este ou aquele ângulo indesejável na abordagem das atividades ou da movimentação social do contemporâneo da vida da cidade porque, afinal, ela se apresenta, na parte substancial do seu cotidiano, altamente desconfortável e inegavelmente GLOBAL.

Daí, cabe afirmar que, crime, criminoso, pena e prisão, regeneração ou reincidência são temas

integrantes do ciclo da própria vida social, na liberação das suas próprias características, segundo os postulados e valores que adotou, sincera ou hipocritamente.

É de bom alvitre não tocarmos no máximo da pena "in genere". Ela já representa, por si só, uma quantidade de vida suficiente para, se integralmente cumprida, sem abatimentos, valer por uma vida de prisão.

Por outro lado, é preciso fixar-nos no fato de que ao se instituir a prisão-prisão, há que se ponderar de modo mais sério daquilo que se tem feito na estrutura disciplinar interna para embaçamento do seu regime, de acordo com suas possibilidades materiais. Se o Estado prende, fica garantidor do preso, inclusive pelo atendimento efetivo aos direitos que não perdeu, tais como os inerentes à integridade física, saúde, trabalho remunerado, dignidade, convívio familiar, espancada mais uma vez qualquer sedução à inadmissível idéia do TALIÃO, com todas as suas ganas do revide frustrado. A rigor, tais direitos descendem da dignidade humana, devida como lição, mesmo àquele que demonstrou nunca a ter ou tenha violado a dos outros, quando livre, até porque, nos motivos determinantes do ato que o segregou, a sociedade não é vítima absoluta. Aliás, o que carece instalar é um sistema de assistência social voltado para a educação, a instrução, a profissionalização e o mercado de trabalho. Este é o sistema substitutivo das penas e das prisões. O trabalho remunerado está ligado à ressocialização e ao sentido prático de que o preso deve trabalhar, no mínimo, até ao ponto de neutralizar o seu custeio e o de sua família, de forma a que a prisão não represente o castigo de todos (sociedade, família e preso) e inútil ou pior (reincidência). E se tais condições não existem, é preciso criá-las o quanto antes para depois não se reclamar e se cobrar reincidências e pena de morte, com a fúria dos grandes equívocos. A pena de demissão do funcionário, por exemplo, é uma iniquidade, principalmente a que recai naquele antigo, quase aposentado, porque esta atinge, irremediavelmente, a sua família ou os seus dependentes que, a rigor, são dependentes

do emprego daquele e não, propriamente, "daquele".

Repare-se também num outro ângulo de apreciação: há um hiato, absolutamente inexplicável, entre o máximo da pena cominado em nossa legislação - 30 anos - e a pena de morte, considerando-se a vida provável do condenado. Derrepente, 30 anos é, como quase sempre, toda a vida do principal da vida ou mais do que a vida pode. Basta que o preso seja compelido a cumpri-la por inteiro - e a teremos, então, com a mesma essência da prisão perpétua. A única vantagem da desvantagem da prisão longa, frente a morte imposta, é que será sempre possível reparar, ainda que em parte, a injustiça ou o erro judiciário, com a revisão criminal ou fato incipiente da execução que a interrompa de outra forma.

Enfim, o preço de um preso para um cidadão livre, é caro. É muito para nada. Para picar. Daí as propostas. Mas nada justifica qualquer solução prática imediatista de eliminação, exatamente por tudo o que já se disse. Homens não são produtos industriais. Mesmo nas sociedades industriais os sócios são responsáveis pelas perdas. Os sucessores, para sucederem, assumem ativo e passivo da herança. A sociedade é um condomínio. Não é admissível viver a responsabilidade de apenas uma parte desse condomínio, onde tudo de mau e tudo de bom, de excelente e de abominável integra-se no contexto de cada um. Toda pessoa, em sociedade, é plural por conta do fenômeno que a representa - causa e efeito das condutas que assume -, e, portanto, está presente, na responsabilidade coletiva, em maior ou menor grau de participação, tanto nos sucessos quanto nos fracassos, tanto nas inocências quanto nas culpas, tanto no sofrimento da vítima justificada, quanto na culpa do seu algoz ou justiceiro, até que a morte nos separe... e nos iguale.

O dever de comportar-se de modo diverso, diante do imperativo legal, decorre do fato de que a excessão ilusória ou presumida representa a violação desse dever e de que essa violação contraria a regra geral. Se o contrário é o que faz a regra geral, então é minoria que se comporta de acordo com a regra, cobrando de todo o resto, que é maioria. A regra passa a representar pois, não o geral, mas a exceção, onde um segmento social mino-

ritário cobra do outro, majoritário. Isso é a tirania dos bons sobre os maus, o que, sob todos os aspectos, é uma risível alienação.

O BODE EXPIATÓRIO nunca foi solução para problema algum que proclame solução para prejudicados. A lucidez de avaliar situações está na observância dos seus fatores mediatos e não, nas suas enganosas consequências imediatas.

Para avaliá-la no sentido da criminalidade não podemos considerar apenas o limitado espaço do crime acontecido. Grande parte da essência da sociedade é integrada por aqueles que admitem cometer uma infinidade de crime que julgam não serem graves ou não pensam na sua gravidade porque aprovam a vantagem pessoal, ou grupal, ou associada dessas suas condutas, superando facilmente o desvalor das mesmas com a força maior do interesse em assumi-las. Isso sem contar com aqueles outros que só não estão cumprindo pena porque não chegaram a ser processados. Não temos dúvida que a maioria dos homens desenvolve e aperfeiçoa o exercício das escapadas para esquivar-se da teia INSTITUCIONAL, acabando por praticar, ora na forma de concurso, ora na de continuação, a marginalidade social, mais ou menos consentida, com os contor-

nos conscientes ao dever de conduzir-se de acordo com a LEI. Eis como se perfaz a graduação dos criminosos e de seus crimes mais íntimos. Daí para outros estágios é simples questão de freios e desfreios. O fato é que as pessoas vão-se acostumando com o desvalor das próprias condutas. O pior da miséria é habituar-se a sua sujeira esta se acomodar.

A sociedade, seja ela qual for, tem o direito de se defender dos ataques marginalizados contra seus bens ou interesses juridicamente relevantes para tentar evitar que haja rutura no ponto de saturação da tolerância máxima dessas agressões, mas ao fazê-lo, deve abster-se dos excessos. Ela está enganada ao princípio da proporcionalidade que nada tem a ver com o "talião". Além do mais, a legislação, notadamente a penal, não deixou de ser ainda um dos enganosos monumentos à hipocrisia, desde quando elaborada até quando não respeitada ou contornada. Com efeito, o legislador, quando

elabora a lei, imagina-a PARA OUTROS, mas os "outros" não existem. Eis, então, o discurso jurídico-penal FALSO. Qualquer estudo sobre o comportamento das pessoas, como social, pode, com relativa facilidade, comprovar o que acabamos de afirmar.

E os efeitos dessa postura, como consequência da falsidade, não poderia deixar de também ser um jogo de simulações e dissimulações reconhecidas e naturalmente toleradas. Este é o filme da nossa sociedade e da sua estrutura.

O destinatário da sanção da lei é o MAU COMPORTADO, em contraposição ao BEM COMPORTADO, mas o bem comportado, num clima de aglomeração onde a concorrência foi substituída pela confrontação e o crime passa a ser o excesso que o homem emprega na luta pela vida, certamente não resistiria à Lei de Seleção.

A indiscriminação ou confusão entre o pior e mais ou menos; o relativo e o absoluto; o menos mal e o mal extremo; o crime da hiper criminalidade e o da criminalidade de "beira-mar" - que não compensa -, é o que representa a chaga desse Direito de se defender que, de inopino e desatinadamente, vira a doença de revidar. A violência e a fraude se instalam como uma MENTALIDADE, impossível de conter-se senão a partir da Escola Primária que, a rigor, é a grande INSTITUIÇÃO DE REEDUCAÇÃO, RESSOCIALIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO DO HOMEM, como ente HISTÓRICO, integrado na relação de progresso entre antigo e contemporâneo, reabilitando seus valores melhores e erigindo os princípios desses valores sem hipocrisias e conscientemente.

Por todas essas razões, ao jurista não é lícito nem honesto desatender, em nossa época, como lição das outras, o Princípio da Necessidade da Intervenção e o Princípio da Proporcionalidade da Pena, respeitados os limites intransponíveis da integridade física e da dignidade.

É essa mesma consciência jurídica que amalgama nossas idéias e pensamentos diante de problemas e soluções processados na área criminal. Com efeito, é muito difícil o verdadeiro homem do Direito perder de vista, seja lá qual for o momento, aquele imprescindível dever de respeito aos "princípios" erigidos a tanto custo e com tanta demora, como

garantia de todos nós, ao serem aplicados, sem distinção e avareza, a qualquer um de nós. O que é de se lamentar é o fato dos que vivem no âmbito da postulação, fiscalização, aplicação e interpretação da lei e, em sendo legisladores, juizes, promotores, procuradores, delegados, advogados, não conseguirem, ao menos, preocupar-se com a existência da lei e da sua aplicação ou declaração justa, ou seja, a lei presidida pelo "princípios", que são, na verdade a seiva que a legitima. Como exercer, de qualquer forma, a administração do Direito, sem submeter-se às extensões ou corolários do princípio do devido processo legal; ou da reserva legal; ou ao contraditório; ou ao da ampla defesa; ou a da necessidade da intervenção; ou ao da proporcionalidade; ou a da presunção de inocência; ou ao da publicidade; ou ao do "favor rei"; ou ao da "lex mitior", ou ao da isonomia; ou ao da sociabilidade da sentença; ou ao da solidariedade, etc.?

O Direito só é Ciência e factível - se for a obra de engenharia intelectual assentada nesses princípios. Toda vez que qualquer deles é contornado, de alguma forma, sob qualquer pretexto, ainda mais em **decisões judiciais** - o que não poucas vezes sóe acontecer numa **cidadezinha** lá na Lapônia -, a lei pode considerar-se despencada do seu sistema de compromisso maior e o edifício do Direito acaba por sofrer a infiltração irreversível das suas bases. O perigo de desabamento da estrutura jurídica, pela fratura dos seus fundamentos, deveria ser erigido como **crime hediondo**. **Sentença errada é falsidade ideológica**. A pretensão de uma sociedade que consegue identificar-se perante si mesma, será, certamente, aprender e ensinar como conviver, subsistir e prevalecer sobre a ignorância, a impiedade, a arrogância, a inveja, a ambição desmedida, a covardia e a corrupção, de modo a que se precise um tribunal de justiça que nos julgue, segundo **aqueles princípios**, e que por isso, devem ser difundidos, compreendidos, respeitados e fiscalizados por todos e para todos e cobrados indistintamente.

O mais consistente labor do Homem em sociedade, afora adotar o comportamento que demonstre a

sua consciência em ser cada qual responsável pelo seu semelhante, é assumir o papel de liderança na busca da harmonia ambiental. Isto está justamente na realização consciente do que prejudica ou impede essa harmonia e na vontade de não quebrar seu equilíbrio pela mesma vontade de que isso não ocorra. Só então desenha-se a consciência e a vontade de se submeter ao **dever de se conduzir de maneira diversa** àquela que arrisque a quebra da harmonia ambiental.

O dever de comportar-se de modo diverso decorre, por conseguinte, de que quebrar a harmonia é exceção à regra geral. Se o contrário é a regra geral, isto é, quebrar a harmonia ou paz, então teremos de admitir a reprovação da regra e reconhecer que a lei é feita para um segmento social especial e minoritário, que representa uma exceção contra a regra, a que chamaríamos de **bons**. Isto perfaz uma forma de **tirania: a dos "bons" contra os "maus"**, sem identificação precisa de quem é quem, mas na certeza de que a minoria cobra da maioria o que "diz" não violar.

Não se pode recusar ao Homem a prenhez do seu destino. Nem ele pode abdicar impunemente. Por isso o Homem é integral. Nos estágios do seu trajeto ele é seu todo e seu tudo, integral no contraditório desta tragédia. Ninguém pode ser uma parte de si, sem os custos do seu resto. Eu sou também meu corpo maior e, neste, as compensações dos maus pelos bons momentos, das tristezas das minhas alegrias, dos fracassos das minhas conquistas, das dores dos meus alívios, dos fatores que concluíram o produto que acabou sendo eu.

É fora de dúvidas que, diante de si mesmo, o homem contemporâneo não duvida que **não tem uma sociedade razoável**. Não é nem isso. Nós nem somos uma sociedade razoável.

E não podemos culpar os outros por causa disso. Até porque não somos **exatamente vítimas da sociedade**, mas desta, AUTORES e ATORES.

Finalizando pelo que devia se o início, passemos a examinar a maneira pela qual se pretendem conduzir o processo de superação do óbice constitucional à pena de morte.

Essa preliminar é erguida apenas para não se

perder de vista a apreciação de uma **questão de relevância** que envolve o tema, submetendo-o, nesse sentido, às balizas dos textos constitucionais e, como matéria exclusiva de direito, nascendo e morrendo nesse mesmo espaço.

Todavia, essa digressão eminentemente jurídica não afastou a discussão mais ampla, que foi a aborda-gem do seu mérito no presente comentário, visto o assunto, na sua abrangência, expor-se naturalmente à apreciação de associações e instituições perti- nentes ao trato com o Direito.

Eis o desdobramento do processo intelectual exegético extraído do articulado incontornável da Lei Maior:

os itens integrantes do artigo 5º, da Constituição Federal, dispõem sobre DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS PRIMÁRIAS e não se esgotam em si mesmo, pois o item LXXVII, § 2º - que está longe de representar inovação, pois que já inscrito no artigo 78, da Constituição de 1891, Seção II, "Declaração de Direitos" - apresenta-se como facho a espargir luzes intensas iluminando os caminhos mais seguros da penosa saga da CIDADANIA, rumo à revelação do seu significado na consciência do indivíduo - para morada permanente. À consciência que se abre ao nos debruçarmos sobre este dispositivo constitucional acaba por revelar no indivíduo, o cidadão e lhe dar força e poder para cobranças indiscriminadas, no seio mesmo do próprio Poder Judiciário pela necessidade do rigoroso e intransigente exercício da sua prática, no diário da Vida Nacional.

ART. 5º
"LXXVII -
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte."

Portanto, "a inviolabilidade do direito à vida", inscrita na cabeça do artigo 5º, é princípio constitucional e só se executa em caso de

guerra externa - item XLVII, letra "a", última parte.

Em conclusão: sob qualquer pretexto, **NÃO HAVERÁ PENA DE MORTE**. E como já foi dito no curso do presente Parecer, ao apreciarmos o mérito do tema, a **PENA DA "pena de morte" NUNCA ESTEVE NA MORTE, MAS NA TORTURA DOS MOMENTOS QUE ANTECEDEM A SUA EXECUÇÃO, QUE, COMO TODA TORTURA, COMO "PENA", perfaz a CRUELDADE**. Desse modo, forçoso admitir que a "pena de morte", além de violar o princípio instituído na letra "a", do item XLVII, do art. 5º, da Constituição, também viola a sua letra "e" ("não haverá penas cruéis").

Não é demais acrescentar que a morte legal, imposta como sanção, faz letra morta do item XLIX, do mesmo dispositivo constitucional referido ("E assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral") e retira ao Estado a idoneidade de reprovar a **prática da tortura** com a veemência com que o fez, ao incriminá-la no texto XLIII, ao ponto do exagêro de considerar igualmente responsável pelo crime, o que, podendo evitá-lo, se omitir, criando, com isso, algum embaraço para a conceituação atual da omissão penal relevante, que já está assente, com a devida propriedade, no art. 13 § 2º, do Código Penal Brasileiro, quando indica a **quem cabe o dever jurídico de impedir o resultado**.

Por outro lado, é certo que a Constituição admitiu-se ser emendada, tal como dispôs o seu art.60, porém vedou, no § 4º do mesmo, qualquer **RETOQUE OU TOQUE NOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**, tal como na forma federativa do Estado, na instituição do voto direto, secreto, universal e periódico e na separação dos poderes.

Trata-se de uma limitação material explícita, É **CLÁUSULA "petra"**.

É certo, também, que a **SOBERANIA POPULAR**, emanada do Povo, por meio de representação do **DIRETAMENTE** - § único, do Art. 1º - não pode extrapolar os **TERMOS DA CONSTITUIÇÃO**, segundo o mesmo dispositivo constitucional que declara a fonte do Poder da nação brasileira. Daí que, se a Lei é um consenso e a Lei Maior é daqueles que não deve ser efêmero, transitório, temporário ou circunstancial, mas relativamente permanente, todos

os poderes haverão de se submeter às limitações próprias da Lei Maior, erigida pelo **POVO EM CONS-TITUINTE**, sob pena de se desestabilizar, **LEGALMEN-TE**, a sua própria segurança. Quando o Constituinte vedou emendas à casuística do § 4º, do Art.60, estava exercendo o "munus" legítimo da representa-ção popular. Agora, nem direta ou indiretamente essa regra pode ser mudada, a não ser com um ato institucional consequente de uma Revolução.

O Art. 14 desse mesmo diploma nos socorre neste argumento, ao dispor, no seu item I, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio uni-versal, e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **NOS TERMOS DA LEI, MEDIANTE PLEBISCITO**, entre outras maneiras.

O Art. 49 proclama a competência exclusiva do Congresso Nacional para **AUTORIZAR REFERENDO E CON-VOCAR PLEBISCITO - ÍTEM XV**.

O plebiscito ora proposto é para **EMENDAR A CONSTITUIÇÃO**.

O Art. 59 reza que "o processo legislativo compreende", entre outros, a **ELABORAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO - item I**.

Então temos que, o plebiscito é convocado pelo **CONGRESSO** e, após realizado, volta ao Congresso para submeter-se ao processo legislativo com o fim de emendar a Constituição.

Entretanto, vimos que isto não é, absolutamen-te, possível, no caso da pretensão da emenda reca-ir sobre qualquer dos temas expressos nos itens do § 4º, do Art. 60, da nossa Carta Política. E supra Constituição, só a Revolução de fato.

Em conclusão, sob o aspecto da relevância constitucional e da ótica política, a pretensão de um plebiscito para contornar o óbice da institui-ção da pena de morte no Brasil, é **INVIÁVEL**. Nada se pode apresentar acima da Constituição com o fim de contrapor-se aos seus comandos resolutivos. **SUPRA** constitucional, só **REVOLUÇÃO**.

E o supra legal existe num caso somente, no Direito Penal-lei ordinária - e favorável ao réu, que é a "inexigibilidade de conduta diversa".

No mais, apenas como arremate, porque a morte, judicialmente decretada, nada mais é do que a eliminação forçada da pessoa humana, não podendo

conter quaisquer dos outros caracteres da execução penal, tais como a educação, a reeducação, ou a reabilitação, ou a ressocialização do condenado, guardando apenas seu caráter aflitivo, de mera retribuição e para o que vai morrer e de intimida-ção e exemplaridade para os outros, fere, com is-so, o **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**, erigido no item III, do Art.1º, da Constituição que identifi-ca o **HOMEM COMO FIM DO DIREITO, EM SI MESMO** - e não como meio (inclusive de política criminal) e, assim, acaba por descaracterizar o Estado Democrá-tico de Direito, porque esfulge a um dos seus **FUN-DAMENTOS** - textual do Art. 1º.

Finalizando, podemos concluir que a adoção da pena de morte no Brasil encontra outros óbices constitucionais além do inscrito na letra "a", do item XLVII, da CARTA MAGNA. Há, ainda, a letra "e", do mesmo item - penas s cruéis, representada pela tortura a que se submete o indivíduo nos casos de **pena de morte**, durante todo o tempo que antecede a morte: desde quando é acusado de crime que a prevê como sanção, até a condenação e os instantes antecedentes da execução.

Ainda mais: a **TORTURA** está prevista como equi-valente a "crimes hediondos" no item XLXIII, do mesmo artigo 5º, da Constituição. A pena de morte, como simples proposta, no Brasil, já é autofágica.

Não há como admitir a pena de morte no elenco das penas legais no Brasil, tanto como matéria de direito, quanto como pelo exame do seu mérito, seja lá de que ótica for, segundo inclusive, o melhor e mais avançado do pensamento contemporâ-neo, que já superou, sem retorno, o razoável e o menos atrasado do seu estágio.

SERGIO VERANI

Prof. de Prática Forense Coordenador do Curso Direito Social e Juiz de Direito

"A terra era do senhor de engenho e este podia fazer dela o que quisesse. Então não havia um direito que lhe garantisse a sua casa ?

Era duro ir morrer fora daquela casa que fora de sua gente, que sentia como verdadeiramente sua. (...)

Há uma semana que tinha sido posto para fora de sua casa pelo senhor do engenho. Direito de pobre. Não podia haver direito de pobre."

(JOSÉ LINS DO RÊGO - FOGO MORTO).

Pensa-se pouco, ainda, no Direito como uma prática social.

O conhecimento jurídico continua fortemente vinculado a uma visão meramente dogmática e positivista, alheando-se das condições materiais e históricas de existência que produzem a vida social, tornando-se um conhecimento abstrato, idealizado, ideologizado - um conhecimento não científico.

A revolução científica moderna dá-se com GALILEU, através da ruptura com os sistemas de representação dos mundos antigo e medieval, constituindo-se, a partir daí, uma ciência cuja teoria e cuja prática social integram-se e não se opõem.

O Direito, entretanto, fundamenta-se, ainda, num mero sistema de representação, realizando-se a sua prática através de uma relação abstrata e fetichizada com a norma positiva, considerada como valor absoluto.

Mas, como observa BACHELARD, (1)

"A doutrina tradicional de uma razão absoluta e imutável é apenas uma filosofia. É uma filosofia caduca."

Só é possível a formação do espírito científico, ensina BACHELARD, aprofundando-se uma reflexão crítica, através da epistemologia (episteme = saber, ciência), sobre a maneira como se produzem conceitos e teorias científicas, a partir de um processo histórico, procurando des-cobrir aquilo que as filosofias, de modo geral, encobrem: os valores ideológicos que intervêm na prática científica. E são esses valores ideológicos que vão constituir o obstáculo epistemológico, isto é, a resistência de um sistema rígido e dogmático de pensamento - invulnerável, impenetrável, auto-suficiente, a-histórico, não dilético - à reflexão crítica sobre as condições históricas de sua origem.

Em virtude dessa estrutura fechada do pensamento jurídico, nada mais tem sido o Direito do que mera prática ideológica, mero instrumento de acomodação dos conflitos, destinando-se o seu saber ao papel de uma "tática de dominação", na expressão de FOUCAULT, visceralmente vinculado à legitimação do exercício do poder.

Os conceitos criados pela teoria jurídica - neutralidade, imparcialidade, bem-comum, defesa da ordem social, igualdade perante a lei - tornam-se mitos que dissimulam o caráter de classe do Direito.

Não se pode esquecer que o modelo de organização social da sociedade capitalista funda-se na divisão de classes e na propriedade privada dos meios de produção - na exploração econômica, na desigualdade, na injustiça social -, produzindo-se um determinado modo de pensar, de sentir, de agir. Esse modelo de vida baseado no lucro, no acúmulo patrimonial, no individualismo privado, transforma

1) BACHELARD, Gaston - A FILOSOFIA DO NÃO - Os Pensadores, S.P., Abril S.A. Cultural, 1984.

também as relações sociais e humanas em mercadorias, coisificadas essas relações pelo sentimento de posse, de domínio, de exclusão, destruindo-se e negando-se a própria possibilidade da vida plena e humanizada.

No Terceiro Mundo, essa radical desagregação da vida é cruel e perversa.

Fazer e pensar o Direito como prática científica (teoria e ação unidas), nesse contexto histórico, será desvendar e reconhecer a sua natureza de classe, re-orientando a sua prática social - para a efetiva garantia da condição humana, deixando assim de funcionar como mero sistema organizador e controlador dessa desigualdade fragmentada.

O grande educador PAULO FREIRE, em A IMPORTÂNCIA DO ATO DE LER, ensina que

"A leitura do mundo precede a leitura da palavra, daí que a posterior leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele. Linguagem e realidade se prendem dinamicamente. A compreensão do texto a ser alcançada por sua leitura crítica implica a percepção das relações entre o texto e o contexto." (2)

A leitura do Direito, como prática social, também é assim: a leitura da norma pressupõe, antes, a leitura do mundo, não se podendo restringir a leitura daquela a isolado tecnicismo. Para compreender a norma é preciso, antes, compreender o contexto em que se insere a norma, a sua relação com as condições reais e objetivas da existência humana. É através de uma leitura social que se poderá des-vestir o Direito da sua toga ideológica, que oprime e obstaculiza a produção do conhecimento científico, tornando ineficaz o sistema jurídico para a solução dos conflitos.

Um bom exemplo dessa leitura do Direito, com olhar amplo abrangente, é o curso Direito Social,

2) FREIRE, Paulo - A IMPORTÂNCIA DO ATO DE LER - 24ª ed., São Paulo, Cortez Editora, 1990.

iniciado em março de 1992 na Faculdade de Direito da UERJ.

Trata-se de um curso de extensão, com apoio da Sub-Reitoria para Assuntos Comunitários, de caráter interdisciplinar, destinado a alunos da Faculdade de Direito e representantes do movimento popular e categorias organizadas da sociedade civil. Entre seus objetivos, está a formação de uma assessoria jurídico-comunitária adequada para os movimentos populares comprometidos com a defesa da cidadania e dos Direitos Humanos, discutindo-se o Direito como prática vinculada ao processo histórico e desenvolvendo-se estudos e pesquisas que resgatem as experiências coletivas dos movimentos sociais. Procura-se, como lembra o professor MIGUEL LANZELLOTTI BALDEZ, também coordenador do curso, "desvincular o Direito das formulações abstratas, para situá-lo no concreto das contradições econômicas, sociais e políticas." Para isso, a integração entre o saber acadêmico e o saber produzido pelas lutas dos movimentos populares é fundamental, possibilitando-se a reconstrução de uma nova teoria e prática jurídicas.

Uma das lindas aulas do curso foi dada por uma aluna, LURDINHA, da Comissão de Posseiros Urbanos de Volta Redonda. Mulher miúda, LURDINHA abriu no meio da sala o plano-piloto da sua cidade e, ajoelhada sobre aquele enorme mapa, demonstrou, com exemplar didática sobre a formação histórica das cidades, com inigualável lucidez dialética, com indignada emoção, como e por que as cidades não foram feitas para os pobres, e como se exerce, em nome da ordem burguesa, uma permanente violência contra os pobres e marginalizados.

O mestre José Amaro, personagem de JOSÉ LINS DO RÉGO, expulso do engenho, pensava: "Não haveria um direito para ele? Deve haver um direito."

A leitura social do Direito é uma tentativa de resgatar e garantir esse negado "direito de pobre".

O próprio Direito Positivo mostra caminhos para isso. A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece, no esquecido art. 5º, que

"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum."

A Constituição Federal, no seu art. 1º, garante, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. E os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são (Constituição Federal, art. 3º):

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estes são os fins sociais a que se deve destinar a aplicação da lei. Uma lei cuja aplicação desatenda a esses princípios gerais e fundamentais do Direito será uma lei inconstitucional. E a interpretação da lei deverá dirigir-se sempre para o exato cumprimento e realização desses princípios. A lei e sua interpretação deverão garantir, sempre, o exercício pleno da cidadania e a dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O fim da lei só poderá ser a promoção da justiça social. Não pode haver, por isso, contradição entre lei e justiça. Se houver, estará essa lei violentando os princípios constitucionais.

É comum Juizes, Promotores, Procuradores, dizerem-se "escravos da lei", ou que a lei constitui uma "camisa de força". Geralmente, a utilização dessas expressões serve para justificar a prática de injustiças contra os oprimidos, e revela a existência de uma real "camisa de força": a in-

visível camisa de força da ideologia. Através da interpretação ideológica, muitas vezes o próprio Direito Positivo é entortado e revirado, e os direitos básicos do cidadão são negados.

A leitura social do Direito vincula-se, enfim, a um profundo sentimento de respeito e amor pela condição humana. E já dizia BRECHT que a única finalidade da Ciência é aliviar a miséria da condição humana.

É para a produção desta Ciência que se pretende desenvolver o curso DIREITO SOCIAL.

ROLAND BARTHES assim encerra o seu maravilhoso texto AULA:

"Há uma idade em que se ensina o que se sabe; mas vem em seguida outra, em que se ensina o que não se sabe: isso se chama pesquisar. Vem talvez agora a idade de uma outra experiência, a de desaprender, de deixar trabalhar o remanejamento imprevisível que o esquecimento impõe à sedimentação dos saberes, das culturas, das crenças que atravessamos. Essa experiência tem, creio eu, um nome ilustre e fora de moda, que ousarei tomar aqui sem complexo, na própria encruzilhada de sua etimologia: Sapientia: nenhum poder, um pouco de saber, um pouco de sabedoria, e o máximo de sabor possível." (3)

A leitura social do Direito segue um pouco esta orientação de BARTHES: desaprender a crença no dogma, sem medo da ruptura, e re-aprender um novo saber jurídico, destinado para a liberdade, para a garantia da cidadania e dos Direitos Humanos, com "o máximo de sabor possível".

3) BARTHES, Roland - AULA - São Paulo, Editora Cultrix, 1989.

C O M E N T Á R I O S A O
ANTEPROJETO DE LEI QUE ALTERA A
LEGISLAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS

Prof. Titular de Direito
Comercial da UERJ e Presi-
dente do Sindicato dos
Bancos do Rio de Janeiro.

1. A comissão de Valores Mobiliários-CVM, na gestão do professor Ary Oswaldo de Mattos Filho, colocou em audiência pública, para recebimento de críticas e sugestões, Anteprojeto de Lei alterando a atual Lei das S.A. - Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Não foi divulgada - e ninguém explicou a razão - a indispensável justificativa, que facilitaria aos interessados melhor identificar os fundamentos das modificações suscitadas.

Também não se pode reconhecer, no texto, sistematização transparente das reformas desejadas, o que nos leva a acreditar, pela redação inúmeras vezes impróprias, que houve marcante influência de contadores, na sua elaboração.

Fica portanto, na ausência de Exposição de Motivos, difícil, em vários pontos, até entender-se o escopo perseguido pelos redatores das mudanças que iremos examinar.

2. À atual Lei das S.A. tem recebido, no Brasil e no exterior, elogios freqüentes, situando-se-á entre os melhores textos legislativos já produzidos em matéria societária, incorporando as teses mais modernas e que possam torná-las instrumentos eficientes para criar modelo de companhia

adequado à organização e ao funcionamento da grande empresa, tornando-á capaz de atender aos reclamos do desenvolvimento do país e à sua modernização.

A tarefa empreendida por dois notáveis juristas - **ALFREDO LAMY FILHO** e **JOSÉ BULHÕES PEDREIRA** - resultou em lei marcada pela atualidade e capaz de resolver, da melhor maneira, conflitos de sempre difícil solução, entre os quais destacamos os decorrentes dos interesses, muitas vezes divergentes, entre os sócios majoritários e minoritários, a necessidade de subordinar-se ao bem comum o interesse particular dos acionistas, a indispensável visão do aspecto social da empresa, que não pode funcionar apenas como simples máquina de fazer dividendos, pois ela tem compromissos com o Estado, com os seus empregados, com os seus credores, com os seus acionistas, enfim com toda a sociedade onde atua.

3. Infelizmente, das várias discussões sobre o tema em debate, verificamos que a pretendida reforma busca um objetivo menor: alterar-se a proporcionalidade entre ações ordinárias e preferenciais. Em luta por um ideal inferior, apresenta-se texto incompleto, mal redigido, ilógico, com erros jurídicos primários, que impedem, hoje, a alguém, desejar a paternidade do texto.

4. Na impossibilidade, pelo tempo que nos é atribuído, de apontar todos os deslizes cometidos, vamos nos ater a alguns deles.

A prova inequívoca de que o texto não pode ser atribuído a nenhum dos competentes juristas que integram o corpo funcional da CVM, mas, ao revés, os seus elaboradores possuem ignorância especializada em direito comercial, reside na repetição, dez vezes, da expressão "endossáveis à ordem" (art. 20, art. 22, nº X, art. 38, art. 43, parágrafo 3º, art.49 nº VIII, art.50, art.63, art. 64 nº IX, art. 72, 2º, letra "l", art. 79, VII).

Ora, qualquer estudante de direito sabe que endossar significa transferir a propriedade do título, que só se aperfeiçoa com a sua entrega.

- Talvez a errônia decorra da confusão com título de crédito que pode ser emitido não à ordem - o conhecimento de transporte (Decreto nº 20.459, 29.459, 29/12/31).

5. Pretende-se reservar, para as ações preferenciais, um mínimo equivalente a 6% ao ano do capital investido e atualizado monetariamente, como parcela de dividendo, independentemente de lucro líquido no exercício (art.21, parágrafo 1º), transformando-se, assim, em juros (remuneração do capital) os dividendos, que dependem dos resultados do exercício.

A única hipótese de permitir-se o pagamento de dividendos, em exercício onde houver prejuízo, será utilizar-se de lucro acumulado e de reserva de lucros (art.201).

O anteprojeto, assim, favorece a descapitalização da companhia, pois seus autores desconhecem a lição do prof. Lamy e Bulhões Pedreira: "... não há noção mais importante que o capital social, da essência de todas as sociedades mercantis e em especial de responsabilidade limitada, como é o caso da S.A." E, continua, "é a pedra angular de todo edifício social, dele depende o êxito do empreendimento, representa o limite do esforço financeiro solicitado dos sócios, constitui garantia dos credores e fixa a distribuição do poder na sociedade" ("A Lei da S.A.", pág. 473).

6. O parágrafo 4º. do art.21, é incompreensível, ao indicar que "a ação preferencial sem direito de voto não participa dos lucros remanescentes".

7. Retira-se à companhia aberta do direito de criar partes beneficiárias, mas se cancelou esse direito também no caso de sua atribuição aos empregados, afastando, assim, o elevado alcance social desse dispositivo. Em consequência, nesta parte, merece ser preservado o artigo 47, da atual lei: "A companhia aberta somente poderá

criar partes beneficiárias para atribuição gratuita a sociedade ou fundações beneficentes de seus empregados".

8. A livre pactuação da correção monetária da debênture é acolhida, permitindo-se, assim, que no mercado de capitais sejam criados índices e critérios diferentes, dificultando, em consequência, a escolha do investidor e perturbando o mercado de capitais, que reclama confiança.

9. Em redação que envergonha até aluno do curso primário, considera-se dever do fiduciário "elaborar relatório, enviando-o semestralmente à disposição dos debenturistas"... (art. 68, 1º, letra "b").

10. O agente fiduciário (art. 68, parágrafo 4º) responderá **ILIMITADAMENTE** perante os debenturistas pelos prejuízos que lhes causar por culpa ou dolo no exercício das funções, "independentemente da tipificação de ilícito Penal", redação imprópria, confusa e sem qualquer fundamento.

Quem aceitará ser agente fiduciário nessas condições? Certamente ninguém de bom-senso.

Há, nesse artigo, violação da reserva legal consagrada no artigo 1º do Código Penal, e na Constituição Federal, artigo 5º, nº XXXIX, ambos aplicando velho brocardo latino "Nullum crimen sine lege; nula poena sine lege poenali" - "**não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**".

11. Permitir-se, na constituição da companhia, que a parte do capital realizado em dinheiro seja depositado em estabelecimento bancário, independentemente de autorização da CVM, merece ser acolhido, pois todas as instituições financeiras operam mediante autorização e fiscalização do Banco Central do Brasil e as que não têm condições de continuar suas atividades entram em processo de liquidação extra-judicial.

12. Novamente a falta de **Exposição de Motivos** nos impede de compreender a razão de reduzir-se de seis para dois meses a restituição das quantias depositadas diretamente aos subscritores, se a companhia não se constituir naquele prazo (art. 81, parágrafo único). O dinheiro estará depositado em banco e, na prática, não se conhece caso de abuso que legitime a alteração.

13. O parágrafo 1º, do art. 111 sustenta a transformação das ações preferenciais sem direito a voto restrito em ações ordinárias, por expressa manifestação do acionista, mas estabelece confusão ao fixar prazos diferentes:

a) quando a companhia deixar de distribuir em até 120 dias do término do exercício social o dividendo atribuído às ações preferenciais sem direito a voto (prazo excessivamente curto) e

b) após dois exercícios sociais deixar de pagar os dividendos fixos, os cumulativos ou mínimos a que fizerem jus. Apenas altera-se, para pior, a legislação atual

14. Há limitações dos prazos dos acordos de acionistas para o máximo de quatro anos, mas "podendo ser renovados sucessivamente por igual período".

Por que limitar-se prazo que, muitas vezes, está na dependência da viabilidade do início do retorno dos investimentos, que no processo industrial não é curto? Por que decidir em nome dos contratantes, que conhecem melhor as peculiaridades de cada caso?.

Não prevê a lei prazo de vigência de tais acordos, o que leva à conclusão de que podem ser celebrados por prazo indeterminado ou determinado.

Segundo WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, comentarista da lei brasileira, "Afigura-se um desvio ilegítimo nos objetivos das convenções de voto a sua celebração por tempo indeterminado, para todas as matérias, envolvendo uma delegação in blank

para que os outros votem, ou uma vinculação a votar como outros entendam, numa abdicação de sua própria vontade. Assim, os acordos de votos devem ter objetivos e limites devidamente definidos e circunscritos nos documentos que os consagrem".

Ora, se a lei não limitou o direito de formular o acordo, não cabe ao intérprete fazê-lo. A XXII Conferência da Federação Interamericana de Advogados propôs, em 1981, em Quito-Ecuador, que o prazo não deva ser maior de cinco anos.

MODESTO CARVALHOSA, outro comentarista da lei, defende, também, devam ser os acordos celebrados por prazo determinado, invocando a norma vigente na Espanha que estabelece o prazo de três anos com máximo de vigência. O mesmo autor admite que para consolidação das posições societárias, estabeleça-se um prazo máximo de dez anos para duração de acordo, que está mencionado no § 34 da revisão do "Model Business Corporation Act", dos Estados Unidos.

Por que dar-se guarida à legislação estrangeira e identificar-se o prazo de dez e não de vinte ou mais anos?

É evidente que a determinação desse prazo não tem conteúdo científico e é um simples ponto de vista pessoal, desprovido de conteúdo doutrinário.

Consideramos, porém, que os Acordos de Acionistas com prazo indeterminado atribuem qualquer das partes dá-lo por findo mediante simples emissão de sua vontade unilateral, sob argumento de que as partes não quiseram abrigar-se perpetuamente.

Merece repetida a lição do prof. ORLANDO GOMES - "nos contratos por tempo indeterminado a rescisão unilateral é o meio próprio de dissolvê-los. Não fosse assegurado o poder de resilir e por certo seria difícil ao contratante libertar-se do vínculo quando o outro não concordasse" CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO recomenda, para maior segurança do acordo, a determinação de um prazo de vigência, que não necessita ser, obrigatoriamente, estipulado em função do tempo, mas em razão de um evento futuro, certo ou incerto, por exemplo, o início de produção industrial, o término da construção de uma fábrica, o início de vendas, a ob-

tenção de um nível mínimo de produção, ou outro evento futuro que as partes elejam como termo final do contrato.

E RUBENS REQUIÃO lembra que a denúncia desse contrato pode estar subordinada a um aviso prévio, anterior à próxima assembléia geral, de forma a dar tempo aos acionistas remanescentes no acordo de tomarem providências concernentes aos seus interesses.

15. O direito de qualquer acionista retirar-se unilateralmente do acordo de acionista, se o exercício do direito de voto resultar na eleição de administrador, membro do conselho fiscal, ou auditor, independentemente de que tenham sido ou venham a ser indiciados pela prática de ato criminoso (art. 69, parágrafo 8º) é conferir-se a força de decisão condenatória ao mero indiciamento, em violência ao bom-senso. O inquérito não passa de simples peça de informação, para que o Ministério Público faça a sua "Opinio delicti". Mais uma vez, os redatores se esquecem de mandamento contitucional - o art. 5º, nº LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória".

16. Desconhecendo a prática do mercado de capitais brasileiro, permite-se, nas companhias abertas, a qualquer acionista, pedir que a CVM se faça representar na assembléia geral, embora "correndo por sua conta o custo incorrido por aquela comissão" (art. 122, parágrafo único)

Um único acionista poderia, assim, fazer essa solicitação, o que exigiria dessa entidade organizar enorme equipe funcional para satisfazer a essa exigência.

17. O documento da CVM fala, com impropriedade, repetidas vezes, em ações ordinárias com direito a voto (art. 141 e seu parágrafo 4º), quando se sabe que, inexistindo, agora, em nosso direito, as ações ao portador, todas as ações têm o direito

de voto, com execução das ações preferenciais, se o estatuto delas retirar esse direito.

18. Sem nenhum conteúdo prático e elevando custos operacionais, determina-se aos administradores, ao fim de cada exercício social, a elaboração de relatório que, no caso de companhia aberta, deverá indicar o "número de empregados e rotatividade nos últimos dois anos, segmentação da mão-de-obra por nível educacional e localização geográfica, gastos com treinamento e benefícios sociais" (art. 176, nº IV, 1ª letra "b").

19. Há, também, artigos contraditórios, é o caso do conceito de companhia aberta: enquanto o art. 4º indica que, "para efeitos desta lei, a companhia é aberta ou fechada, conforme tenha ou não suas ações ou debêntures conversíveis em ações ofertadas ao público, nos termos da legislação específica", o parágrafo único altera aquela regra, ao dizer: "Somente os valores emitidos por companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser ofertados ao público, ou negociados em bolsa ou no mercado de balcão".

A segunda redação, que é a melhor deveria substituir o disposto no art. 4º.

20. O furor de inovar levou os autores ao ridículo de atribuir à assembléia geral a competência privativa de eleger auditor independente pelo sistema de voto múltiplo.

O voto múltiplo só é eficaz quando a eleição é para mais de um cargo-caso do Conselho de Administração, composto por vários membros.

Para eleger apenas um auditor, o multiplicador de voto seria 1, que elidiria o dispositivo.

21. A idéia fixa de agradar à sua categoria profissional levou os redatores a instituir "Comitê Superior de Estudos e Normas Contábeis (CONSENC), com a finalidade de "estabelecer, revisar e atualizar os princípios fundamentais de contabilidade prevista nesta lei, emitir normas con-

tábeis, sem prejuízo das funções e competência da Comissão de Valores Mobiliários" e será integrado por até 9 (nove) membros.

A nova redação do art.117 leva-nos à conclusão que se deseja, inequivocamente, conferir-se poderes legislativos ao CONSENC: "A escrituração da companhia será mantida em registros contábeis permanentes, com obediência aos princípios fundamentais da contabilidade, aos preceitos da legislação comercial e desta lei".

A simples hierarquia dos "princípios fundamentais da contabilidade" já indica as intenções dos autores desse texto - atribuir força legislativa às normas do CONSENC. O que é, sem dúvida inconstitucional, pois a competência é do Poder Legislativo (Constituição Federal, art. 22, nº I).

22. A eliminação do artigo 300 da lei que diz: "Ficam revogados o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, com exceção dos arts. 59 e 73. e demais disposições em contrário", significa deixar sem qualquer norma jurídica as S.A. que dependam de autorização do Governo para funcionar, inclusive filiais, sucursais, agências ou estabelecimento que as representam.

Será o Brasil o 1º país do mundo a não legislar sobre tão relevante assunto, o que deixa mais uma vez à mostra a insensatez dos autores desse Anteprojeto.

Ao prorrogar, por mais 90 dias, a audiência do Anteprojeto de Reforma da Lei das S.A, o presidente da CVM teve apenas um gesto de cortezia com prof.Ary Oswaldo, que o merece, mais deverá enterrear o texto no mais profundo esquecimento, pois ele é repellido pela consciência jurídica do país e representa um lamentável equívoco de pessoas sem qualquer intimidade com o Direito, e não foi avalizado por nenhum dos notáveis profissionais do direito que trabalham naquela autarquia com dedicação, espírito público e eficiência.

Na verdade, não se trata de um anteprojeto, mas de um "Anti-projeto", de efeitos multiplicadores negativos e que envergonha as nossas tradições jurídicas.

DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL

YVAN SENRA PESSANHA

Prof. Adj. de Direito Processual Penal da UERJ e Advogado

"Uma triste comprovação é que em quase todas as partes a democracia só parece se justificar, para a maioria das pessoas, em contraste com o que é ainda pior; não pelo que ela vale ou poderia chegar a valer".

Mario Vargas Llosa
(in Folha SP, 2.8.92)

1 - Visão de Democracia; 2 - Democracia como valor universal; 3 - O Código de Processo Penal de 1941; 4 - Não é só com a lei que se resolve o problema criminal; 5 - Notas bibliográficas.

1 - A melhor ordem jurídica a ser estabelecida em qualquer país dependerá sempre da solução que se der à questão social.

O homem ainda não criou, em suas relações sociais, regime mais propício ao seu aprimoramento do que a chamada Democracia. Não se ignora que a sua substância tenha sido pervertida pelos demagogos, populistas e carismáticos de todas as latitudes.

A Democracia que prezamos, independente de regime econômico adotado em relação à propriedade dos meios fundamentais de produção, deverá conter elementos essenciais ao seu reconhecimento, além de outros, que também a caracterizam, como a escolha autêntica e livre dos governantes pelo

povo, ampla liberdade de manifestação do pensamento, com direito à crítica aos atos do governo, na permanente tarefa, que cabe a todos, de promover a fiscalização dos mesmos, o reconhecimento de direitos do homem oponíveis ao próprio Estado, a temporariedade dos mandatos eletivos etc. Estes aspectos capitais da substância do regime democrático, todavia, estarão à mercê de fatores aleatórios, se não houver um mecanismo assentado em estruturas idôneas para suportar todas as trepidações a que ele se sujeita, no comando da vida social. Todos eles já foram declarados em constituições e leis, numa constante apregoação de existência, mas não de vivência, impondo-se-lhes, porém, a prática efetiva, sob pena de ninguém lhes acreditar na eficácia de propulsores da Democracia.

A Democracia com que sonhamos, no desenvolvimento gerado pelos elementos que lhe foram sendo agregados, resultará possível através de sistema de controle, do qual participarão, em caráter prioritário: 1) os partidos políticos, isto é, a admissão de pluralismo partidário, com a livre manifestação de todas as expressões políticas existentes, menos evidentemente as que buscam negar a própria Democracia, como os grupos terroristas; 2) a mais irrestrita liberdade de associação, desatrelando as entidades representativas do povo da tutela governamental.

Todos os demais ingredientes democráticos como que estão implícitos nos dois sobreditos componentes, pelo fato de que eles são capazes de dinamizar uma pletora de outros direitos e garantias. É através de partidos políticos e associações livres ou outras formas de representação, que a prática democrática possibilita criar, que a sociedade civil encontrará seus canais de comunicação. É o entrechoque livre das discussões partidárias que levará ao povo o debate de seus anseios maiores, não se lhe sonogando o conhecimento prévio daquilo que amanhã será convertido em lei. Esta deverá ser o resultado de um longo processo, em que o povo, no exame do que melhor lhe convém, opina com vistas ao aperfeiçoamento da idéia original. Não como agora se verifica, com os grupos econômicos e financeiros impondo sua vontade e seus interesses.

O conceito de Democracia, na frase de muitos antidemocratas, tem significado cada vez mais vazio. Nos dois últimos séculos, na tentativa de sua afirmação pela burguesia, alteraram-na profundamente, que, na atualidade, é muito difícil lobrigar a origem grega, segundo a qual a democracia é "o governo onde tudo vem do povo", no ensinamento de HERÓDOTO. (1) O conceito se volatilizou quase que completamente. Daí os "adjetivos", que explicitam as muitas tendências dos que não acreditam que o povo seja capaz de exercitar o poder.

É indispensável que a origem do poder, bem como o seu desempenho em nome do povo, passe a ter, definitivamente, significado exato e palpável. O estabelecimento, no pórtico das constituições, deste princípio do regime democrático não invalidou, até hoje, os desígnios obscurantistas dos que pretendem liquidar a Democracia. Esta não virá por decreto, ou qualquer outro tipo de imposição, mesmo constando de constituições, votadas ou outorgadas. A Democracia, como a concebemos, será a resultante de longa prática política, em que o povo através de todos os seus estamentos, não seja marginalizado do poder de decisão. Implicará em constante obediência aos direitos da maioria, a cuja observância as minorias, até então privilegiadas, deverão ater-se. Consistirá no mais amplo debate ideológico e partidário, fazendo **tabula rasa** de costumes políticos até agora em uso. Determinará a criação de partidos políticos, que sejam, como pregava HERMES LIMA, "de fato, instrumento político do Povo, vivendo do contato e do apoio direito do Povo", porque "nunca deixaram de ser órgãos representativos de interesses da classe dominante" (2).

A Democracia só se atinge com a superação das profundas desigualdades que afastam a maioria do gozo de direitos, em distribuição de bens mais

1) - HERÓDOTO. "Los nueve libros de la Historia" trad. do grego pelo Pe. Bartolomeu Pou), Barcelona, 1947

2) - HERMES LIMA, "Notas à vida brasileira", São Paulo, 1945, passim.

justa, na promoção da Justiça Social. Bem sabemos que os extremistas de todo o gênero retratam o desenrolar de semelhantes esforços de modo histriônico. A luta pela Democracia já chegou a ser enunciada por eles como uma "comédia democrática" (3). A chamada direita e a indigitada ultra-esquerda, irmanando-se na mesma trincheira, fazem causa comum para apodar de "ilusão democrática" o que deve constituir diligência e vigilância de todos os dias, com o escopo de enraizar na consciência de cada brasileiro o sentimento de que o progresso almejado por todos, através de suas manifestações maiores (industrialização, comunicações, avanços científicos de toda ordem etc...), reclama a estabilidade das instituições, o que se consegue mais fácil pela Democracia de participação cada vez mais ampliada.

2 - Em 1980, um de nossos mais conceituados cientistas políticos (CARLOS NELSON COUTINHO) abriu um autêntico respiradouro nas ciências sociais brasileiras, com a publicação do pequeno livro "A Democracia como Valor Universal. Notas sobre a questão democrática no Brasil". (4)

Foi um duro golpe nas convicções totalitárias da nossa esquerda. Anotem-se: convicções e não tendências. Era o que predominava mesmo. A esquerda, abrangendo os sedizentes "progressistas", era tão autoritária quanto à direita. Nivelavam-se no repúdio às normas democráticas, nos regimes de governo da sociedade, quer na Administração Pública, quer no comando da vida partidária. Sobre a direita, não precisa ser acrescentado quase nada. Com as exceções de praxe, aliava o autoritarismo à corrupção, tomando esta palavra no sentido genérico, para contemplar muitos dos crimes contra a

3) - OCTAVIO DE FARIA, "Machiavel e o Brasil", Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1933, p.223.

4) - CARLOS NELSON COUTINHO, "A Democracia como Valor Universal", Liv. Editora Ciências Humanas, 1980.

mesma Administração Pública (peculato, concussão, a corrupção propriamente dita, ativa e passiva, prevaricação, advocacia administrativa etc.), bem como os da criminalidade econômico-financeira, os mais graves de todos.

Corrupção e autoritarismo representam, pois, na direção da vida social o que é, na criminalidade comum e socialmente menos nociva, a fraude e a violência, como meios de execução dos delitos.

A esquerda, por seu autoritarismo, que não permitia a discussão e a livre circulação das idéias, acabava por se enredar, nas teias da corrupção. O chamado "centralismo democrático" significava astuta maneira de fazer passar como legítimo o maior estelionato partidário já conhecido. A cúpula decidia tudo e depois convocava as bases para contestar seus objetivos. Quem divergisse era expulso do partido, se não se submetesse às humilhantes sessões de "autocrítica".

A crítica demolidora de cientistas, como CARLOS NELSON COUTINHO, haurida em trabalhos precedentes de outros estudiosos, principalmente europeus, como ROSA LUXEMBURG e ANTONIO GRAMSCI, colocou a questão no seu devido lugar. Antecipou a implosão do mundo do "socialismo real" que de socialismo tinha muito pouco, além do autoritarismo e corrupção. Denunciou, muito antes, os aparelhos gangrenados dos partidos, que, no poder, renegavam a plataforma política, pela qual milhões de pessoas se sacrificaram em todo o mundo.

A partir daí, as lutas pelas liberdades democráticas se situaram no centro de programas e atuação das principais organizações políticas. Afastado o "taticismo", que antes prevalecia nos chamados partidos populares, vendo só o imediato, a democracia política passou a ser trabalhada como tarefa de todos e de todos os dias. Está presente hoje, na ordem do dia, a superação das propostas "golpistas" e "prussianas" que também foram apanágio da esquerda, tal como da direita. O poder não será tomado através de um "putsch", ao gosto dos demagogos e populistas, que desprezam a organização popular. Nem o povo aceitará as lideranças carismáticas, que o tornaram mera "massa" amoldada ao seu bel prazer. Esses falsos líderes serão atropelados pelo povo, educado politicamente para

entender que é através da organização e da mobilização, que problemas como o autoritarismo e a corrupção serão solucionados, com a consolidação do regime democrático. Este é condição **sine qua non** para o estabelecimento dos pressupostos do verdadeiro socialismo: democrático, libertário, igualitário e fraterno.

A prática do processo penal refletirá os novos tempos, que vamos viver e que serão duradouros à medida que as refregas políticas se harmonizem com o conceito de que a Democracia é, efetivamente, um valor universal.

3 - As codificações legislativas não podem ser examinadas senão à luz do conhecimento histórico da época em que são promulgadas. O truísmo em que consiste essa afirmação ainda encontra dura resistência. O certo, todavia, é que é descabido estudar o nosso vigente Código de Processo Penal, de 1941, em sua gênese, no concernente à recepção que dá aos direitos e deveres individuais e coletivos, tais quais os concebemos, na atualidade. Decorridos mais de cinquenta anos, mediante expedição de decreto, no Estado Novo de Vargas (1937-1945), prevalecerá a visão crítica do período sócio-político em que foi elaborado, sob pena de incorrerem em interpretações subjetivas e destituídas de qualquer senso jurídico.

Os críticos e comentadores, em sua maioria, não poupam censuras ao diploma processual penal, quer no conjunto do texto, bem como em passagens isoladas. Falam muito no que consideram lamentável atraso do Código, cujos autores parece que deviam ter dons premonitórios e ser futurólogos, porque não previram as novas e prementes necessidades da Justiça Penal. Acusam-no de incorporar as conquistas da ciência do processo em doses parcimoniosas, infenso que foi às **"teoréticas e tecnalidades"**, como o defendia o seu co-autor, o Mestre ROBERTO LYRA (5).

5) - ROBERTO LYRA, "Direito Penal Normativo" Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1977, pág. 101.

As imprecizações, no entanto, que se irrogam ao Código de 1941, quase sempre se esquecem da sombra sinistra da Carta Constitucional de 1937, que impunha ao legislador ordinário um condicionamento a que se não podia fugir. E não era só a parte formal do regime: este mesmo girava entre o contraditório de uma ala francamente pró-nazista em confronto com outra, de tendência democrática, que, vitoriosa, fez o país pender seu apoio às forças Aliadas, que pelejavam pela sustentação da Democracia. Foi com muita habilidade que os autores do Código, assim, conseguiram contornar a direção antiliberal. Tanto essa observação é verdadeira, que, passadas cinco décadas, o Código perdura através de inúmeros avanços científicos de que foi portador e instrumento, compondo seus principais dispositivos sólido vigamento, que o tempo não foi suscetível de fazer soçobrar.

A época da feitura do Código, vivíamos sob a égide de ferrenho regime ditatorial, além de estarmos adentrando pela Segunda Grande Guerra e, não obstante, o legislador de 1941 soube ser fiel às regras democráticas, imunizando-se contra as correntes repressoras da liberdade, que, então, contaminavam quase todos os organismos da sociedade brasileira. O fascismo, no auge, tripudiava já sobre inúmeros povos. Aqui dentro, a **"Quinta Coluna"**, constituída de defensores do autoritarismo, que sempre foi a marca das elites, que queriam manter seus privilégios. O nazi-fascismo acenava-lhes com essa perspectiva. FRANCISCO CAMPOS e VICENTE RAO eram grandes juristas e não se enfileiravam dentre os democratas. No outro lado do autoritarismo, com ligeiras contradições com o poder hegemônico, firmavam vigorosos esteios contra a Democracia os integralistas, que contavam com prestigiosos juristas em seu seio, como MIGUEL REALE, SANTIAGO DANTAS, LOUREIRO JR., DEMOSTHENES MADUREIRA DO PINHO e tantos outros (6).

Mas, ainda assim, registrou-se, no contexto do

6) - HÉLGIO TRINDADE, "Integralismo - fascismo brasileiro dos anos 30", São Paulo, Divisão Européia do Livro, 1973.

Código, uma espécie de resistência e não se escreveu mais um código de "inspiração fascista", como muitos assoalham.

O Código de 1941, todavia, em que pesem falhas normais em qualquer texto de sua envergadura, com mais de oitocentos artigos, apresenta saldo favorável. No ponto que nos interessa, honrou a tradição brasileira, ao contemplar profundo respeito pelos direitos e garantias constitucionais, embora a Carta fascista de 37. Um código deve ser visto através de suas linhas mestras que o sintonizam, ou não, com as grandes exigências modernas. Não serão nugas "dogmáticas", numa ciência, que se incompatibiliza com os dogmas, como ensina ROBERTO LYRA FILHO(7), que alçarão o Código a melhor estima científica.

4 - Pode ter faltado, e realmente faltou, melhor sistematização, assim como nele permaneceram resíduos do inquisitorialismo. Os capítulos dos procedimentos (a que o Código chama de "processos", por exemplo, é uma verdadeira lástima. A matéria relativa à sentença penal está fragmentada, consignando o Código mais de uma classificação. Os prazos para interposição de recursos não merecem um tratamento, que deveria uniformizá-los, como faz, em regra, o Direito Processual do Trabalho. O artigo 501, que superestima o Ministério Público, contra direito da Defesa do réu, é quase uma exceção quanto à inconstitucionalidade. O regime da prisão preventiva seguiu a disciplina autoritária de quase todos os países mais desenvolvidos, inclusive as chamadas democracias ocidentais.

O Código de 1941, porém, é obra humana e não foi revelado por Deus, ou seus representantes. A fase histórica de sua preparação, acima de tudo, com as forças sociais e políticas, que dominavam, então o País, deve ser lembrado sempre, diante de críticas levianas e falazes.

7) - ROBERTO LYRA F^o, "Para um Direito sem Dogmas", Conferência nos "Encontros da Universidade de Brasília, 1978, passim.

Mas em atinência ao estudo da tutela constitucional do processo penal, pode-se dizer que o Código de Processo de 1941 não destoa no relacionamento, que mantém, convivendo em perfeita harmonia com os direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna. Poucos são os atritos e, assim mesmo, perfeitamente sanáveis. O pior foram as adoções impostas, sem consulta às linhas gerais do Código, gerando, então, rejeições e anomalias. Algumas leis especiais é que causaram grandes transtornos.

Os princípios fundamentais da Constituição, mesmo tendo-se em vista a concepção, que se lhes dá, presentemente, encontraram agasalho no Código de 1941, de tal forma, que o aplicador e o intérprete do texto não têm dificuldades em suas fainas, porque o legislador de 1941 lavrou para o futuro, sem obediência ao jugo da Carta de 37. As garantias e os direitos constitucionais, que, hoje, assinalam e tonificam a presença de um novo processo penal quase não faltaram em 1941. Marcaram o seu comparecimento, portanto, a iniciativa popular na instauração da ação penal, na deflagração da investigação policial, o direito de defesa ampla, o contraditório, a exigência da sentença motivada, o duplo grau de jurisdição, a falibilidade dos juizes, o habeas corpus, o júri e o protesto por novo júri, a publicidade, o sistema das provas, a disciplina das nulidades.

Desde o advento do atual Código de Processo Penal até os nossos dias, promulgaram-se três Cartas Constitucionais e inúmeras emendas e, no entanto, o diploma processual se manteve prestante a servir ao País, tanto após a redemocratização de 1945, assim como no crepúsculo da legalidade, verificado principalmente depois do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Em todo esse tempo, submetido a rigoroso exame, ora pelos liberais, ora pelos antidemocratas, e depurado nos tribunais, mormente no Supremo Tribunal Federal, o Código tem poucas normas sobre as quais deve incidir o pronunciamento de inconstitucionalidade. Não somente em relação aos princípios enunciados nas Constituições subseqüentes, frise-se bem, mas também quanto aos postulados insitos nas convenções internacionais para a salvaguarda dos direi-

tos do homem e das liberdades fundamentais, o Código não faz má figura, ajustado que se encontra para assimilar as novas formulações, ditadas pela civilização e aceitas pelo consenso dos povos.

O Código de 1941, em suma, é demonstração cabal de que só a legislação, apesar de adequada, não é o único instrumento de combate eficaz à criminalidade, que é o problema de prevalente conteúdo social. O Código serviu e ainda serve, mas sua limitação, para os fins sociais a que deve destinar-se, é incontestável.

As propostas no sentido de aperfeiçoá-lo esbarrão em medidas tendentes à manutenção do status quo sócio econômico, que retarda o progresso do País. O que animará a lei processual, em interpretação superior, é a própria democratização do Poder Judiciário, bem como o integral respeito à independência do Ministério Público pelo Poder Executivo. As garantias de Defesa serão corolário da nova ordem jurídica e política, que tornarão a praxis forense menos elitista e autoritária. E, como consequência maior, os princípios fundamentais do Processo Penal, de base constitucional, continuando a reger as atividades processuais e pré-processuais, nortearão o melhor caminho a ser seguido, que será, indubitavelmente, a via democrática.

WANDA VIANNA DIREITO

Prof^a Assistente de Instituições de
Direito Público e Privado e de
Direito Constitucional da UERJ

Aula proferida em 26-06-1991 no curso de Pós-Graduação lato-sensu em Direito Empresarial Faculdade Cândido Mendes - Ipanema.

I

Direitos Humanos

Ao cuidarmos do tema interesses difusos é importante lembrar alguns aspectos fundamentais acerca dos direitos humanos.

Os interesses ou direitos difusos são um prolongamento dos direitos humanos, constituem uma nova geração desses direitos, possuem a mesma natureza ontológica, contemplam a pessoa humana além da sua esfera pessoal.

Felizmente, já existe um consenso universal no reconhecimento de direitos à pessoa humana, tais como o direito à vida, à igualdade, à segurança, ao exercício das liberdades.

Esses e outros direitos encontram amparo nas leis e constituições dos países civilizados e no plano internacional são reconhecidos por meio de tratados e protegidos por instituições especializadas.

No direito interno são assegurados por mecanismos processuais, muitos de natureza constitucional, que garantem o seu efetivo exercício quando ameaçados ou violados. Por exemplo o **habeas corpus**, o mandado de segurança, este próprio do

direito brasileiro.

Como já dizia **Ruy Barbosa** "a garantia das liberdades reside nas formas protetoras da lei".

De fato, de nada adiantariam direitos assegurados nas leis e constituições, se não existissem mecanismos saneadores para as suas violações.

As origens dos direitos humanos se perdem no tempo. É certo que os gregos, na sua visão antropocêntrica, já reconheciam, ainda que somente no plano filosófico, o direito à vida, como sendo um direito fundamental ao ser humano.

As trevas da Idade Média foram amenizadas com concepção de São Thomás de Aquino acerca do chamado direito natural.

A partir de uma visão metafísica do homem, **São Tomás de Aquino** conciliou a "reta razão" de **Aristóteles** com os ensinamentos da doutrina cristã e concluiu ser o direito natural um direito inerente ao ser humano, um direito que resulta da sua própria essência de ser racional e livre.

O direito natural seria o fundamento de validade dos direitos humanos e de resto de todo o direito positivo que, para ser justo, deveria ser conforme à natureza humana.

O pensamento e a obra de **São Tomás de Aquino** ensejaram posteriormente um posicionamento filosófico, que no campo de direito deu origem ao chamado jusnaturalismo.

O jusnaturalismo é a corrente mais antiga e tradicional do pensamento jurídico, sustenta a existência de um direito natural, justo por natureza, porque derivado da natureza humana (jusnaturalismo), ou dos princípios da razão (jusracionalismo), sempre presente na consciência de todos os homens e, portanto, superior ao direito positivo.

Contudo, na busca do fundamento do direito positivo e dos direitos humanos divergiram juristas e filósofos, perseguindo todos uma fundamentação universal nunca encontrada.

Deve ser lembrada pelas consequências históricas que produziu, entre outras correntes, o historicismo, o culturalismo, o positivismo - este último decorrente da doutrina de **Comte** (1798-1857), e que deu origem ao juspositivismo que tem por base o direito positivo. Para os juspositivistas, a

lei, o direito positivo ou mesmo o mero direito estatal são na verdade, o único fundamento dos direitos humanos.

Os direitos humanos foram exaltados no seu aspecto individualista no século XVIII, fruto de uma longa e penosa trajetória ideológica (iluminismo, enciclopedismo, racionalismo), social e política que tomou forma solene e retumbante na Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789

Como já é sabido, as sementes de tal acontecimento foram lançadas bem antes em solo inglês, como atestam, entre outros, os seguintes documentos: Carta Magna de 1215; Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679; Bill of Rights de 1689 e a obra de **Locke**, sobretudo os "Dois Tratados sobre o governo Civil" (1689-1690), a quem a história política e social da Inglaterra muito deve.

Poucos anos antes da Revolução Francesa, em solo norte-americano, novas sementes são lançadas, como a Declaração de Direitos de Virginia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776, e que asseguravam direitos relativos à vida e ao exercício de algumas liberdades.

A Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787 e aplicada a partir de 1789, não conteve de início uma declaração de direitos. Somente em 1789 são aprovadas pelo Congresso e ratificadas em 1791 pelos Estados, dez emendas que se constituiriam numa declaração de direitos humanos.

Deveu-se, contudo, ao caráter transnacional da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão a incorporação generalizada ao direito positivo de direitos fundamentais tais como: o direito à vida, ao exercício das liberdades, à igualdade e à propriedade privada, este último trazido por **Locke** que o justificava como um direito natural não inato, mas decorrente da relação concreta entre o homem e as coisas e da sua capacidade de transformá-las através do processo de trabalho.

Esta primeira geração de direitos fundamentais foi sendo aos poucos agasalhada nas recém criadas constituições escritas, resultantes também de um movimento típico do século XVIII - o constitucionismo.

O direito à vida, às liberdades, à igualdade, à propriedade privada e os seus desdobramentos foram o marco de um novo ordenamento pós feudal, pós absolutista que se convencionou chamar de Estado Liberal.

Neste momento histórico, a preocupação da classe dominante era a de compatibilizar as exigidas mudanças sociais com um liberalismo individualista e legalista e um capitalismo concorrencial. Era o mundo do **laissez faire - laissez aller**.

O aspecto privatístico desta nova sociedade formadora do Estado Liberal impedia ou até mesmo proibia uma atitude corretiva, disciplinadora das relações sociais, sobretudo das relações entre patrões e empregados, tanto por parte do Estado como por parte dos próprios movimentos sociais, tais como as associações de trabalhadores, impedidas até mesmo de funcionarem.

Um sopro reformista fez-se necessário. Com bases ideológicas distintas, marxismo, socialismos, doutrina social da Igreja e movimentos revolucionários diversos, revoluções operárias na França, na Alemanha, a Comuna de Paris de 1871 e forte sindicalismo inglês, começou o Estado do Welfare no final da 1ª Guerra Mundial tendo como pano de fundo a proteção ao trabalho e ao trabalhador.

Com certeza, pode-se afirmar que o Estado do Bem Estar, o Estado Social foi construído a partir do direito do trabalho, o que para o mundo do direito tem enorme significado, pois pela primeira vez se fez o reconhecimento jurídico do coletivo. Até então, a tradição jurídico liberal se assentava sobre o reconhecimento apenas do indivíduo como sujeito de direito.

Os direitos dos trabalhadores a melhores salários, à condições dignas de trabalho, ao repouso semanal remunerado, à proteção ao trabalho de menores e das mulheres foram incorporados como uma primeira leva de direitos sociais às constituições Mexicana de 1917 e a alemã de Weimer de 1919 e seguidas por outras constituições do mundo civilizado. Além disso foram também reconhecidos internacionalmente, ensejando a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) inicialmente vinculada à Liga das Nações e depois à ONU.

A partir do reconhecimento do direito do trabalho surge uma 2ª geração de direitos, chamados de direitos sociais, que são contemplados em todas as constituições modernas, sendo que a nossa Constituição de 1988 é bastante pródiga no que concerne aos direitos sociais reconhecendo-os em vários dispositivos, agrupando-os em títulos e capítulos próprios.

Então, vejamos, o art. 6º, logo no início da Constituição, afirma serem direitos sociais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

O título VIII que trata da ordem social a partir do art. 193 cuida nos seus oito capítulos, com a devida atenção, de assuntos que são objeto de preocupação de todas as nações desenvolvidas. Assim a seguridade social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a tecnologia, a comunicação social, o meio-ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso, os índios.

Além desses, na parte relativa a ordem econômica encontram-se normas que regulam a política de desenvolvimento urbano, nos moldes mais modernos (art. 182 e 183).

Percebe-se que a partir do reconhecimento dos direitos sociais começaram a brotar com enorme vigor, nas sociedades modernas, conflitos geradores de novos direitos - os chamados direitos coletivos e difusos.

II

Direitos Coletivos e Difusos

Os direitos coletivos e difusos nascem de novas situações que brotam da convivência social. Abrangem um grande número de pessoas tanto no polo ativo como no polo passivo da relação.

A coletivização é fenômeno próprio das sociedades contemporâneas que se transformaram em sociedades de massa, onde predomina a uniformidade

em vários aspectos das relações sociais.

É importante notar que os fatos geradores dos direitos coletivos e difusos resultam de ações individuais e coletivas e atingem a pessoa humana tanto na sua esfera pessoal como na sua esfera social.

Assim, o consumidor lesado pela aquisição de um produto estragado ou atingido pela propaganda enganosa é ao mesmo tempo titular de um direito individual e parte de uma coletividade lesada - a dos consumidores.

Em razão desse aspecto de coletivização das sociedades modernas, o chamado direito privado se confunde com o direito público; pois ao lado do mero interesse individual haverá também o interesse público em evitar ou sanar lesões que afetem a sociedade ou parte dela.

Os direitos coletivos e difusos rompem com a velha dicotomia romana fundada na divisão do direito em público e privado. Sendo direitos do indivíduo e da sociedade como um todo, são a um só tempo, direitos público e privado.

Essa 3ª geração de direitos fundamentais do homem reflete na verdade as aspirações das sociedades atuais em obter uma melhor qualidade de vida.

Contudo, a proteção aos direitos coletivos e difusos é ainda insatisfatória por razões as mais diversas, que vão desde a precária conscientização das massas humanas até as dificuldades que decorrem de aspectos políticos, econômicos e mesmo jurídicos.

No que concerne ao nosso país, em particular, constata-se com tristeza, ainda que com fé no futuro, enormes distâncias que separam os compromissos constitucionais com a justiça social do plano dos fatos, malgrado esforços de entidades públicas e privadas e as recém-transformações estruturais da ordem jurídica.

Antes porém de examinarmos algumas dificuldades de natureza jurídica acerca dos direitos coletivos e difusos é importante ressaltar, para melhor compreensão do tema, dois aspectos importantes.

O 1º aspecto refere-se a aparente inconstância terminológica que envolve essa 3ª geração de di-

reitos humanos.

Ora chamados de direitos, ora de interesses, na verdade os direitos ou interesses coletivos e difusos referem-se a momentos distintos da sua proteção.

Vejamos porque:

O termo interesse denota a tendência ou aspiração do sujeito em ver algum bem seu protegido.

Na formulação clássica bem é tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana, podendo ser um objeto, uma coisa, ou um valor, ou seja, uma qualidade do sujeito do tipo integridade moral ou física.

Portanto, bem e interesse são conceitos distintos. Na realidade, o bem é sempre o objeto do interesse.

Segundo **Carnelutti** a essência do interesse encontra-se numa relação entre sujeito e bem e particularmente na situação favorável à satisfação de uma necessidade.

Iering incluiu na definição do direito subjetivo o conceito de interesse, definindo o direito subjetivo como o "interesse juridicamente protegido".

Percebe-se, portanto, que o interesse é um **minus** em relação ao direito subjetivo, interesses ainda não são direitos.

Os interesses coletivos e difusos não constituem uma categoria distinta, em essência, dos interesses individuais, porém criam uma nova perspectiva de proteção feita em âmbito geral, ou seja, são interesses que legitimam a comunidade na invocação da tutela jurisdicional.

O 2º aspecto diz respeito a aparente sinonímia entre os termos interesses coletivos e interesses difusos.

Embora os interesses coletivos e difusos refiram-se a situações materiais semelhantes, ou seja, situações que não são excludentes nem tão pouco antagônicas, do ponto de vista processual os interesses coletivos e difusos criam condições distintas de proteção.

A Constituição Federal de 88 deixa claro que

interesse coletivo não é sinônimo de interesse difuso no artigo 129, III (in fine) com a seguinte redação: "outros interesses difusos e coletivos". A conjunção e denota a intenção clara do constituinte em não considerá-los como sinônimos.

Doutrinariamente a diferença entre os interesses coletivos e difusos está na titularidade e na natureza do vínculo que congrega os seus titulares.

Vejamos:

Os interesses coletivos são próprios de categorias específicas de pessoas. São claramente titularizados, pois decorrem de uma base social concreta, identificada de imediato e que serve para a formação de um vínculo jurídico estável, que reúne os titulares do interesse. Ainda que o vínculo jurídico inexista antes do fato determinante do interesse, ele será facilmente criado após o fato.

Pertencem a essa categoria, os interesses comuns dos membros das entidades associativas legalmente constituídas, tais como associações profissionais, esportivas, recreativas, sindicatos, partidos políticos em funcionamento conforme as exigências da lei entre outras.

Já o traço fundamental dos interesses difusos consiste na indeterminação dos seus titulares e na fluidez ou inexistência de vínculos jurídicos congregando os seus titulares.

Os interesses difusos decorrem de fatores conjunturais ou extremamente genéricos, baseiam-se apenas numa identidade de situações factuais, acidentais e mutáveis, tais como: consumir o mesmo produto, habitar a mesma rua, bairro ou região, sujeitar-se aos mesmos fatores ambientais.

Vemos, portanto, que a coletividade pode ser afetada por danos que ao mesmo tempo atinjam os seus membros isoladamente, afetem grupos identificados de pessoas e grupos indeterminados de pessoas, neste último caso estaremos no terreno dos chamados interesses difusos, cujos exemplos são vários, basta lembrar as hipóteses decorrentes dos diversos tipos de poluição (atmosférica, sonora, visual, etc.) de devastações (florestas, rios,

mares, pesca predatória, etc.) de desatinos das autoridades públicas (ruas sem conserto, buracos, defeituosas instalações de luz, gás, etc. ...) de transtornos decorrente da incontrolada especulação imobiliária ...

III

Aspectos Jurídicos da Proteção dos Interesses Difusos

A maior dificuldade na proteção jurídica dos interesses difusos advinha do processo clássico.

Tradicionalmente são dois os mecanismos que viabilizam o acesso à prestação jurisdicional:

- . a individualização dos conflitos, ou seja, a perfeita identificação entre o titular (ou titulares) do direito de ação e do direito material lesado ou ameaçado
- . e, a iminência ou ocorrência de dano.

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece no artigo 3º: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Seguiu a linha tradicional do processo somente o titular do direito poderá discuti-lo em juízo.

O artigo 6º do Código do Processo Civil determina: "Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Vê-se que a legitimação processual ordinária é a regra geral do direito pátrio, exigindo a coincidência entre o sujeito ou os sujeitos da relação material controvertida e os do processo.

Mesmo a legitimação extraordinária prevista na 2ª parte do artigo 6º não invalida a regra geral, pois ela só ocorrerá quando a lei a autorizar.

Ora, percebe-se com facilidade que o processo clássico criava entraves à proteção dos interesses difusos, onde não existe esta perfeita coincidência entre os titulares da ação e do direito e a sentença, via de regra, ultrapassa, nos seus efei-

tos, as partes envolvidas.

Dai ser perfeita a colocação de Mauro Cappeletti, quando afirma que para a proteção dos interesses difusos, terão que ser revistas as velhas regras e estruturas processuais, atinentes a legitimação e ao interesse de agir, a representação e a substituição processual, a citação e a garantia de contraditório e os próprios limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

Era portanto preciso, e de fato foi o que aconteceu, que o ordenamento jurídico se munisse de novos mecanismo que possibilitassem contornar essas dificuldades do processo clássico, para que o interesse público encontrasse proteção.

- Ação Popular -

O mais antigo instrumento de proteção do interesse público consta ser a ação popular.

Embora suas origens remontem ao direito romano, a ação popular ganhou dimensão nova com o Estado Liberal.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi o marco constitucional do instituto, que permaneceu nas demais constituições, exceto na de 1937.

A atual Constituição regula a ação popular no artigo 3º, LXXIII, ampliando o seu objeto pela inclusão da proteção ao meio ambiente.

Reza o dispositivo constitucional: "qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

O autor popular é, portanto, o cidadão, ou seja, o eleitor no gozo dos seus direitos políticos. Não tem legitimidade ativa para propô-la o nacional que não seja eleitor, o estrangeiro e as pessoas jurídicas (Súmula 365 STF).

Na ação popular o cidadão age em nome próprio mas por interesse alheio - o da comunidade.

Como se constata, já não mais existe com a ação popular coincidência entre o titular do bem

ameaçado ou lesado - a coletividade - e o sujeito do processo - o autor.

- Ação Civil Pública -

A grande democratização do processo adveio da utilização da ação civil pública, de origem incerta e discutida.

Trata-se de instituto processual de natureza pública porque nas suas raízes está o interesse do Estado em proteger bens da coletividade.

No direito brasileiro, tradicionalmente, a ação civil pública é da competência do Ministério Público conforme art. 81 do Código de Processo Civil.

A Lei Orgânica nacional do Ministério Público que é a lei complementar federal nº 40, de 14.12.1980, viabilizando uma exigência do art. 96 da C.F. de 69, estabeleceu as normas gerais para a organização do M.P. nos Estados e elevou a titularidade da ação civil pública à condição de função institucional do M.P. (art. 3º, III).

Porém, o relevante papel da ação civil pública no campo da proteção dos interesses coletivos e difusos tomou impulso com a lei 7.347, de 20.07.85 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências.

Vejam os alguns aspectos importantes desta lei que ampliou e inovou na proteção dos interesses da coletividade.

No artigo 1º diz de forma taxativa os bens que protege. Reza o dispositivo: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: I. ao meio ambiente; II. ao consumidor; III. a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No artigo 5º estende em numerus clausus a legitimação ativa da ação civil pública, antes exclusiva do M.P., a outras entidades. Diz o artigo: "A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo M.P., pela União, pelos Estados e

Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I. esteja constituída há pelo menos 1(um) ano, nos termos da lei civil; II. inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

Portanto, tais entidades poderão anteciparem-se ao M.P. na propositura da ação civil pública ou ainda conforme estabelece o parágrafo 2º do art. 5º poderão habilitarem-se como litisconsorte de qualquer das partes.

No polo passivo da ação civil pública estarão todos os responsáveis por situações que ferem os interesses vitais da comunidade, pessoas físicas, jurídicas e a própria Administração pública.

O papel fundamental na ação civil pública é desempenhado pelo M.P. que ou agirá como sujeito ativo, ou obrigatoriamente intervirá como fiscal da lei, quando não for parte, ou obrigatoriamente assumirá o papel de parte ativa na demanda se os demais legitimados abandonarem ou desistirem da causa, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º e 3º.

O M.P. pode ainda, quando convencido da inexistência de fundamento para a própria propositura da ação, promover o arquivamento de inquérito civil nos termos do art. 9º.

Após o trânsito em julgado da sentença o M.P. terá o dever de executá-la se qualquer outro legitimado não o fizer, conforme o artigo 15.

Neste tratamento cuidadoso feito pela Lei 7347, está sem dúvida implícito a preocupação em evitar qualquer tipo de conclusão entre os sujeitos da relação controvertida, o que tornaria a ação civil pública inócua na proteção dos interesses comunitários.

A Constituição de 88 ampliou o campo da ação civil pública conferindo-lhe status constitucional e deixando claro o papel do M.P. como condutor principal desta ação (art. 129 III).

Quanto aos interesses protegidos, a Constituição estendeu a possibilidade da utilização da ação civil pública para a proteção de todos os interesses da coletividade quando se refere expressamente

no final do inciso III do art. 129 a "outros interesses difusos e coletivos".

Reza o texto constitucional:

"São funções institucionais do M.P.....
III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

No que concerne a legitimação para agir de terceiros a constituição também rompe com as restrições do art.5º da Lei 7347, que fixava expressamente as entidades legitimadas, para permitir que terceiros tenham legitimação para agir.

Diz o texto constitucional no parágrafo 1º do artigo 129.

"A legitimação do M.P. para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."

Percebe-se que a intenção do constituinte foi o de favorecer a proteção pelo ordenamento jurídico dos interesses da comunidade, acompanhando os avanços das sociedades desenvolvidas, quer criando materialmente novos direitos; quer ampliando os mecanismos de proteção já existentes - ação popular - ação civil pública; quer criando novas garantias - o mandado de segurança coletivo.

Não foi por acaso que a redação dada ao velho preceito "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" se viu suprimida do termo individual que constava das constituições anteriores.

A Constituição de 88 no art. 5º, inciso XXXV conferiu ao direito de ação e por conseqüência à ação civil pública, a natureza de garantia de proteção a direitos individuais e coletivos, podendo todos terem o devido acesso à justiça, quer por meio de ações individuais, quer por meio de ações coletivas.

- Mandado de Segurança Coletivo -

A criação do mandado de segurança coletivo conferiu às entidades, expressamente fixadas pela Constituição, o benefício de poderem se utilizar do instituto do Mandado de Segurança nos termos do artigo 5º, inciso LXIX e LXX.

Assim, partido político com representação no Congresso Nacional, organização Sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano poderão impetrar mandado de segurança coletivo para proteger direito líquido e certo dos seus membros ou associados.

A natureza de ação constitucional de rito próprio e sumaríssimo, que em geral se inicia com uma medida acautelatória, concedida de plano, confere ao M.S.C. a qualidade de garantia ideal à proteção do direito líquido e certo dos membros dessas entidades.

A celeridade, que é típica desta ação, retira a necessidade de qualquer tipo de autorização por parte dos membros das entidades impetrantes.

A natureza especial do M.S.C. faz com que ele não conflite, neste aspecto, com a exigência do art. 5º, XXI, que estabelece: "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente" (grifo nosso).

- Efeitos da Coisa Julgada -

Um outro aspecto importante, no que concerne aos interesses meta individuais, refere-se aos efeitos da coisa julgada.

No processo civil tradicional onde o Poder Judiciário harmoniza conflitos individuais ou entre grupos definidos de pessoas, os efeitos da coisa julgada restringem-se as partes no processo conforme estabelece o artigo 472 do C.P.C., 1ª parte: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros..."

Quando muito se estende a terceiros citados em litisconsórcio necessário: artigo 472 do C.P.C.,

2ª parte: "... Nas causas relativas ao estado de pessoas, se houverem sido citadas no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

Ora, quando se trata de interesses difusos, os efeitos da coisa julgada ultrapassam a relação processual que serviu de base à sentença. Isto porque a situação objeto do juízo foge aos limites da relação-base, para se projetar em plano superior, envolvendo muitas vezes multidões de pessoas, (queimadas, pescas predatórias, lesões ao consumidor etc...).

A extensão dos efeitos da coisa julgada aqueles que não fizeram parte da relação processual, ou seja, a eficácia ultra-partes da sentença é solução bastante ousada para o processo tradicional!

A Lei 7347 que cuida da ação civil pública oferece uma solução avançada no artigo 16. Diz o dispositivo: "A sentença civil fará coisa julgada, **erga omnes**, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."

A referida lei apresenta solução semelhante a já oferecida pela lei que regula a ação popular (Lei 4717, de 29.06.65).

Vê-se, portanto, que resumem-se 3 as soluções possíveis:

- . ou a ação é julgada procedente adquirindo autoridade de coisa julgada **erga omnes**.
- . ou a ação é julgada improcedente, por ser infundada, adquirindo também autoridade de coisa julgada **erga omnes**.
- . ou, então, a ação é julgada improcedente por deficiência de provas, não adquirindo, neste caso, autoridade de coisa julgada e permitindo a qualquer legitimado, inclusive aquele que já havia proposto a ação improcedente, intentar nova ação amparado por novas provas.

Responsabilidade Civil e Penal do Agente causador - do Dano à Coletividade

Também é fundamental examinarmos a responsabilidade civil e penal do agente que causou danos à coletividade.

Adota-se nesses casos, como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva ou da responsabilidade pelo risco.

Esse critério de responsabilização já é comum quando se trata de danos causados ao meio-ambiente. Conforme o artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6938, de 31.08.81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, para pleitear a reparação ao dano causado basta que se prove o nexo de causalidade; ou seja, é suficiente a relação entre o dano e o ato lesivo.

Vemos, portanto, que o sentido do risco assume nos interesses difusos papel fundamental em relação a mera imputação pelo ato.

Aqui, não se pesquisa a culpa, nem tampouco se admite as causas excludentes da responsabilidade (caso fortuito - força maior) nem em relação ao particular, nem em relação à Administração pública.

No que concerne a responsabilidade penal caminha-se também no sentido de adotar-se como regra geral, a responsabilidade pelo risco. Contudo, para que haja a condenação criminal é necessário que o M.P. proponha a competente ação penal pública na forma da lei (Constituição Federal, artigo 129, I).

- Reparação material do prejuízo causado à coletividade -

Os danos à coletividade são de difícil reparação porque além de atingirem um número inextinguível de pessoas, prejudicam bens que não podem ser traduzidos em valores patrimoniais.

Como reparar uma floresta devastada? Qual o valor da saúde humana ou animal?

Sem dúvida é mais fácil tentar evitar ou prevenir danos do que saná-los. E isto o Estado e a coletividade podem e estão fazendo.

Neste sentido, é importante salientar o papel das Organizações Não-Governamentais (ONGs) na defesa e na divulgação dos problemas relativos sobretudo à proteção do meio-ambiente.

Tais organismos, que são de vários tipos: internacionais, regionais e nacionais se dedicam a endossar e defender posições já assumidas pela opinião pública no que concerne a problemas genéricos do meio-ambiente ou específicos do tipo proteção de espécies animais em extinção.

Os resultados são satisfatórios, basta que nos lembremos da longa e penosa campanha encetada contra as indústrias poluentes instaladas no vale de Cubatão, que chegou a ser internacionalmente conhecido como "o vale da morte".

Pode-se mesmo afirmar que essas organizações tem melhores condições de influir na adoção de uma política ambiental sadia do que as entidades governamentais que muitas vezes tem a sua liberdade de ação cerceada pela política dos Estados.

A Greenpeace, a World Wild Fund, a Friends of the Earth são algumas dessas Organizações Não-Governamentais.

Além dessas entidades particulares existem movimentos isolados que vem obtendo bons resultados neste campo, como por exemplo as recentes manifestações no Rio de Janeiro, como o 1º Fórum de Conscientização do Direito Ambiental (organizado pelo IBAMA e FURNAS); o Seminário sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizado sob os auspícios das Confederações Nacionais do Comércio, Indústria e Agricultura e do Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional).

No aspecto jurídico não poderia ficar sem menção o recém aprovado Código do Consumidor (Lei nº 8078, de 11.09.1990, e que entrou em vigor 11.03.1991) viabilizando a defesa ao consumidor nos termos da Constituição Federal, arts. 5º, XXXII, 170, V e 48 das Disposições Transitórias.

No que concerne a reparação material do prejuízo é bastante inovadora a posição da Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938, de 31.08.81). Sugere, a referida lei que, sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, a reparação do dano se faça in natura

para que se possa recuperar o meio ambiente destruído.

Ora, como as sanções pecuniárias ficam em geral aquém dos prejuízos, nada mais justo que se tente repor o **status quo ante**.

A fluidez dos interesses difusos levou os norte-americanos a adotarem a chamada tese do **fluid-recovery**.

E, neste sentido, é extremamente curiosa a passagem relatada pelo desembargador e professor paulista **Waldemar Mariz de Oliveira Jr.** no livro **A Tutela dos Interesses Difusos** feito sob a coordenação da professora e procuradora do Estado de São Paulo, **Ada Pellegrini Grinover** (página 23).

Relata o eminente professor uma solução **sui generis** proferida pela Justiça norte-americana para reparar dano coletivo.

"O dono de um posto de gasolina passou a vender esse produto a preço superior à tabela. Um dos prejudicados intentou ação contra o mesmo, a qual, por fim, foi julgada procedente. Mas, o que é importante nesse caso, é que o réu sofreu uma condenação totalmente inusitada. De fato, foi compelido a fornecer gasolina, gratuitamente, a todos aqueles que o procurassem, até atingir a exata quantidade que vendera acima da tabela fixada. Claro é que não foi atingida a mais perfeita justiça, desde que muitos dos prejudicados não foram ressarcidos, ao passo que outros, que não tinham sido lesados, foram beneficiados com a decisão final. De qualquer modo, entretanto, ocorreu uma violação a direitos coletivos, ao qual foi reparada por meio de tutela jurisdicional também de caráter coletivo, porquanto seus efeitos incidiram sobre um grande número de pessoas."

A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Antes de encerrar essas breves considerações acerca dos interesses difusos e coletivos gostaria de fazer menção a alguns institutos do direito estrangeiro.

No campo da proteção não-jurisdicional, destaca-se o **ombudsman** que funciona como mero órgão fiscalizador da atividade administrativa no atendimento dos interesses coletivos. Sua origem remonta a Suécia do Século XVI.

A Constituição Portuguesa de 76 e a Espanhola de 78 trazem a figura do **ombudsman** sob a denominação de **Provedor de Justiça e Defensor do Povo**, respectivamente.

Em que pese as tentativas para incorporação do **ombudsman** no direito positivo brasileiro, a experiência limita-se a ordem privada; algumas empresas o possuem como forma de contato direto com o seu público.

No que concerne à proteção jurisdicional merecem destaque as ações judiciais de caráter coletivo do direito inglês e norte-americano derivadas da chamada "**jurisdição de equidade**".

As **class actions** do direito norte-americano (reguladas pela **Federal Rules of Civil Procedures - rule 23/1966**) se caracterizam pela coletivização de pessoas nos polos ativo e passivo da relação jurídica.

Pressupõem para a sua propositura a comprovação da existência de interesses que envolvam um número indeterminado de pessoas. O autor ou os autores da ação devem deixar claro que os interesses pelos quais litigam são compatíveis com os interesses de todo o grupo e que a ação é a forma mais adequada e mesmo exemplar para a defesa desses interesses.

O juiz tem papel relevante no exame de todas as condições para a propositura da ação podendo se julgar conveniente desdobrá-la em **subclasses**, excluir certos interesses ou impedir o prosseguimento.

As **class actions** partem necessariamente de um

grupo definido estão voltadas para este grupo, embora possam atingir um número indeterminado de pessoas.

Fundamentalmente são essas algumas das contribuições oferecidas pela sociedade e pelo direito para proteção dos interesses e direitos da coletividade.

**CORRELAÇÃO ENTRE IMPUTAÇÃO E SENTENÇA:
ARTS. 383/385 DO CPP**

WEBER MARTINS BATISTA

Prof. Titular de Direito
Processual Penal da
UERJ, Desembargador do
Tribunal de Justiça do
Estado Rio de Janeiro

1. A correlação que deve existir entre a acusação e a sentença impede que o juiz condene o réu por fato diverso do narrado na inicial. Esta regra, mais do que exigência do princípio de defesa, ou da ampla defesa, é uma imposição de garantia do contraditório. Pode ocorrer que ao longo do processo a prova mostre que o fato praticado não é exatamente aquele que foi imputado ao réu, ou que o fato praticado e corretamente descrito não esteja de acordo com a classificação a ele dada na inicial. Nestes casos, como deve agir o juiz?

Tratam do problema os arts. 383, 384 e 385, do CPP. Dispõe o art. 383 que "o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa do que consta da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Estabelece o art. 384 que "se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas".

Diz o parágrafo único do art. 384: "Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o MP possa editar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação públi-

ca, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas".

Por último, está no art.385 que "nos crimes de ação pública, o juiz poderá... reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada".

Duas hipóteses podem, pois, ocorrer: ou o fato descrito corresponde ao fato provado, ou a prova colhida no processo mostra que este é um pouco diferente daquele. No primeiro caso, pode o juiz entender correta a classificação dada ao fato pelo MP - e não haverá qualquer problema - ou, ao contrário, entender que o fato descrito e provado caracteriza outro crime, não o mencionado na inicial.

Neste último caso aplica-se a norma do art. 383, o juiz nada precisa fazer. Colhida a prova, não surge nenhuma elementar nova, o fato descrito na denúncia ou queixa permanece o mesmo, apenas o juiz entende que deve dar-lhe uma classificação diversa de que lhe deu o MP. Assim, como não houve modificação do fato descrito na denúncia e do qual o réu se defendeu, como não há surpresa para este, pode o juiz condená-lo e, se for o caso, impor-lhe pena mais grave do que a inicialmente mencionada, sem necessidade de tomar qualquer medida.

O art.383, referido, consagra o que a doutrina chama de emendatio libelli, ou seja, a simples correção do erro de classificação do crime, sem alterar a situação do fato. Ao réu foi imputada a prática de um fato criminoso, do qual ele se defendeu. Ao fim do processo o juiz julgou provado o fato descrito na inicial, mas entendeu, em desacordo com o MP, que tal fato caracteriza outro crime, diverso daquele classificado na denúncia ou queixa.

A inicial - por ex.. - diz expressamente que o réu, depois de ameaçar a vítima com uma arma, subtrai-lhe o carro e foge, sem ser perseguido, sendo detido cerca de meia hora depois, quando os componentes de uma patrulha, avisados pelo rádio, surpreendem-no no interior do veículo roubado. Ainda que o MP classifique o fato como roubo tentado, mas desde que descreveu um crime de roubo consumado - não houve perseguição, o agente foi detido

quando o objeto já saíra da esfera de vigilância ou custódia do dono - o juiz pode condenar o réu por este último crime, sem necessidade de qualquer providência.

O mesmo poderá ocorrer - outro exemplo - na hipótese do MP imputar aos réus, três trombadinhas, o fato de terem dado um tranço na vítima, uma pessoa de idade, jogando-a ao chão e disso aproveitando para subtrair seu dinheiro. Ainda que aquele classifique o crime como furto, pode o juiz, por entender que o fato descrito e provado caracterize roubo, condenar os réus por este último crime, sem necessidade de baixar os autos ao MP ou à defesa.

Analisando a hipótese, afirma Espínola Filho que não há falar em surpresa para a defesa, pois o fato continua a ser o mesmo inicialmente descrito. Assim, a sentença poderá considerar o crime realmente verificado a aplicar a pena a ele correspondente, "pouco importando tenha havido erro, engano, má apreciação, espírito de benevolência na acusação, com uma definição mais branda, ou incompleta, do fato, na queixa ou denúncia" (CPP Anotado, VI, 1976, p.88/91).

A mesma coisa diz a maioria da doutrina e, como se vê no art.383, citado, o juiz assim poderá agir, sem qualquer problema, porque esta é a solução legal. A verdade, no entanto, é que em muitos casos haverá surpresa para o réu que, por força da interpretação dada ao fato pelo MP, defendeu-se de um crime e acabou sendo condenado por outro.

Nos exemplos dados, se o juiz alertasse o réu para a possibilidade de condenação por roubo consumado, e não apenas tentado - no primeiro exemplo - ou por roubo, não por furto - no segundo - poderia aquele discutir o problema da consumação, no primeiro caso, ou da caracterização da violência, no segundo e, quem sabe, obter êxito.

Não há dúvida de que o réu se defende de fatos, não de números, mas a verdade é que a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que no processo penal - não se pode esquecer - não é apenas defesa, simples defesa, mas ampla defesa.

Por esse motivo o anteprojeto Frederico Marques - que teve seu andamento no Congresso

sobrestado em face da nova Constituição Federal - estabelece que o juiz não pode dar ao fato definição legal diversa do que constar do saneador, salvo se houver aditamento da acusação ou - mesmo assim, não em todos os casos - quando beneficiar o acusado (art.356 e seu § 1º).

Em face do Código em vigor - repita-se - o juiz pode mudar a classificação do fato e condenar o réu sem ouvi-lo, mas é aconselhável - o autor fazia isso, quando juiz de primeiro grau - que alerta o réu para a modificação, sempre que verificar que esta poderá surpreender a defesa.

2. Pode acontecer que a inicial atribua ao réu um fato e a prova colhida na instrução mostre que o fato por ele praticado é diferente do que está descrito naquela peça. Essa diferença pode resultar de ter a inicial atribuído ao réu coisas que a prova mostrou não existirem, ou, ao contrário, não ter a inicial imputado ao réu coisas que realmente aconteceram.

Examinemos o primeiro caso. A denúncia ou queixa - no caso, denúncia - atribuiu ao réu, por ex., o ter subtraído coisas de Maria, à noite, depois de arrombar a porta de sua casa e ameaçá-la com uma arma. Colhida a prova, verifica-se que o réu subtraiu bens de Maria, mas isso não aconteceu à noite, nem houve ameaça contra a vítima, com ou sem arma.

A novidade, consistente na ausência das elementares do crime de roubo, não impede que o juiz condene o réu por crime de furto qualificado pelo arrombamento, sem necessidade de ouvir a defesa, pois não houve surpresa para o réu: o fato descrito na denúncia continha as elementares do roubo qualificado por arrombamento. Não provadas aquelas, sobram estas.

Se, na hipótese, também não ficasse provado o arrombamento, o juiz ainda poderia condenar o réu por furto noturno, pois as elementares desse crime estavam descritas na inicial.

Em resumo: não importa que haja diferença entre o crime atribuído ao réu na inicial e o crime provado ao longo do processo, desde que essa

diferença consista na inexistência de elementar aí descrita, e não na existência de elementar aí não contida, expressa ou implicitamente.

3. Diversa deverá ser a solução se a inicial não imputou ao réu coisas, dados ou fatos que a prova mostrou existirem. Nesse caso, é importante verificar se essas novidades constituem meras circunstâncias agravantes, ou se caracterizam verdadeiras elementares do crime, pois da resposta a esta indagação dependerá a providência a tomar.

A figura típica compõe-se de elementos que lhe são essenciais, as elementares. O crime de furto - por ex. - consiste na subtração de coisa móvel alheia. A ausência de qualquer desses elementos faz desaparecer a figura do furto.

Acontece que ao lado dos tipos fundamentais, ou básicos, existem tipos derivados, qualificados e privilegiados, em que o legislador acrescenta à figura típica fundamental circunstâncias específicas, que tornam o fato mais grave ou, ao contrário, menos grave e, em consequência, tornam maior ou menor a pena a estes cominada.

Nos tipos qualificados - fiquemos neles - estas circunstâncias especiais ou específicas, também denominadas agravantes específicas, podem dar origem a um tipo de crime qualificado sancionado com pena autônoma, mais grave, ou a tipos qualificados apenados com a sanção do tipo básico, aumentada de quantidade fixa dentro de certos limites.

As hipóteses de furto qualificado do § 4º do art. 155 do CP são exemplos do primeiro caso, pois têm a pena de prisão aumentada para dois a oito anos de reclusão. São exemplos dos outros dois tipos qualificados o furto noturno, em que a pena passa a ser a do tipo básico, aumentada de um terço; e o roubo qualificado, cuja pena é a do roubo simples, aumentada de um terço a metade.

Ora, estas circunstâncias específicas não são essenciais ao furto ou ao roubo, pois sua ausência não faz desaparecer aquele ou este crime, mas não é menos certo que são imprescindíveis à caracterização do furto qualificado ou do roubo qualifica-

do, tipos derivados, que sem elas deixariam de existir.

Embora possam, sob aquele aspecto, ser consideradas meras circunstâncias acidentais, ou accidentalia delicti, não é menos verdade que sob este último prisma, não deixam de ser verdadeiras elementares do tipo qualificado.

O art. 384 do CPP fala em "circunstância elementar não contida na denúncia ou queixa", o que tem sido alvo de crítica de doutrina, pois o vocábulo circunstância - do latim circunstância, derivado de circum stare - significa "o que está ao redor, em torno de, em volta de" enquanto a palavra elementar, diversamente, traduz "o que está na coisa, o que lhe é essencial, básico, fundamental".

Sendo assim - afirma-se - ou um determinado dado, ou fato é mera circunstância, ou é elementar, não uma coisa e outra ao mesmo tempo. Acontece, como se viu, que há circunstâncias que se tornam essenciais e, em tal situação, podem ser denominadas circunstâncias elementares.

Aplacando os pruridos dos filólogos, mestre Aurélio define, em seu Novo Dicionário, o conceito jurídico de elementar como "circunstância ou fato integrativo da definição legal dum crime" (1ª ed., p. 506)

Deve-se, pois, interpretar a expressão circunstância elementar, do art. 384 do CPP, como significando não apenas os elementos essenciais, que compõem o tipo fundamental, como também quaisquer circunstâncias especiais ou específicas, que se juntam ao tipo fundamental para formar tipos qualificados ou privilegiados.

4. Algumas circunstâncias agravantes e atenuantes podem, em alguns casos, ligar-se ao tipo fundamental de determinados crimes e transformá-los em tipos diversos, qualificados ou privilegiados. Nestes casos, como é evidente, deixam de ser meras circunstâncias genéricas e passam a ser elementares, ou circunstâncias elementares do crime.

É o que ocorre - por ex. - com as agravantes do motivo fútil ou torpe, do uso de meio insidioso ou cruel, etc., que são elementares do homicídio qualificado.

De fora parte estas exceções, as circunstâncias genéricas agravantes e atenuantes, arroladas nos art. 61 e 66 do CP, não fazem parte do tipo e, em consequência, não modificam os limites da pena cominada em abstrato. Por isso mesmo, nos crimes de ação pública podem ser consideradas pelo juiz, mesmo quando não mencionadas na inicial.

Se a prova mostrar - por ex. - que o réu denunciado por furto é reincidente, cometeu o crime por motivo fútil, ou o fez contra criança, velho ou enfermo, circunstâncias agravantes (CP. arts. 61. I e II, letras a e b) que não estavam descritas na denúncia, por força do art. 385 do CPP o juiz poderá considerá-las na sentença sem ouvir o réu.

A doutrina, salvo raras exceções (Veja-se Tornaghi, Curso, vol. II. 1987. p.172/173), não tem dado ao tema a atenção que este merece. O CPP, elaborado por notável Comissão composta por penalistas, não por processualistas, permite ao juiz, como se disse, condenar o réu a aumentar sua pena com base em agravante não mencionada na denúncia, sem necessidade de ouvi-lo.

Acontece que esta permissão deve ser interpretada à luz dos princípios garantidores do contraditório e da ampla defesa, ou seja, o juiz não precisa ouvir o réu especificamente sobre a agravante antes de proferir a sentença, mas só poderá assim agir se com isso não lhe causar surpresa, não prejudicar de algum modo o contraditório, a ampla defesa.

O MP - po ex. - atribuiu ao réu o cometimento de crime contra o patrimônio, mas não disse na inicial que o fato foi praticado em ocasião de desgraça particular do ofendido, ou que o réu promoveu e dirigiu a atividade dos demais agentes. Se, após as alegações das partes, surgir prova de qualquer dessas agravantes, o juiz deverá ouvir o réu e permitir-lhe, não apenas contestar, como produzir prova em sentido contrário. A não ser assim, não haveria contraditório e, muito menos, ampla defesa do réu.

Em conclusão, o art. 385 do CPP permite que se considere na condenação do réu circunstância agravante, sem necessidade de ouvi-lo, especificamen-

te, por esse motivo, mas o juiz só poderá agir dessa forma se a prova da circunstância já estava no processo, pelo menos antes do réu ter vista do mesmo para apresentar suas alegações finais.

5. Se a novidade consistir na existência de elementar não contida, expressa ou implicitamente, na inicial, o juiz deverá tomar uma das soluções mencionadas no art. 384 e em seu parágrafo único. Se a nova elementar modificar o crime para outro mais grave do que o imputado inicialmente ao réu, o juiz deverá baixar o processo para que o MP adite a denúncia. Se este o fizer, será dada vista à defesa para que, no prazo de três dias, fale e, se quiser, requeira a produção de prova (art.384, parágrafo único). Ao falar em "oferecer prova, arrolando até três testemunhas", quer o Código dizer que a defesa pode arrolar qualquer tipo de prova e poderá ouvir até três testemunhas.

Se o MP não quiser aditar a denúncia - ou a queixa, oferecida subsidiariamente, em crime de ação pública - o juiz, não concordando, enviará os autos ao Procurador Geral, na forma do estabelecido no art.28 do CPP.

Quando a nova elementar modificar o fato para outro de igual ou de menor gravidade, aplica-se a regra do art. 384, caput: não há necessidade de aditamento da inicial, basta o juiz baixar o processo para que a defesa fale e, se quiser, produza prova. O prazo para a defesa falar é de três dias, por força da interpretação do caput do artigo com seu parágrafo único. O prazo de oito dias, aí mencionado, é para a produção da prova.

É importante verificar, portanto, qual o crime atribuído ao réu na inicial, para saber se a novidade trazida altera-o para outro maior, ou de igual ou menor gravidade, ou seja, para verificar que providência deve o juiz tomar, se a do caput do art.384, se a de seu parágrafo único. Para isso importa ver, não a classificação dada ao fato pelo MP, mas sua descrição na inicial. A sentença não pode ultrapassar os lindes da acusação, o juiz só pode condenar o réu pelo fato a ele imputado, mas o fato a ele imputado é o que está descrito na

inicial, que nem sempre corresponde à classificação a ele dada pelo autor.

Assim, antes de tomar qualquer das providências mencionadas, deve o juiz verificar se a classificação do fato está correta. Se não estiver, deve corrigi-la, como o estabelece o art.383, já mencionado. A seguir, verificará se a nova classificação, decorrente da prova nova, torna-o mais grave, ou de igual ou de menor gravidade e aplicará conforme a hipótese, o caput ou o parágrafo único do art. 384.

Depois de dizer na denúncia - por ex. - que o réu entrou na casa de Maria à noite e, mediante grave ameaça, subtraiu suas coisas, o MP classificou o fato como crime de furto noturno (CP, art. 155, § 1º). Durante a instrução, verifica o juiz, que não houve ameaça, o fato foi praticado durante o dia, mas o réu entrou na casa da vítima mediante escalada.

O não ter havido grave ameaça e o ter sido o crime cometido durante o dia (não o praticou durante o repouso noturno) não implicam em novidade para o réu. Ao contrário, essas elementares (uma, do furto noturno, outra, do roubo) estavam descritas na denúncia, o réu delas se defendeu e, possivelmente, graças a isso foi possível demonstrar que inexistiram.

A escalada, no entanto, que é elementar do furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP) não constava da inicial, logo, dela não se defendeu o réu. É imprescindível, pois, que o juiz tome uma das providências mencionadas no art. 384 e em seu parágrafo. Qual delas deve adotar?

Se tivesse que considerar a classificação dada ao fato na denúncia, furto noturno, a modificação tornaria o crime mais grave. Como o que importa é a descrição do fato, o juiz deverá inicialmente, com base no art.383, corrigir a classificação para roubo. A seguir, atendendo a que o crime provado é menos grave do que o narrado na inicial, baixará o processo à defesa, na forma e para os fins do art. 384, caput.

6. Nos crimes de ação penal privada só cabe a aplicação da regra do caput do art. 384, ou seja,

se surgir prova de elementar não descrita na queixa, que modifique o crime para outro de igual ou de menor gravidade, o juiz baixará o processo à defesa para as providências mencionadas naquele artigo.

No caso de nova elementar que torne o crime mais grave, não cabe qualquer iniciativa do juiz - está no parágrafo único do art.384 e assim se deve entender. Acontece que se esta prova surgir antes de decorridos seis meses do conhecimento da autoria do crime, parece evidente que o querelante, por iniciativa própria, poderá aditar a inicial e nela incluir a elementar que altera para mais grave o crime imputado ao querelado.

Se o ofendido ainda pode fazer o mais, que é propor ação contra o querelado por outro fato, que caracteriza outro crime, diverso do narrado na queixa, com mais razão pode fazer o menos, que é aditar esta para nela incluir elementar nova, que não é mais do que simples parte do fato já atribuído ao querelado.

7. Por último, pode a prova colhida no processo dar notícia da inexistência de outro fato criminoso. Não se trata de simples elementar não mencionada na inicial e que apenas modifica o fato que está sendo objeto do processo, mas de prova de outro fato, de outro crime.

O réu - por ex. - está sendo processado por ter subtraído coisas da casa de Maria. Colhida a prova, verifica o juiz que a subtração foi praticada mediante arrombamento, o que não estava descrito na inicial e, além disso, que ao sair da casa de Maria o réu encontrou um desafeto e, por pura maldade, agrediu-o e feriu-o.

As duas situações são diferentes. Em relação à primeira, para condenar o réu pelo crime realmente cometido, o juiz deve baixar o processo para o MP aditar a denúncia prosseguindo-se na forma do parágrafo único do art.384. Em relação ao segundo, no entanto, não é suficiente a complementação mencionada neste parágrafo ou no caput do artigo.

O réu está sendo processado pela subtração das coisas de Maria, não pelo crime de lesões corporais praticado contra o desafeto. Em relação ao

primeiro crime, foi citado para o processo, tomou conhecimento do fato, dele está se defendendo. Basta, pois, que se tome providência mencionada no parágrafo único do art.384, para que não haja prejuízo para defesa.

Com relação às lesões corporais, no entanto, não basta esta complementação. O réu de crime de furto não está sendo processado pelo crime de lesões corporais. Sendo assim, para ser condenado por este crime é necessário que responda ao processo normalmente, que haja todo um processo contra ele, e não apenas que se tomem as providências complementares do caput ou do parágrafo único do art. 384.

Neste caso, pode o procedimento pelo furto estar no fim e não haver interesse em julgar os dois fatos no mesmo processo. Se isso acontecer, o MP oferecerá denúncia contra o réu, em separado, pelo crime de lesões, sendo ele citado, interrogado, etc, prosseguindo o processo normalmente.

Se, no entanto, o processo pelo furto estiver no início, as ligações entre este crime e o de lesões aconselha-se sejam os dois fatos julgados no mesmo processo, em vez de oferecer nova denúncia, o MP poderá aditar a denúncia (oferecida pelo furto), para nela incluir o crime de lesões corporais. Como se trata de outro fato, não do mesmo fato modificado, em relação a ele o processo deverá começar do princípio, com citação, interrogatório, etc.

Enquanto isso, ficará o processo sobrestado em relação ao crime de furto, até que o procedimento relativo às lesões corporais atinja a mesma fase. Quando isso acontecer, o processo voltará a correr para os dois crimes.

Em qualquer caso, quer o crime de lesões corporais seja objeto de outro processo, com o oferecimento de outra denúncia; quer seja apurado no mesmo processo, com o aditamento da denúncia, oferecida pelo furto, em qualquer caso, repito, deverá o réu ser citado de novo, para se defender de novo fato, recomeçando todo o procedimento com relação a este crime.

DISCURSOS

E

RESENHAS

DISCURSO DE POSSE NA DIREÇÃO DA FACULDADE
DE DIREITO DA UERJ - (MANDATO 1992/1996).

ANTONIO CELSO ALVES PEREIRA

Antes de mais nada, que as minhas primeiras palavras sejam dirigidas aos ex-Diretores de nossa Faculdade, que nos honram com suas presenças, Professores Flávio Bauer Noveli, Oscar Dias Correia, Ricardo César Pereira Lira e Simão Isaac Benjó, mestres notáveis que muito contribuíram para o aprimoramento dos nossos cursos e a manutenção dos padrões de excelência acadêmica que se inscrevem entre as melhores tradições desta Faculdade, que formou, ao longo de mais de 50 anos de sua existência, várias gerações de grandes juristas. Impossível, nos limites deste discurso, nomear Ministros dos Tribunais Superiores, Desembargadores, Juizes, Promotores, Procuradores, Defensores Públicos e ilustres Advogados que aqui se formaram e foram alunos dos queridos mestres.

Ao Ministro Oscar Dias Correia, muito especialmente, expressei o meu reconhecimento e a minha gratidão. Ingressei, há vinte anos passados, nesta Faculdade, por convite do Professor Oscar Correia, de quem fui e quero sempre ser assistente e de quem também tenho, em todas as ocasiões, recebido demonstrações de muita amizade e consideração. Obrigado Mestre Oscar.

Minhas Senhoras e Meus Senhores

Neste instante em que recebo das mãos do meu queridíssimo amigo e colega, Professor Ricardo César Pereira Lira a honrosa missão de administrar esta Casa nos próximos quatro anos confesso, em razão disso, que estou vivendo um momento de particular emoção em minha vida.

O mandato que ora recebo, de Diretor de uma

Faculdade de Direito do porte da nossa, pelo que ela representou no passado, representa hoje e representará no futuro como uma das mais sérias, eficientes e destacadas instituições de ensino do Direito do nosso país, tem, para mim, para minha carreira docente, o mais alto significado, na medida em que excede a todas as minhas aspirações, realiza sonhos e projetos dos quais eu estava consciente de suas inacessibilidades, uma vez que tenho plena consciência da pouca importância do meu destino. Recebo, por isso mesmo, esta investitura e, diante de todos, assumo o compromisso de empenhar o esforço maior, para corresponder à confiança e à expectativa dos três seguimentos que formam a nossa Faculdade: corpo docente, corpo discente e os funcionários técnicos-administrativos que, de forma expressiva apoiaram com seus votos o meu nome e o do meu querido amigo e colega, Professor Gustavo José Mendes Tepedino, o mais jovem Professor Titular da Casa, mestre muito querido e grande companheiro, eleito Vice-Diretor.

Neste fim de século as espetaculares inovações científicas e tecnológicas produzidas nos últimos cinquenta anos trouxeram à humanidade, como se sabe, uma gama de incríveis conquistas em todos os campos do conhecimento humano. Muitos destas conquistas, que até então transitavam apenas na esfera do sonho e da fantasia, tornaram-se realidades e passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas. A revolução nas comunicações e o advento da cibernética reestruturaram as bases da sociedade humana. Hoje, comunidades inteiras comunicam-se entre si de forma constante e instantânea e esta pátria planetária transformou-se como disse Raymond Aron "numa caixa de ressonância onde o ruído dos homens e das coisas são ampliados e repercutem até o infinito".(1)

Na medida em que chegamos ao fim do Segundo Milênio a maioria dos países em desenvolvimento ainda não conseguiu sequer entrar na Era Industri-

1) Aron, Raymond. Paz e Guerra entre as Nações Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1979, p. 365

al. Algumas sociedades nacionais que o fizeram no século passado, Estados Unidos, Japão e Alemanha principalmente -, e que hoje fazem parte do seleto, excludente e fechadíssimo clube dos ricos, ingressaram em nova fase histórica, agora moldada cultural, psicológica, social e economicamente pelo impacto das tecnologias de ponta e da renovação das comunicações.

Portanto, este é um contexto histórico muito difícil para os países que estão reunidos sob o controvertido rótulo de Terceiro Mundo - agora também chamados "de novos bárbaros" aí, obviamente incluído o Brasil, pois não se trasita na rigorosa estratificação internacional através de decretos, de discursos vazios e de medidas provisórias, o que nos faz meditar sobre o inelutável peso de viver, na expressão do romancista Milan Kundera, que "está em toda forma de opressão e na intrincada rede de restrições públicas e privadas que acabam aprisionando cada existência em suas malhas cada vez mais cerradas".

São tempos como estes que mesmo "voltejando e voltejando no giro que se amplia, o falcão não es-cuta o falcoeiro, as coisas se desmancham e o centro não se sustém" como cantava, há quase meio século, o poeta irlandês Yeats(2). Neste fim de milênio, o inusitado ficou por conta da aceleração do tempo histórico que levou de roldão o Império Nuclear Soviético e agora nos faz acompanhar, pelos jornais, e pela mídia eletrônica, a decadência do Império Nuclear dos Estados Unidos da América, enfim, o demoronamento de um sistema internacional até então equilibrado pelas duas superpotências salvacionistas e que, desde o término da Segunda Grande Guerra, mantinham o mundo sob constante aflição e sob chantagem do terror atômico. A história não acabou como se propala por aí. O fim do conflito ideológico que até então alimentava as discenções entre os antigos blocos do poder, abriu a passagem para outro, de natureza econômica e que expressa no que já se convencionou chamar de

2) Years, W.B. The Second Coming - Nova York, Mac Millan, 1966, pp 184/185

apartheid Norte-Sul.

Ao lado disso, o terrorismo e a violência política prosseguem em sua escalada, acionado pelas velhas disputas regionais, pelas frustrações tri-bais, que julgávamos esquecidos e historicamente superadas, pela ação das hordas fundamentalistas, pelas religiões beligerantes e pelos crimes dos Estados loucos.

No caso específico do Brasil agrava-se a crise em que historicamente estamos mergulhados situação que, há tempos, vem nos mantendo na contra-mão da história. Governado por uma elite minetista, cheia de rancor ideológico, oportunista e ligada ao que há de pior no capitalismo mundial, nossos governos não conseguiram promover o desenvolvimento humano à altura do crescimento econômico do país e uma das causas desse terrível descompasso está no fato de que a saúde, a educação, a cultura, a ciência e a tecnologia, indicadores do tão desejado passaporte para o 1º Mundo, nunca foram colocados no rol das prioridades nacionais.

A Universidade brasileira, por sua função estrutural no quadro dos instrumentos que podem oferecer alternativas para o país retornar à via do desenvolvimento integrado e auto-sustentável, sofre as consequências dessa crise, e a redução drástica dos financiamentos para pesquisa está sucateando instituições que tradicionalmente apresentavam excelentes resultados na formação de quadros profissionais e nas pesquisas pura e aplicada.

A UERJ, sob o comando do Magnífico Reitor Hésio Cordeiro se esforça para perfilar os caminhos adequados à sua modernização, busca, enfim, os meios para que possa se transformar numa Universidade eficiente, um centro de produção e transmissão do conhecimento onde os princípios da excelência acadêmica, da pluralidade ideológica e de total liberdade de crítica possam ser exercidos em sua verdadeira plenitude.

A Faculdade de Direito, por suas tradições, pelo nível de seu corpo docente, pela qualidade de seus alunos e pela dedicação de seus funcionários tem importante papel a desempenhar no atual processo de modernização da nossa Universidade. Nos

próximos quatro anos, vamos empreender esforços, lutar com toda a disposição para que nossa Faculdade exerça um papel inovador e, no cumprimento de suas finalidades, ao lado da preservação de suas melhores tradições, manter a alta qualidade de seus cursos de graduação e de pós-graduação e realizar concursos públicos de provas e títulos para o recrutamento de seu pessoal docente. É também tradição da Faculdade, desde os tempos do casarão da Rua do Catete - e de que não nos descuidaremos -, o incoformismo diante das violações dos direitos humanos, a defesa do Estado de direito e a ação política no alto sentido desta expressão, para a realização da democracia e da justiça social em nosso país.

Uma série de medidas didático-pedagógicas e administrativas serão tomadas, de imediato, para aprimorar nossos cursos. Precisamos adaptá-los as profundas mudanças sociais que se processam no país e no mundo, de forma a permitir ao profissional do direito formado por nós, não só tecnicamente bem exercer suas atividades estritamente profissionais, como também, compreender, em toda a sua extensão, o que se passa em seu redor. O curso de graduação vai muito bem, mas pode melhorar ainda mais. A prova de que vai bem está no fato de que nossos formandos frequentam com grande destaque as listas dos aprovados nos concursos à Magistratura, ao Ministério Público e às Procuradorias no Rio de Janeiro e em outros Estados da Federação. Da mesma forma, é considerável o número de nossos formandos que é recrutado para os grandes escritórios de advocacia do país.

Em maio próximo realizaremos um congresso interno onde professores e alunos discutirão uma possível reformulação do nosso currículo. Aliás, dentre os grandes temas que movimentam o debate acadêmico no momento a reforma do ensino jurídico está em total evidência. Entendemos que se faz necessário adaptar a nossa estrutura curricular às profundas modificações econômicas e sociais dos últimos decênios. Neste contexto é, também, fundamental considerar as modificações do próprio direito nesse mesmo período. Ao lado dos direitos sociais, por exemplo, chamados de direitos humanos

de segunda geração, perfilam os chamados direitos humanos de terceira geração como o direito voltado para o meio-ambiente e os de quarta geração relativos às consequências dos avanços científico e tecnológico no campo da pesquisa biológica e da qual resultou a decifração do código genético. Além disso, novos institutos jurídicos foram promulgados com normas voltadas à infância e da adolescência e para a defesa do consumidor. Concordamos com o professor Eduardo Campos de Oliveira Faria que, em excelente artigo publicado na Folha de São Paulo 02/02/92 - ao discutir os problemas da reforma do ensino jurídico, afirma:

"Não se trata de desprezar o conhecimento jurídico especializado, mas de subordiná-lo a um saber mais preciso sobre a produção, função e condições de aplicação do direito positivo. Tal conciliação exige uma reflexão multidisciplinar capaz de desvendar as relações sociais subjacentes às normas e às relações jurídicas, e de fornecer aos estudantes disciplinas e/ou reformuladas".

Positivamente já demos o primeiro passo na direção da nossa reforma com a reintrodução da disciplina Filosofia do Direito no nosso currículo, a partir já do corrente semestre.

Igual preocupação teremos com a justiça gratuita que atualmente apresenta mais de mil ações em andamento no Escritório Modelo, e que, ainda este mês, estará informatizado. Terá o Escritório desta administração que ora se inaugura, todo o apoio para que possa oferecer aos nossos alunos estágio profissional de qualidade. Procuraremos, também, estabelecer um quadro de colaboração mútua, de troca de experiências com a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro e com a Academia de Polícia, instituições que estão hoje funcionando nas dependências da UERJ.

Cabe-nos, também, consolidar o recém-criado Curso de Mestrado em Direito da Cidade, iniciativa pioneira entre os programas de pós-graduação em direito de todo o país, pela originalidade de seu currículo que foi concebido dentro de uma visão multidisciplinar adequada à realidade sócio-jurídico contemporânea.

Minhas Senhoras e Meus Senhores

Reafirmando nosso empenho de trabalhar, e buscar os caminhos para manter a nossa Faculdade na mesma direção que ela vem percorrendo ao longo de mais de 50 anos, concluimos estas palavras de compromisso, agradecimento e esperança, registrando um edificante diálogo que fomos buscar na "Electra" de Jean Giraudoux:

Pergunta Mulher Narsés

Sinto (...) que se passa qualquer coisa, mas não percebo bem. Como se chama isto, quando o dia nasce, como hoje, e tudo está deteriorado, devastado, embora o ar se respire, e tudo se perdeu, a cidade está em chamas, os inocentes matam-se uns aos outros, enquanto os culpados agonizam a um canto do dia que nasce?

Responde Electra:

- Pergunte ao mendigo. Ele sabe.

Diz o mendigo: - Isso tem um belo nome, mulher. Chama-se Aurora.

ETAPAS DO " TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO" (1)

AQUILES CÔRTEZ GUIMARÃES

Prof. Antonio Celso ... Miguel Reale por ele mesmo

Prof. Miguel Reale - Exmo. Prof. Antonio Celso Alves Pereira, ilustre Diretor da Faculdade de Direito, caríssimos colegas desta douta Faculdade, queridíssimos amigos estudantes, minhas senhoras e meus senhores.

É com extraordinária emoção que compareço esta manhã a já histórica Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para assistir a um ato da mais alta significação que é o início do curso de Filosofia do Direito como disciplina integrante do currículo jurídico. Pode-se dizer que, com isso, a Faculdade de Direito atinge a sua maturidade, porquanto é no plano teórico que o homem se revela na plenitude de sua potencialidade e não, ao contrário do que se pensa, no plano da pragmática e da praxis. Enquanto valor teórico é que o homem pensa segundo seu poder de pensar. E é um poder altamente criador e desvelador de tudo aquilo que está nele e fora dele, realizando-se, assim, de maneira plena, o seu significado e seu destino.

É para mim difícil apreciar cada um dos pronunciamentos feitos pelos ilustres colegas, Ubiratan de Macedo, com rara acuidade, deu uma vi-

1) Homenagem ao professor M. Reale realizada em 25.03.92, na UERJ.

são completa da evolução de meu pensamento jurídico ao longo de seis décadas. Porque eu comecei muito jovem a pensar o Direito. Meus caros estudantes, o meu primeiro livro escrevi ainda acadêmico de Direito em 1933 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e que se chamou "O Estado Moderno. E é esse livro de juventude uma intuição de tudo aquilo que procurei realizar e que procuro realizar ao longo de meus 80 anos. E é como homenagem que eu ouvi comovido também a palavra de Antonio Paim, onde ele realça a minha contribuição na Filosofia Política que é um campo fundamental de minhas preocupações, porquanto, ao fazer concurso para a Faculdade de Direito de São Paulo, em 1940, eu achei que devia escrever dois livros: uma tese, Fundamentos do Direito e um livro de Filosofia Política intitulado Teoria do Direito e do Estado.

Obrigado, Paim, por ter lembrado essa minha faceta das minhas preocupações intelectuais, que é uma vontade de querer servir ao Brasil no plano de suas realizações políticas.

E, finalmente, uma palavra, desejo dizer também de gratidão a Aquiles Côrtes Guimarães, que representa a vossa Faculdade, quando ele faz uma correlação entre Filosofia e Educação e Filosofia e Pedagogia. Porque na realidade o "homem" é o único ser que se constrói a si mesmo e constroi-se a si mesmo enquanto realiza o seu pensamento em universalidade. De tal maneira que é impossível desvincular Filosofia de Educação ou, como diziam os gregos, Filosofia de Paideia, ou seja, de projeção do pensamento no plano da cultura e da história. Desejo apenas lembrar, meu caro amigo Aquiles, que quando eu digo que o homem é o seu "dever ser", acentuo bem o possessivo "seu". Permitam que eu use a pedra, eu fui professor que sempre dei aula com um quadro negro e o giz. Pois bem, eu não digo que o homem é apenas o dever ser, mas sim que o homem é a realização do seu dever ser, de seu dever ser existencial. Não lhe cabe, pois, atualizar um dever ser abstrato, que nos levaria para o platonismo a meu ver indefensável. Esse sentido existencial do "dever ser" é fundamental para a compreensão da ligação entre Filoso-

fia e. Educação, tendo razão Aquiles de focalizar o tema. Por outro lado, o jurista também tem que realizar o seu dever ser de jurista e não o dever ser de político, o dever ser de economista, o dever ser desta ou daquela forma, porque, meus caros estudantes, o Direito tem uma dignidade própria e nós enquanto juristas devemos ter orgulho e vaidade de cultivá-lo.

Em homenagem aos estudantes, vou fazer de conta que estou na Faculdade de Direito de São Paulo e dizer, de certa maneira, o que é tridimensionalismo jurídico.

A Teoria Tridimensional do Direito foi uma intuição da juventude. Intrigou-me o fato de grandes filósofos do direito italiano coincidirem na divisão da Filosofia do Direito, para fins pedagógicos em três partes, uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos; outra cuidando dos interesses e valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica. O primeiro a dar-nos essa divisão tripartida foi Icilio Vanni, o qual, como positivista-crítico que era, dava mais importância ao que ele chamava Fenomenologia Jurídica, por dizer respeito ao Direito como fato social, completando-a com a Gnoseologia Jurídica, pertinente à norma, e a Deontologia Jurídica, pertinente à norma, e o Deontologia Jurídica, relativa aos deveres jurídicos. Del Vecchio, seu discípulo, sendo neokantiano, manteve a tripartição, mas sob outro prisma: teoria da idéia do Direito ou Justiça (Deontologia Jurídica); teoria do conceito de Direito ou Gnoseologia Jurídica, reservando poucas páginas à Fenomenologia Jurídica, já Adolfo Ravá dava ênfase à norma jurídica como norma técnica, completando-a com as outras duas partes.

Pois bem, minha pergunta foi esta: no fundo dessa divisão pedagógica, não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si?

Foi essa pergunta, nascida nos bancos acadêmicos de minha Faculdade, que ficou provocando meu subconsciente durante muito tempo. Em 1933, tive,

pois, uma pálida idéia, uma intuição, do tridimensionalismo, mas foi só em 1940 que, na realidade, pensei que o Direito não podia ser concebido à maneira de Kelsen, como uma simples norma. Então, eu tive a ousadia de me contrapor ao maior jurista do nosso século que é sem dúvida Hans Kelsen, a tal ponto que eu costumo dizer que ele representa o meridiano de Greenwich da jurisprudência. Ocupa-se uma posição no espaço jurídico conforme se está mais perto ou mais longe de Kelsen. Isto se deu em minha tese de concurso à cadeira de Filosofia do Direito, intitulada Fundamentos do Direito.

Kelsen estava, em 1940, no esplendor de sua primeira fase, porque ele tem três fases. Kelsen foi um jurista que mudou muito ao longo do tempo. Em 1940 ele era conhecido sobretudo como o jurista da norma, do normativismo hierárquico, da pirâmide da norma jurídica, conforme expunha em sua Teoria Pura do Direito (1ª edição).

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, Kelsen responderia: "Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma". Muito bem, eu preferi dizer: "não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; O Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro Teoria do Direito e do Estado, disse aquilo que generosamente um dos maiores discípulos de Kelsen, Josef Kunz, qualificou de "fórmula realeana": O Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores.

Essa é a fórmula que Josef Kunz chamou de fórmula realeana. "O Direito, repito, é uma integração

normativa de fatos segundo valores".

Isso ocorreu em 1940, e esta idéia continuou me apaixonando, porque, meus amigos estudantes, o homem de ciência tem que ter uma curiosidade infinita. Platão disse e Aristóteles repetiu que a Filosofia e a Ciência nascem da curiosidade da perplexidade diante da realidade e do desejo de perquirir. A ciência nasce da vaidade e da curiosidade; e como o homem e a mulher somos todos curiosos, não há razão nenhuma para dizer que a mulher seja inferior ao homem em termos de ciência. Porque ela talvez seja até mais curiosa do que o próprio homem... Mas, voltemos à nossa exposição.

A noção da estrutura tridimensional continuou atuando na minha consciência, no meu espírito até que, em 1952, outra intuição apareceu na minha experiência de pesquisador incansável. Essa idéia foi a dialeticidade dos três elementos. Esses três elementos não se correlacionam apenas, eles se dialetizam. Há uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que nós temos três ordens de dialética conforme o seu sentido dominante, da seguinte maneira:

fato =====> valor =====> norma

norma =====> valor =====> fato

norma =====> fato =====> valor

Analisemos cada uma dessas expressões ou enunciados direcionais.

No primeiro caso, visa-se atingir a norma, para interpretá-la e aplicá-la, e temos a Dogmática Jurídica, ou a Jurisprudência (sentido clássico desta palavra, equivalente a "Ciência do Direito") Positiva. Donde se conclui que, nesse caso, estamos perante a dialeticidade do Direito enquanto este é cultivado pela Ciência do Direito, pela Dogmática Jurídica. Dogmática Jurídica é uma palavra que devemos conservar. Não devemos aceitar a intrusão de dizer que Dogmática Jurídica é a teoria do crê ou morre... Dogma aí não significa verdade que não se discute, mas significa apenas o

Direito posto. Nós os juristas, advogados temos que obedecer ao direito posto, porque senão perderemos a causa. Imaginem que um advogado vá ao foro e resolva dizer que é contra o Código Civil. O Código Civil é um dogma para o advogado. A Dogmática Jurídica e a teoria positiva do Direito Positivo. Temos assim portanto, a Jurisprudência, no sentido clássico da palavra, Ciência do Direito.

Note-se que, quando emprego o termo Dogmática Jurídica, a palavra "dogma" não significa, absolutamente, algo que é imposto, mas tão somente algo que é posto.

Porém, o Direito também pode ir da norma para o valor e ao fato. Quem é que estuda o fato segundo a norma valorada? É a Sociologia Jurídica. A Sociologia Jurídica tem como objeto o fato. Nós juristas objetivamos a norma. Nós juristas raciocinamos em termos de normatividade. A norma é o nosso ponto de chegada. Ela é o elemento preferencial da pesquisa do jurista. Mas o sociólogo do Direito, que é que ele quer? Quer conhecer o Direito como fato social. Ora, este fato que não é um fato qualquer, é um fato jurídico. O fato jurídico não se compreende sem referir-se a uma norma e ao valor que se visa realizar. Então, elaborei uma imagem: "O Direito não é um queijo ou um doce, se preferirem, com três sabores diversos, correspondente a três pedaços distintos, de tal maneira que o jurista vem e come a norma, o sociólogo vem e se contenta com o fato, e filósofo jusnaturalista se perde no mundo do valor.

O Direito é uma realidade, digamos assim trivalente, ou por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. É o que com acume Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma, o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato, e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma culminando no valor, que é sempre uma moda-

lidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

Assim sendo, há três ordens de estudos distintos, mas estudos correlatos, conforme o seguinte quadro direcional:

CIÊNCIA DO DIREITO ===> fato ===> valor ===> norma

SOCIOLOGIA DO DIREITO=> norma ==> valor ===> fato

FILOSOFIA DO DIREITO => fato ===> norma ===> valor

Posso confidenciar aos senhores que foi em 1952 que a Teoria Tridimensional tornou-se madura com a dialetização dos três fatores. Quando se tem 81 anos de idade, a gente tem o direito de ser vaidoso. Eu sou vaidoso por esse ponto de vista dialético. Lembro-me que, em 1952, quando expus esse meu pensamento a um dos maiores filósofos do Direito da Itália, que viera lecionar em São Paulo, o Prof. Luigi Bagolini, ele com o seu generoso temperamento itálico, exclamou: "Ma è formidabile!" Claro que fiquei, contente com essa generosa apreciação de Bagolini, o qual, quatro anos depois, verteu para o italiano minha Filosofia do Direito, publicada no Brasil em 1953. Essa é, portanto, a minha maior vaidade. A vaidade de ter sido fiel a uma intuição da juventude e ir levando adiante essa cogitação.

Pois bem, em 1968, data lembrada muito oportunamente, por Ubiratan de Macedo, eu escrevi duas obras geminadas, isto é pensadas em conjunto ou geminadamente. Uma se denomina O Direito como Experiência e a outra Teoria Tridimensional do Direito. Que é que eu trago de novo com essas obras?

O que há nelas de novo é uma ampliação do conceito de dialética, - que já era dialética de complementaridade - inserindo-a na experiência jurídica graças ao conceito de Lebenswelt ou mundo da vida, recebido da Filosofia fenomenológica de Husserl, e já objeto de estudo por parte de Dilthey, o mestre da Filosofia dos valores.

Correlacionando os estudos de Husserl, tão justamente admirados por nosso companheiro Aquiles

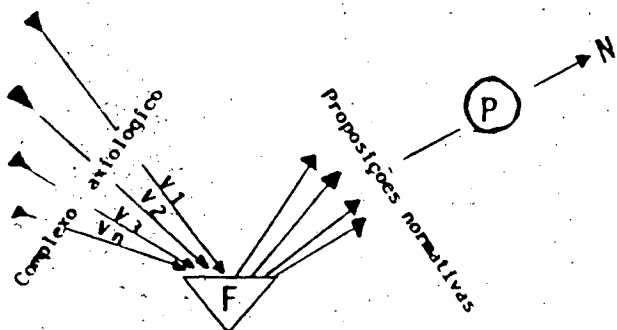
Cortes Guimarães, com os estudos do grande jusfilósofo italiano Giuseppe Capograssi sobre a experiência jurídica, apresento a experiência jurídica sob o prisma tridimensional, aplicando a dialética de complementaridade desde as formas primitivas ou larvares da realidade jurídica, a qual está sempre inserida na globalidade da Lebenswelt ou mundo da vida comum. Destarte, eu dava ao pensamento de Husserl um sentido dialético, que ele não tinha, a partir da idéia de que, se o ser do homem é o seu dever ser, ele é radicalmente um ser histórico. Esse sentido de historicidade conferido à fenomenologia foi novidade na época, provocando a repulsa de um professor gaúcho, que deve ter ficado muito desapontado quando, poucos anos depois, surgia uma obra póstuma de Husserl inserindo a fenomenologia no processo da história...

Disse que tomei mais profundo contato com a fenomenologia de Husserl, no que compartilho com o meu amigo Aquiles, mas vale a pena fazer um reparo, fazendo uma recomendação à juventude: não se deixem levar pelos modismos filosóficos. Eu não cheguei a Husserl por ele estar na moda, mas porque ele respondia a uma série de problemas, a uma série de indagações que estavam no meu espírito. Impressionou-me sobretudo a idéia de Lebenswelt, que Husserl desenvolve sobretudo em sua obra póstuma Crise da Ciência Européia e Filosofia Fenomenológica, mostrando que todos nós sentimos, pensamos e agimos inseridos num complexo de noções e opiniões operantes, que ele denominou "mundo da vida". Eu, que estou falando, vocês que me ouvem; o cientista que cuida de pesquisas objetivas; os pais e os filhos; o artista e os admiradores de seus quadros, todos estamos imersos nesse mundo das opiniões que os filósofos ingleses chamavam "common sense", no século XVIII, e que pode ser apresentado como um antecedente remoto da Lebenswelt.

Então o Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coleti-

vidade. E assim surgiu uma outra dialética, a dialética existencial do Direito que eu continuei a estudar em ensaios posteriores, como os reunidos em meus livros Estudos de Filosofia e Ciência do Direito, Direito Natural/Direito Positivo e sobretudo em Experiência e Cultura, que é minha obra fundamental.

Aqui, eu peço licença a vocês para mostrar uma outra expressão dialética num jogo de perspectivas, que vou expressar com o seguinte símbolo:



NOMOGENESE JURÍDICA

NORMOGENESE JURÍDICA

Com essa figura, eu quero dizer que, o mundo jurídico é formado de contínuas intenções de valor que incidem sobre uma "base de fato", refrangindo-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do Poder.

A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pre-

tendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (lato sensu)

que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. Todos os projetos de lei, em suma, em debate no Congresso, para dar um exemplo - perdem sua razão de ser quando um deles se converte em norma legal.

Essa compreensão da gênese da norma jurídica graças à participação do Poder num complexo factu-axiológico (onde, pois, não impera a vontade nua e arbitrária) é outra das contribuições contidas nas duas últimas obras citadas. Note-se que, quando falo em Poder, não penso apenas no Poder governamental, pois, através de sucessivas decisões homogêneas, o Poder Judiciário edita normas jurisprudenciais (Ex.: as súmulas do Supremo Tribunal Federal) assim como o Poder social anônimo consagra normas costumeiras ou consuetudinárias. Há ainda o Poder negocial que dá vida aos contratos.

Que é uma norma? Uma norma jurídica é a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória. Vamos examinar, por exemplo, o fato econômico, pois qualquer fato pode ser tomado como referencial. Sobre esse fato incide um complexo de interesse ou valorações que exigem uma disciplina normativa, e edição, por exemplo, de uma norma legal.

Notem que o tridimensionalismo não serve só para o Direito, mas para qualquer atividade cultural. Assim é que o artista, inspirado ante certa realidade factual, projeta a sua preferência valorativa, impressionista ou expressionista, por exemplo, e esta se concretiza numa forma expressa por uma pintura ou uma escultura. O que é uma obra de arte senão a expressão formal de uma vivência axiológica do fato vivido pelo artista? Ora, o que é forma para o artista é norma para o jurista. A norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor.

Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreci-

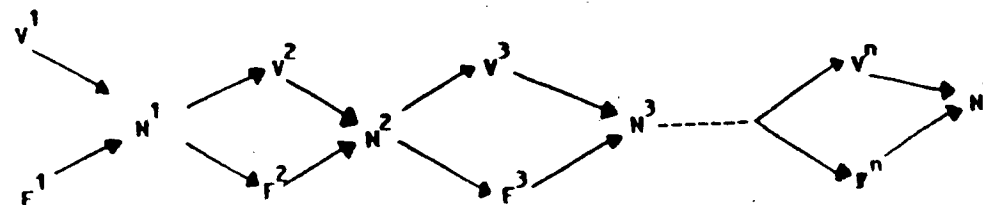
ar as coisas. E o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa. Querem um exemplo? Há um artigo do Código Civil (eu não saberia dizer o número, mas se algum civilista aqui presente o souber que me ajude) que declara que a multa convencionalizada no contrato deve ser paga proporcionalmente ao adimplemento da avença. Pois bem, na época de individualismo que se seguiu ao Código Civil de 1916 até a década de 30, que faziam os advogados? Os advogados são uns seres muito espertos, dotados de esperteza da técnica que é fundamental. Os advogados punham no contrato: a multa será sempre devida por inteiro, qualquer que seja o tempo do contrato. De maneira que aconteceu um caso muito importante em São Paulo, quando uma pobre costureira, que havia cumprido o contrato até o 20º mês na compra de uma máquina de costura, não pode mais pagar e o credor exigia, além da devolução da máquina, mais a multa por inteiro. Ora, pela primeira vez na história do Direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: "Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei e a ressalva contratual é nula de pleno direito." Até então não havia sido posta em dúvida a cláusula contratual, por entender-se que o artigo do Código Civil era apenas dispositivo. O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois consagrar.

Que acontecera? Acontecera que o individualismo anterior cedera lugar a suma compreensão social e humanística do Direito, de tal modo que, em virtude dessa nova ética valorativa, o artigo da lei, sem alteração de uma vírgula, passou a significar algo de diverso, em consonância com os princípios de equidade.

Não é demais lembrar que essas alterações do alcance e significado das normas jurídicas é obje-

to, hoje, de estudos especiais de Semântica Jurídica, uma das partes da Lógica Jurídica, que não é mais apenas a Lógica dos silogismos, o que demonstra que as variações operadas na vida jurídica dão nascimento a novos ramos do saber jurídico.

Eu costumo representar o processo de variações semântica do Direito com o seguinte gráfico;



Processo do normativismo concreto

Vamos dar agora, um exemplo de mudança do significado do Direito em virtude de alteração no plano dos fatos.

Mas, vou contar-lhes uma aventura que tive como advogado, porque eu preciso dizer aos senhores: jamais deixei de ser advogado militante. Só mesmo quando impedido como Secretário de Justiça, ou quando Reitor da USP porque não dispunha de tempo. Ora, o fato de ser sempre advogado me ajudou muito na teoria, porque me trouxe a experiência, a força do fato social vivido diretamente.

Eu tive um fato muito curioso. Havia em São Paulo, uma grande casa de modas, chamada Casa Vogue, que era digamos assim, o esplendor da moda feminina. A Casa Vogue cresceu tanto que o dono da casa, que era meu cliente, resolveu derrubar uma parede para aumentar a sua oficina. Sabendo disso, o locador entrou na mesma hora com uma ação de despejo, porque havia uma cláusula no contrato que proibia alterações no imóvel locado. O inquilino me procurou porque ia perder a oficina no coração de São Paulo. Aceitando a causa, procurei no Código Civil um artigo segundo o qual os tapumes, as

paredes divisórias de madeira, podem ser removidos livremente pelo locatário. Então eu disse ao Tribunal de São Paulo mais ou menos o seguinte: "Ilustres Desembargadores, o que houve foi uma mudança essencial no plano dos fatos. O Código Civil Brasileiro foi feito numa época em que as paredes sustentavam edifícios, mas, hoje em dia, quando os edifícios têm estruturas metálicas, ou de cimento armado, as paredes internas são removíveis como se fossem tapumes, não afetam a estrutura do edifício. Quando o inquilino sair, no término do contrato, ela reporá a parede no lugar." E eu ganhei a causa mais experiência jurídica.

Mas a norma não é também uma coisa assim, que se puxe para lá e para cá. Pontes de Miranda dizia, sabiamente, que a norma jurídica tem certa elasticidade. A norma é elástica. Mas chega um certo momento em que a elasticidade se parte e a norma se rompe. Logo as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade. Pois bem, quando uma norma deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser revogada, para nova solução normativa adequada, o que nos revela a riqueza das soluções que a vida jurídica apresenta.

Quanto mais os senhores estudarem o Direito, mais sentirão a sua beleza. É preciso saber amar aquilo que se pratica com convicção. O jurista que não ama a sua profissão é apenas um "arremedo" de jurista e não merece a mínima atenção.

E agora meus amigos, para terminar, pois o tempo já vai longe, eu acabo de publicar, para comemorar os meus 80 anos, o livro Nova fase do Direito Moderno. E pela primeira vez, notem bem isso, meus caros colegas, eu tive a coragem de abordar mais amplamente a problemática da Justiça. Referia-me muito à Justiça, mas nunca tinha escrito de maneira direta sobre ela, examinando-a em profundidade. Talvez eu achasse que ainda não tinha tempo ou conhecimento bastante para escrever sobre a Justiça. E deixei para o meu último livro. O que é um sinal de prudência. Creio que fiz bem, porque ao jurista nunca é demais agir com prudência. Aliás, o nome antigo e clássico de Ciência do Direito era Jurisprudência, palavra que deve ser

conservada também em seu sentido pleno, ao lado da subordinada jurisprudência dos tribunais.

Pois bem, em meu último livro, eu desenvolvo o entendimento, ao qual se referiu Ubiratan de Macedo, de que a justiça é um valor franciscano. São Francisco, o maior santo da Igreja, ensinava que a razão do amor aos homens culminava no espontâneo ato de dar, de ir ao encontro do outro para ajudá-lo.

Isto posto, entendo que a justiça não é um valor que tenha um fim em si mesma: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes.

Em verdade, sem base de justiça não pode haver ordem, nem segurança, assim como a riqueza passa a ser privilégio de alguns, o uso da força só é legítimo quando se funda em razões de justiça.

É por isso que, após Nova Fase do Direito Moderno cheguei a uma definição do Direito, que pela primeira vez vou enunciar como homenagem aos jovens que me ouvem: "O Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores".

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - Manual do
Mandado de segurança - Editora Renovar -
1991 - 141 páginas.

CAIO TACITO

CARLOS ALBERTO DIREITO cedo marcou presença no campo do Direito Público. O ensaio sobre o Estado Moderno e a proteção dos direitos do homem, editado em 1968, projetou o jovem professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro entre os promissores estudiosos de Direito Constitucional. O exercício de relevantes funções na Administração Pública federal e estadual sedimentou, na vivência da atividade pública, o domínio dos conceitos científicos na especialidade. Mais recentemente, o ingresso na magistratura, na qual se destaca a sua construtiva colaboração, completou, de novo ângulo, a experiência recolhida no magistério e na ação profissional.

Em livro com dois outros egrégios desembargadores, divulgou, recentemente, amostras significativas da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado em temas de Direito Constitucional e Administrativo (N. Doreste Batista, Renato Maneschy e Carlos Alberto Direito - Questões de Direito Positivos - Editora Renovar - 1990 - 328 páginas).

A mais nova contribuição científica do ilustre professor e magistrado, condensa os princípios e normas essenciais sobre o writ constitucional, ilustrados com a melhor doutrina e a construção jurisprudencial.

Trata-se de volume de excelente ordenação didática e de informação atualizada sobre o tema, com adequado tratamento das principais questões interpretativas do modelo constitucional e do direito positivo.

Tanto os estudiosos da matéria, como os que militam na área forense encontram na obra, a par

de um tratamento sistemático, a solução dominante na doutrina e nos tribunais sobre os assuntos básicos no âmbito e finalidade do mandado de segurança.

A síntese oferecida no Manual, em linguagem clara e precisa, se torna de indispensável consulta a quantos se defrontem com a exegese e aplicação do instituto protetor dos direitos e liberdades fundamentais.

O leitor sairá enriquecido no trânsito de suas páginas. O estudante, o advogado ou o juiz nele encontram subsídios de nítida formulação quanto à substância e a dinâmica de ação mandamental.

Trata-se de obra destinada a permanecer e prosperar na bibliografia nacional sobre o tema.

**TÂNIA DA SILVA PEREIRA - COORDENADORA -
O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
LEI 8.069/90
ESTUDOS SOCIO-JURÍDICOS.**

ROSANGELA MARTINS ALCANTARA ZAGAGLIA

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI 8.069/90 - "Estudos Sócio-jurídicos" obra Coordenada pela professora TÂNIA DA SILVA PEREIRA, recentemente lançada pela Livraria e Editora Renovar Ltda, possibilita ao leitor uma harmonia transcendental com renomados autores expoentes na área de interesse da criança e do adolescente.

O trabalho é estruturado em temas gerais e temas específicos sobre a criança e o adolescente nos aspectos sócio-jurídicos.

A coletânea dos artigos atende aos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso mesmo que, a leitura interessa aos profissionais de diversas formações que atuam na questão infanto-juvenil.

Ao estudante possibilita uma visão ampla das questões que afetam aos destinatários da Lei 8.069/90, constituindo-se, assim, em um eficiente instrumento na formação profissional, seja pela atualidade dos temas tratados, seja pela abrangência crítica, seja pela honestidade das conclusões propostas.

A reprodução dos textos legais, ao final da publicação, facilita a consulta e a compreensão imediata das referências legais feita no corpo da obra, o que torna a obra acessível a toda comunidade acadêmica.

Recomenda-se a leitura inicial dos artigos assinados por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA - Estatuto da Criança e do Adolescente no Quadro Evolutivo do Direito Brasileiro; ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA - Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente e TÂNIA DA SILVA PEREIRA - a

Convenção e o Estatuto, que se complementam numa apresentação sistemática, onde é abordado o processo da dignificação das pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A criança e o adolescente transformam-se gradualmente de objetos passivos da intervenção familiar, social e estatal para detentores de direitos, respeito, dignidade e liberdade.

Dentre os temas específicos, registre-se o artigo assinado por JAYME HENRIQUE ABREU - Convivência Familiar: A Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que estão impressos os matizes do instituto da adoção, tema este complementado em seus aspectos de direito comparado pelo artigo de VERA MARIA BARREIRA JATAHY - Adoção Internacional: O Direito Comparado e as Normas Estatutárias, onde é abordada a complexidade do direito internacional privado da adoção confrontado com a lei pessoal dos adotantes e a lei pessoal do adotado, bem como as soluções preconizadas pela lei interna do país.

GUSTAVO TEPEDINO enfrenta o tema árido da Tutela Jurídica da Filiação com objetividade e sentido crítico, transformando-o em objeto de leitura compreensiva e comprometedora. A primeira porque possibilita ao leitor o entendimento dos meandros do complexo tema jurídico. A segunda porque os profundos questionamentos do autor seduzem o leitor com a inovação jurídica proposta, que vai muito além das aparentes limitações do texto legal comentado.

Esta é uma obra sui generis. O ecletismo decorrente da reunião de vários autores, ao invés de fragmentá-la, deu-lhe o sentido da universalidade, única forma capaz de encaminhar a solução dos problemas globais que tanto nos afligem na atualidade, dos quais o tratamento às crianças e aos adolescentes, certamente, é o exemplo mais cruel.

A partir deste livro, imprime-se uma mutação no leitor engajando-o, definitivamente, na vanguarda das garantias de direitos elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais resgatam conquistas antigas de cidadania, respeito e dignidade da pessoa humana antes mesmo de seu nascimento.

Impresso em offset nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23, tel.: 233-5306
CEP 20.220-060 - Rio de Janeiro - RJ