UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE DE DIREITO

NÚMERO 2

ISSN 0104 - 0367

1 9 9 4 PUBLICAÇÃO ANUAL
RIO DE JANEIRO

RENOVAR

revista DA FACULDADE DE DIREITO

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
CORTESIA
Tel 2589-1863
RJ - CEP 20.040-010

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

RENOVAR

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia 10/2.421 — Centro
CEP 20111-000 — Tel.: (021) 531-2205, 531-1618 — Fax 531-2135
LIVRARIA: Rua da Assembléia 10 - loja E — Centro
CEP 20011-000 — Tels.: (021) 531-1618, 531-2205 — Fax.: (021) 531-2135
DEPÓSITO: Rua Almirante Baltazar, 56-A — São Cristóvão
CEP 20941-150 — Tels.: (021) 589-1863 — Fax: 589-1962

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Süssekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Direito
Caio Tácito
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Mello
Carlos David S. Aarão Reis

CCS/C REDE SIRUS / UERJ

Revisão tipográfica
Maria Cristina L. de Oliveira
Maria Thereza G. Duarte

Capa
Julio Cesar Gomes

Editoração Eletrônica
TopTextos Edições Gráficas Ltda.

FICHA CATALOGRÁFICA
CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. V.1-
N.2- 1994- Rio de Janeiro: UERJ,
1994
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)

Proibida a reprodução (Lei nº 5.988/73)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

UERJ

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

EDIÇÃO COMEMORATIVA
DOS 60 ANOS

ISSN 0104-0367

Rev. da Fac. de Direito	Rio de Janeiro	N. 2	P. 1-465	1994

DIRETORA
Wanda Vianna Direito

SUPERVISÃO E COORDENAÇÃO
Wanda Vianna Direito
Elias Santana Gomes

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

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

FACULDADE DE DIREITO DA UERJ
Rua São Francisco Xavier, 524 - 7º andar
20.559-900 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Fax: (021) 284-0447

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Reitor - Prof. Dr. Hésio de A. Cordeiro
Vice-reitor - Prof. José Alexandre Assed
Sub-reitoria de Graduação - Profª Sandra Maria Correa de Sá Carneiro
Sub-reitoria de Pós-graduação - Prof. Roberto José Ávila Cavalcanti Bezerra
Sub-reitoria para Assuntos Comunitários - Prof. Ricardo Vieiralves de Castro
Editora da UERJ - Prof. Ivo Barbieri
Coordenador de Publicações - Renato Casimiro

FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Antonio Celso Alves Pereira

VICE-DIRETOR
Gustavo José Mendes Tepedino

SUMÁRIO

Responsabilidade do Estado por Dano Moral
Caio Tácito 1

Norma Constitucional Inconstitucional?
A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93
Flávio Bauer Novelli 11

As Crises do Capitalismo e as Crises do Socialismo
Evolução para o Societarismo ou Societismo
Oscar Dias Corrêa 55

Planejamento Urbano
Ricardo Pereira Lira 73

A Exceção de Domínio e a Lei nº 6820, de 16/09/1980
Simão Isaac Benjó 85

Da Prescrição
Alexander dos Santos Macedo 101

Fundamentos Jurídicos para a Assinatura pelo Brasil do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte de 1990
Antonio Augusto Cançado Trindade 115

Acesso à Justiça e Direitos Humanos:
O Problema no Brasil
Antônio Celso Alves Pereira 123

Garantias Constitucionais e Advocacia Criminal
Antonio Evaristo de Moraes Filho 135

Comissão Parlamentar de Inquérito: Limites
Carlos Alberto Menezes Direito 147

Direito e Anarquia:
Por uma Teoria Jurídica do Anarquismo
Geraldo Tadeu Moreira Monteiro 155

Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes
Gita W. Goldenberg 183

Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos —
elementos para a configuração de um direito da crise econômica
Gustavo Tepedino 195

REDE SIRIUS - Rede de Bibliotecas UERJ
Biblioteca de Ciências Sociais / C - CCS/C

Origem: Doação
Data 24/03/2008

Novas Tendências do Direito de Família
Heloisa Helena Barboza 227

O Direito e o Amor
Jacob Dolinger 233

O Espaço Jurídico-Criminal dos Tribunais de Contas
Brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993
João Marcello 247

Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado
José Carlos Barbosa Moreira 261

Poluição e Tributação
José Marcos Domingues de Oliveira 285

Mandado de Injunção:
Aspectos Polêmicos. Doutrina e Jurisprudência
Luís Cesar Souza de Queiroz 297

Direito e Paixão
Luís Roberto Barroso 321

O Brasil e o Novo Cenário Econômico Internacional
Marcílio Marques Moreira 339

Reforma Tributária e Utopia Fiscal
Ricardo Lobo Torres 371

Direito Ambiental e Capitalismo
(Introdução à Crítica do Ecologismo Jurídico)
Ronaldo L. Coutinho 397

A Adoção no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e as Novas Perspectivas Legais para a Adoção Internacional
Tânia da Silva Pereira 417

A Cédula de Produto Rural
Theophilo de Azeredo Santos 433

Bioética e Ordem Jurídica
Vicente Barretto 443

Constituição e Processo Penal
Yvan Senra Pessanha 455

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO MORAL

CAIO TÁCITO

O conceito consagrado no plano do direito privado determina a obrigação de indenizar o dano causado ao patrimônio de outrem por ação ou omissão própria. A ninguém é dado lesar bem ou direito alheio (*neminem laedere*). Presente o dano injustamente produzido, o nexo causal faz nascer a obrigação de restaurar o equilíbrio rompido pela conduta lesiva.

Vinculada originariamente à culpa do agente, a responsabilidade civil adquiriu, sobretudo por influência de acidentes no trabalho, sentido amplo em que a noção do risco assumido basta para gerar o dever reparatório, independentemente do elemento de vontade do autor.

Entre nós, se o Código Civil de 1916 manteve-se fiel ao modelo clássico da responsabilidade por culpa (art. 159), a doutrina e a jurisprudência progressivamente avançaram na construção da responsabilidade objetiva, a que leis especiais têm dado guarida.

No altiplano constitucional, ao princípio da solidariedade com o funcionário faltoso, impresso nas Cartas anteriores, a Constituição de 1946 substituiu a norma de responsabilidade direta e primária do Estado por dano causado a terceiros na prática administrativa.

Dita o artigo 194 desta quarta Magna Lei republicana que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". E, somente quando tivessem agido com culpa se tornava cabível ação regressiva, conforme o respectivo parágrafo único.

Preceito idêntico reaparece no sistema constitucional imediato, como previsto no art. 105 da Constituição de 1967 (art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Na vigência destes textos, dividiram-se os intérpretes sobre o exato entendimento do comando constitucional, como procuramos documentar em

Novas Tendências do Direito de Família
Heloisa Helena Barboza 227

O Direito e o Amor
Jacob Dolinger 233

O Espaço Jurídico-Criminal dos Tribunais de Contas
Brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993
João Marcello 247

Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado
José Carlos Barbosa Moreira 261

Poluição e Tributação
José Marcos Domingues de Oliveira 285

Mandado de Injunção:
Aspectos Polêmicos. Doutrina e Jurisprudência
Luís Cesar Souza de Queiroz 297

Direito e Paixão
Luís Roberto Barroso 321

O Brasil e o Novo Cenário Econômico Internacional
Marcílio Marques Moreira 339

Reforma Tributária e Utopia Fiscal
Ricardo Lobo Torres 371

Direito Ambiental e Capitalismo
(Introdução à Crítica do Ecologismo Jurídico)
Ronaldo L. Coutinho 397

A Adoção no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e as Novas Perspectivas Legais para a Adoção Internacional
Tânia da Silva Pereira 417

A Cédula de Produto Rural
Theophilo de Azeredo Santos 433

Bioética e Ordem Jurídica
Vicente Barretto 443

Constituição e Processo Penal
Yvan Senra Pessanha 455

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO MORAL

CAIO TÁCITO

O conceito consagrado no plano do direito privado determina a obrigação de indenizar o dano causado ao patrimônio de outrem por ação ou omissão própria. A ninguém é dado lesar bem ou direito alheio (*neminem laedere*). Presente o dano injustamente produzido, o nexo causal faz nascer a obrigação de restaurar o equilíbrio rompido pela conduta lesiva.

Vinculada originariamente à culpa do agente, a responsabilidade civil adquiriu, sobretudo por influência de acidentes no trabalho, sentido amplo em que a noção do risco assumido basta para gerar o dever reparatório, independentemente do elemento de vontade do autor.

Entre nós, se o Código Civil de 1916 manteve-se fiel ao modelo clássico da responsabilidade por culpa (art. 159), a doutrina e a jurisprudência progressivamente avançaram na construção da responsabilidade objetiva, a que leis especiais têm dado guarida.

No altiplano constitucional, ao princípio da solidariedade com o funcionário faltoso, impresso nas Cartas anteriores, a Constituição de 1946 substituiu a norma de responsabilidade direta e primária do Estado por dano causado a terceiros na prática administrativa.

Dita o artigo 194 desta quarta Magna Lei republicana que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". E, somente quando tivessem agido com culpa se tornava cabível ação regressiva, conforme o respectivo parágrafo único.

Preceito idêntico reaparece no sistema constitucional imediato, como previsto no art. 105 da Constituição de 1967 (art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Na vigência destes textos, dividiram-se os intérpretes sobre o exato entendimento do comando constitucional, como procuramos documentar em

estudo a ele contemporâneo (Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 55, p. 262/s.). Respeitável corrente doutrinária encontrou na sobriedade da redação a acolhida da teoria do risco, em substituição ao princípio de necessário elemento subjetivo de culpa ou dolo como fato gerador de responsabilidade do poder público. Outra linha conservadora reputava neutra a dicção constitucional, a importar na subsistência da norma ordinária de responsabilidade subjetiva.

Por influência especial do direito francês, elaborado na jurisprudência do Conselho de Estado, firmou-se, porém, dominantemente na exegese dos tribunais nacionais a noção de que o impacto da atividade administrativa sobre os bens e direitos privados impunha ao Estado o dever de responder objetivamente pelo risco do serviço.

A atual Constituição de 1988 manteve-se na esteira do comando inaugurado em 1946.

Proclama o § 6º do art. 37 que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Apenas tornou-se explícita a amplitude da norma para alcançar as pessoas privadas a que for delegada a prestação de serviço público. E permaneceu excluída a responsabilidade estatal se a conduta do funcionário operou abusivamente, ou seja, fora do âmbito de suas funções.

Comprovada, no entanto, a premissa do exercício regular da função, assume o Estado objetivamente a responsabilidade pelo risco administrativo, reservando-se o requisito de subjetividade tão-somente para a eventual ação regressiva contra o funcionário responsável.

II

A responsabilidade civil pressupõe a existência de prejuízo a ser ressarcido pelo lesante. É a violação do bem ou direito que gera, em contrapartida, a obrigação de recompor a situação preexistente de modo a que se restaure o estado de equilíbrio subvertido.

A relação jurídica se constitui, assim, pela integração de quatro elementos essenciais: a pessoa do lesado, titular do direito ofendido; a pessoa do lesante, autor do ato ou omissão; a consumação do dano e, como requisito necessário, o nexo de causalidade entre o dano e o fato gerador.

A responsabilidade civil se apresenta em duas modalidades básicas: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Na primeira categoria, a reparação do dano é fruto do acordo de vontades

em que se estipula a prestação que visa a restaurar a harmonia no objeto do pacto bilateral.

A obrigação de indenizar pode, contudo, prescindir de manifestação de consentimento. A culpa ou dolo na prática do ato lesivo é suficiente para dar origem ao dever jurídico de sanar o prejuízo atual e certo, gerado pela conduta do lesante. A responsabilidade extracontratual deriva do princípio de integridade dos direitos postos em confronto.

Mais ainda se aperfeiçoa o dever de compor o prejuízo quando se admite que o simples exercício da atividade, ou a inércia em agir, importa na assunção do risco do possível resultado danoso.

Em princípio, concebe-se o dano material, quantificável na proporção do prejuízo de modo a recompor, pela via indenizatória, o valor integral do bem ou direito lesado.

Não fica, porém, na reparação do dano material a obrigação de indenizar.

A segurança jurídica vai além dos valores materiais que integram o patrimônio.

Por mais respeitáveis que sejam os valores econômicos, não são menos relevantes para o homem os valores de seu patrimônio ideal, insuscetíveis de medida financeira, mas essenciais ao equilíbrio de sua personalidade.

A honra, a reputação, a dignidade, a fama e a notoriedade, o conceito social ou profissional, a convivência familiar, são tão importantes e essenciais ao homem como os bens da fortuna, se não mais valiosos.

É mister, assim, que a ordem jurídica não se limite a proteger a posse ou domínio de bens físicos ou a fruição de direitos de propriedade, mas igualmente preserve a imutabilidade de direitos imateriais.

A lesão a estes valores morais da pessoa humana é, conceitualmente, um prejuízo a que o direito não pode ficar indiferente.

WILSON MELLO DA SILVA, em obra clássica (O dano moral e sua reparação — 1ª edição, 1955) mostrou a presença, ainda que sumária, do dano moral nos Códigos de Manu e de Hamurabi, como na Grécia antiga e no direito romano.

No Livro VIII do Código de Manu cabia impor pesada multa àquele que desse em casamento "uma donzela com defeitos" e a condenação injusta de um inocente impunha aos juízes, na revisão do processo, multa pecuniária de mil *panas*.

Na Odisséia de Homero, surpreendendo a esposa Afrodite em flagrante de adultério, o marido coxo é favorecido, no julgamento dos deuses, com o benefício de pesada multa.

A reparação de prejuízos morais atravessa, com variações de âmbito e intensidade, desde o direito romano ao direito moderno, tanto ao direito canônico como ao direito comum.

III

O tema dos direitos morais não se circunscreve, entre nós, à previsão no direito privado, que é o seu campo por excelência.

A Constituição brasileira de 1988 incorpora preceitos sobre a matéria, compondo o que a doutrina italiana se chamou de direito civil constitucional.

No art. 5º — em que se arrolam os direitos e garantias fundamentais — assegura-se, a par do direito de resposta proporcional ao agravo, a indenização por dano material e moral.

E, adiante, o item X do mesmo preceito afirma invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a elas assegura o direito de indenização por dano material e moral.

A proteção constitucional à imagem — pondera MIGUEL REALE — "não se refere, evidentemente, ao aspecto físico da pessoa, mas à sua *dimensão ética* perante a coletividade, implicando necessariamente um dano moral" (Temas de Direito Positivo — 1992 — p. 22).

Também, o item LXXV consagra a indenização por erro judiciário como pelo excesso na execução da pena.

O princípio da responsabilidade por dano moral transita na legislação ordinária tanto no plano privado como no campo dos serviços públicos.

O texto original do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4117, de 27 de agosto de 1962, alterada por leis posteriores) especificou, em seu artigo 81, que, independentemente da ação penal, o ofendido por calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão poderá demandar no Juízo Cível a reparação do dano moral, respondendo solidariamente por este o ofensor e a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, assim como quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

Mais adiante a mesma lei estabelece, no artigo 84, que na estimação do dano moral o juiz terá em conta, notadamente a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

E o artigo 87 dilata a construção legal, afirmando que a reparação dos danos morais será aplicável, no que couber, ao ilícito contra a honra praticado por meio da imprensa.

A Lei nº 5250, de 6 de fevereiro de 1967, reconhece, no art. 4º, a obrigação de reparar o dano moral àquele que, no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, agindo com dolo ou culpa, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Nem mesmo a prova da verdade excluirá a responsabilidade civil se o fato imputado, embora verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não houver sido motivada em razão de interesse público (art. 4º, § 1º).

O direito eleitoral igualmente consagra o princípio de reparação do dano moral. A Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965, ao cuidar da propaganda partidária, estabelece, no art. 243, § 1º, que o ofendido por calúnia, difamação ou injúria, independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político, no que couber. De outra parte, a proteção dos direitos autorais, consolidada na Lei nº 5988, de 14 de dezembro de 1973, tem como base o princípio de que o autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu (art. 21). Todo um capítulo é dedicado à definição dos direitos morais do autor, passíveis de pretensão reparatória (arts. 25 a 28).

A noção do dano moral também se enquadra entre os direitos básicos do consumidor, objeto de legislação especial.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990) assegura "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais", como expressão de garantia de direitos individuais, coletivos e difusos (art. 6º, nº VI).

E, como forma peculiar de defesa do consumidor, prevê a lei a "proteção contra a publicidade enganosa e abusiva" (art. 6º, nº IV) visando não somente a reprimir a dano econômico, como ainda, e especialmente, a resguardar a moralidade no ato de comércio, afastando a frustração que possa resultar, no espírito da clientela ludibriada, da compra de produto destituído da proclamada qualidade.

Por último, merece recordar que — como acima indicado — a atual Constituição coloca, como reflexo do direito à liberdade, a obrigação do Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como ao que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

O Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941) antecipou, no capítulo da revisão criminal, o direito à indenização pelos prejuízos sofridos em caso de condenação ilícita. Responderá pela indenização, conforme o caso, a União ou o Estado, segundo a jurisdição da sentença revista (art. 630).

O prejuízo a ser compensado não será unicamente o dano material pela privação da liberdade, mas igualmente o dano moral que o vício de legalidade da condenação terá provocado quanto à reputação do réu ou aos reflexos da pena no meio familiar.

IV

A reparação do dano moral coloca em causa o delicado problema da quantificação do valor da indenização.

Se o dano material é, de regra, determinável por critério objetivo e certo, a avaliação do dano moral é, por sua natureza, subjetivo e aleatório.

A jurisprudência tem mesmo admitido que a determinação do valor leve em conta um fator sancionatório, de tal modo que o teor econômico desestimule, pelo efeito intimidativo, a reincidência em conduta ofensiva aos valores da personalidade (ver, a respeito, Renan Miguel Saad — O ato ilícito e responsabilidade civil do Estado — 1994 — p. 100 a 105).

A imprensa noticiou, recentemente, dois casos na jurisprudência norte-americana, que exprimem a tendência a condenações de alto valor a título de danos punitivos (*punitive damages*).

Em um bar do Sul da Califórnia, ao tomar um café cappucino, o usuário sofreu queimadura quando a alça da xícara descartável se desprendeu e a bebida quente caiu-lhe ao colo. Foi pleiteada indenização superior a um milhão de dólares, sendo 750 mil dólares sob o fundamento de que o incidente teria motivado "choque e prejuízo ao sistema nervoso da mãe do cliente, o que lhe causou e continua causando muita dor física e mental e sofrimento" (Gazeta Mercantil — 7 de junho de 1994).

Recentemente, a companhia McDonald's foi condenada em US$ 2,9 milhões por danos e prejuízos causados a uma anciã de 81 anos que sofreu queimaduras de terceiro grau quando, ao abrir o tampo plástico, derramou nas pernas café fervente adquirido numa das lojas da referida cadeia.

Declaradamente, a maior parte da condenação (US$ 2,7 milhões) foi atribuída em razão do processo adotado no estabelecimento de servir o café a uma temperatura média de 80 graus centígrados, reputada excessiva (Gazeta Mercantil — 20-21 agosto de 1994).

A jurisprudência do Conselho de Estado francês por algum tempo repeliu a indenização por dano moral a pretexto de que a dor não é conversível em moeda (*larmes ne se monnayent pas*), afastando-se o *pretium doloris* como elemento de indenização (caso Quénot — 24 de março de 1916). Evoluiu, porém, o tribunal administrativo. Venceu outra linha interpretativa, para admitir o ressarcimento do que se convencionou chamar de "perturbação nas condições de existência da vítima ou de seus familiares" (casos Brusteau e Marx — 8 e 17 de dezembro de 1948). Finalmente, em decisão no caso Letisserand (24 de novembro de 1961) em definitivo aderiu o Conselho de Estado ao reconhecimento do dano moral como fato gerador de indenização, admitindo, como tal, a dor paterna pelo desaparecimento prematuro de seu filho (ver comentário de Marcel Waline — *in* Revue du Droit Public e de la Science Politique — 1962, nº 2, p. 330/333).

A responsabilidade civil do Estado tem sido, freqüentemente, reconhecida por nossos tribunais, em casos de omissão no poder de polícia nos quais a

inércia da autoridade administrativa é causa determinante, ou concorrente, na produção do dano.

IARA LEAL GASOS, em tese sobre o tema, trouxe à colação diversos casos da jurisprudência brasileira, nesse sentido (A omissão abusiva do poder de polícia — 1994 — ps. 74 a 83).

A pesquisa ampla da jurisprudência judicial, entre nós, excede aos objetivos imediatos da presente comunicação.

Alinharemos, a seguir, apenas a título ilustrativo, alguns julgados que evidenciam a acolhida do dano moral como fundamento da responsabilidade do Poder Público.

O Tribunal de Justiça da Bahia declarou a responsabilidade do Estado pela reparação de erro judiciário, devendo a indenização cobrir os danos morais e materiais decorrentes de execução condenatória, em detrimento de réu inocente (acórdão na Apelação Cível nº 322/82 — Revista de Direito Administrativo — vols. 157/258).

Em caso de morte de mulher, atingida por disparo de policial, no exercício de sua função, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou a existência cumulativa do dano material, representado pela interrupção de serviços domésticos a cargo da vítima e de dano moral presumido à luz do vínculo com seus parentes imediatos (acórdão unânime da 5ª Câmara Cível em 14-2-92, na Apelação nº 3837/91).

Em outro acórdão, o mesmo Tribunal, entendendo que o fato danoso "faz presumir ofendida a honra, ferindo a vítima na personalidade espiritual; nos afetos e sentimentos" condenou o réu à indenização cumulativa, aditando, significativamente que "vinga na indenização por dano moral o propósito de se impor sanção exemplar" (acórdão unânime da 8ª Câmara Cível, em 20-12-90, na Apelação Cível nº 4808/89).

Em acórdão de 29 de junho de 1984, na Apelação Cível nº 85.689, o Tribunal Federal de Recursos entendeu cabível a reparação de dano moral, em virtude de morte causada por veículo militar, visto que "os pais da vítima de família pobre são presumidamente dependentes do filho solteiro prémorto, pois todos contribuem para a economia doméstica" (Revista de Direito Administrativo — vols. 159/266).

Acolheu o Tribunal Federal de Recursos a responsabilidade da União pelo dano estético causado a uma mulher por lesão ocular provada por lâmina de vidro que se desprendeu de edifício-sede de repartição federal (Acórdão na Apelação Cível nº 73.865 — Revista de Direito Administrativo — vols. 153/183).

Mais expressiva, como evidência de dano moral, é a sentença condenatória da União no conhecido caso Herzog.

Preso político, a vítima foi encontrada morta por asfixia na cela a que estava recolhido em presídio militar, após sessões de tortura física e psicológica.

Alegou-se a prática de suicídio, mas a sentença de primeira instância, a par de ter como não comprovada a morte voluntária, afirmou a responsabilidade do Estado pela integridade física e moral do preso e filiou o óbito à coação moral a que estivera sujeito no curso da prisão arbitrária.

Aceitando a tese da responsabilidade objetiva do Estado, por culpa do serviço, a sentença declara a obrigação de indenizar por danos materiais e morais cumulativos (ver publicação da íntegra do processo — *in* Caso Herzog — Editora Salamandra — 1978). Embora reformada em grau de recurso, por insuficiência de prova, a sentença oferece subsídio de relevo sobre o tema.

Casos de atropelamentos por veículos oficiais, gerando pretensões indenizatórias por dano moral à família, bem como os de responsabilidade por omissão de providências em desmoronamentos de encostas e a tolerância de construção em locais de risco, são espécies nas quais se tem afirmado não apenas o aspecto estritamente patrimonial como os reflexos que provocam em relação a respeitáveis interesses de ordem moral dos lesados, não raro postos ao desabrigo.

A responsabilidade vinculada à legislação de imprensa teve significativa aplicação com respeito ao noticiário inverídico que atribuiu a conhecido artista a contaminação por vírus da AIDS.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou a empresa jornalística à indenização por dano moral, destacando, como um dos fundamentos da decisão que ''nenhum homem médio poderia espancar os seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progressos da ciência e que tantos desesperos tem causado à humanidade'' (acórdão na Apelação Cível nº 3059/91 — Revista de Direito Administrativo — vols. 185/197).

V

A reparação de danos morais tem merecido reconhecimento até mesmo em razão de ato legislativo.

A lei inconstitucional não apenas se tornará nenhuma uma vez declarado o vício que nulifica seus efeitos.

Como afirmou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de julho de 1948, ''o Estado responde civilmente por dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional''. Trata-se de empresa de ônibus da qual se exigira imposto indevido, conduzindo à suspensão do tráfego (Revista de Direito Administrativo — vols. 20/42).

Em outro feito, definiu a Suprema Corte que ''uma vez praticado pelo

poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas conseqüências'' (acórdão de 15 de maio de 1957).

O voto do Relator, Ministro Cândido Mota Filho enfatizou o princípio de que

> ''O Estado responde civilmente pelos danos causados por lei declarada inconstitucional, pois ele não pode, na verdade, pelo arbítrio legislativo, abalar as garantias dos contratos regularmente feitos'' (Revista Trimestral de Jurisprudência — 2/121-122).

Não é outra a jurisprudência atual no Pretório Excelso como documenta o despacho do Ministro Relator no Recurso Extraordinário nº 169.81 (Revista de Direito Administrativo — vols. 194/271).

Se, nessas hipóteses, foi admitida a indenização por danos materiais, o princípio da responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais, que neles se afirma, leva à conclusão necessária de que de igual premissa resultará a reparação de danos morais que possam provir dos efeitos de ato legislativo que afinal tenha proclamada a eiva de inconstitucionalidade.

VI

A conclusão que se impõe, em suma, é a de que o Estado responderá objetivamente pelos danos materiais ou morais, comprovadamente oriundo de atos de qualquer dos três Poderes, obrigando-se a reparar os prejuízos causados, a serem quantificados em grau de execução.

Não há, para o Poder Público, privilégios ou prerrogativas que possam eximi-lo do dever, que a todos se impõe, de preservação da integridade de bens ou direitos protegidos pela segurança da ordem jurídica.

NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL?
A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93

FLÁVIO BAUER NOVELLI

1. Explicação preliminar. 2. O art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. 3. Normas constitucionais inconstitucionais. 4. As questões levantadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. 5. Natureza, função, conteúdo e alcance das chamadas limitações do poder de tributar. 6. O direito fundamental à segurança jurídica e os princípios da anterioridade e da anualidade tributária. 7. A forma federativa de Estado, como princípio estrutural, e a chamada imunidade tributária recíproca. 8. O objeto das limitações do poder de tributar e os limites materiais ao poder de emenda à Constituição. 9. Conteúdo e alcance dos limites materiais ao poder de emenda. 10. Modo de ser do conteúdo normativo, forma, função e efeitos do art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93.

1. *Explicação preliminar*

Finda a 31 de dezembro próximo o prazo de vigência do "Imposto Provisório sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira" — o discutido IPMF. Admite-se, todavia — embora, é verdade, relutantemente — já tenha sido cogitada sua prorrogação. Mas, confirmem-se ou não tais prognósticos, parece-nos, de qualquer forma, oportuno submeter a breve reexame a árdua questão suscitada por ocasião da sua instituição e cobrança. Tal questão, como não se desconhece, concerne à legitimidade da exclusão desse tributo, ainda que por via de emenda constitucional, do âmbito material de incidência dos preceitos constitucionais respeitantes à anterioridade e à denominada imunidade tributária.

A insistência, agora, nesse reexame, poderá, ao primeiro lance, parecer tardia e até, talvez, impertinente. Por isso, permitimo-nos ponderar, à guisa de sumária justificação: primeiro, que a questão encerra, como bem se percebe, relevantes aspectos teóricos e práticos de interesse permanente, que transcendem aos limites do caso concreto; segundo, que o seu exame, tanto na doutrina quanto na órbita judicial, não parece ter conseguido aprofundamento proporcionado à sua importância; e, afinal, que o trato da complexa matéria talvez logre, quando menos, provocar o debate, tão desejável quão escasso, a respeito dos dois temas fundamentais aqui envolvidos: o das limitações (*rectius*: limites) constitucionais do poder de tributar e o dos limites materiais do poder de emenda constitucional.

2. *O art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93*

Como é sabido, a Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, dispôs, em seu art. 2º, que a União poderia instituir, nos termos de lei complementar (como quer, aliás, o art. 154, nº I, da Constituição), com vigência até 31 de dezembro de 1994, o referido imposto "provisório", isto é, o IPMF. Determinou, porém, ao mesmo passo, no parágrafo 2º da disposição primeiramente citada — e aqui reside, permitimo-nos repetir, toda a questão — que a esse imposto *temporário* (e não propriamente *provisório*, como o chamou a lei) *não se aplicaria o disposto no art. 150, nº III, letra b, e nº VI, da Constituição* (para só nos limitarmos ao que interessa a este escrito).

Mais explicitamente: a norma *constitucional* sobre a qual se questiona — tendo em conta, certamente, quer o caráter *extraordinário* e, conseqüentemente, *temporário*, desse tributo; quer a manifesta *urgência* de que se revestia a sua cobrança, e quer, ainda mais, a relevante circunstância de que a exigência fiscal ocorria a *notória* e *grave necessidade financeira* do Estado federal — determinou que ao IPMF *não se aplicariam* as ditas limitações constitucionais do poder de tributar, a saber: a *anterioridade* (art. 150, nº III, letra *b*) e as *imunidades aos impostos* (art. 150, nº VI), dentre as quais, em particular, a chamada *imunidade tributária recíproca* (art. 150, nº VI, letra *a*).

Vindo logo depois a instituir-se o imposto pela Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993 (art. 1º), insurgiram-se contra a sua imediata cobrança, mediante ações diretas de inconstitucionalidade, alguns Governadores de Estado (ADIn nº 926-5, DF) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (ADIn nº 939-7, DF). Em ambas as representações foi argüida, por igual, a inconstitucionalidade do citado art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, assim como a das pertinentes disposições da Lei Complementar nº 77/93, por infringirem, como já se disse: imediatamente, o art. 150, nº III, letra *b*, e nº VI, e assim, indiretamente, o art. 60, § 4º, nºs I e IV, da Constituição.

Depois de haver deferido medidas cautelares nas duas ações, para o fim de suspender (a eficácia de) as normas constitucionais impugnadas, o Excelso Pretório, em sessão plenária do dia 15.12.1993, julgou procedente a ADIn nº 939, declarando, assim, a inconstitucionalidade das expressões "o art. 150, III, "b" e VI, nem", contidas no parágrafo 2º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 3, de 18.03.1993, bem como das disposições pertinentes da Lei Complementar nº 77/93. Subseqüentemente, em sessão plenária realizada a 02.03.1994, atendendo a que a ADIn nº 926 visava, como já se sabe, à declaração de inconstitucionalidade das mesmas expressões "o art. 150... VI, "a"", daquela disposição constitucional, a Corte Suprema julgou esta última ação prejudicada por falta de objeto.

3. *Normas constitucionais inconstitucionais*

Observe-se, por primeiro, que não parece subsista, a esta altura, dúvida razoável quanto a um aspecto preliminar da questão, isto é: quanto à possibilidade de, em tese, vir uma norma *constitucional* a ser objeto do juízo de constitucionalidade. Com efeito (e aliás, já se pode desumir de simples leitura do art. 60, § 4º, da Lei Fundamental), tem-se por ponto pacífico, assim na teoria como na prática[1], que também tais normas — quer dizer, especificamente as normas formuladas mediante o procedimento legislativo especial de emenda à Constituição — enquanto contrastem, inclusive materialmente, com outras determinadas normas constitucionais (as integrantes do denominado "núcleo intangível" da Constituição), podem ser, também elas, "inconstitucionais", e constituir, assim, objeto de argüição de inconstitucionalidade, seja por via incidental, seja, como no caso, por via principal. Aliás, se dúvida ainda houvesse quanto ao ponto, estaria ela já agora desfeita. Que tais normas se sujeitam ao controle de constitucionalidade é justamente o que vem de

1 V., entre outros, MAURICE HAURIOU, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. esp. de Ruiz del Castillo, 2ª ed., Madri, Ed. Reus, s.d., p. 334; S. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, Parte general, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1953, vol. II, p. 143 e segs.; NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, Bahia, Livr. Progresso Ed., 1954, p. 108 e segs.; COSTANTINO MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milão, Giuffrè, 1952, p. 389; PAULO BRAGA GALVÃO, *Limitações ao poder de emendar a Constituição* (tese mimeogr.), Rio de Janeiro, 1988, p. 67 e segs.; PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*; 2ª reimpr., Madri, Tecnos, 1991, p. 258; GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade (Aspectos jurídicos e políticos)*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p. 95 e segs.

reconhecer, de forma explícita, o Supremo Tribunal Federal, ao assentar, na própria ementa da decisão ora comentada, a título de premissa: "Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.)."[2]

4. *As questões levantadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93*

Mas a questão, ou antes, as questões levantadas por essa importante — e, sob este aspecto, ao que parece, sem precedentes — decisão, não ficam, como é óbvio, simplesmente aí. O que, ao nosso ver, cabe principalmente indagar (a partir, é claro, da singular circunstância de as normas declaradas inconstitucionais serem, elas por sua vez, *normas de lei constitucional*, no sentido acima explicitado) é, em suma: *a*) se as normas que se afirma terem sido violadas por aquelas primeiras (uma vez que se encontram no mesmo nível da hierarquia normativa) pertencem, de fato, como se assevera, ao restrito número das chamadas normas constitucionais "intangíveis" ou "pétreas", isto é, ao número daquelas normas constitucionais supergarantidas, porquanto postas sob o abrigo dos limites materiais do poder de emenda (art. 60, § 4º, da Constituição Federal); *b*) qual o sentido e o alcance da proteção conferida por estas cláusulas de intangibilidade e, especialmente, que é que cabe entender pela expressão "tendente a abolir", da disposição constitucional por último citada, e *c*) dada a função específica e, correspondentemente, o alcance material das normas constitucionais declaradas inconstitucionais, se caberia, nos limites da hipótese sob exame, considerá-las, como as considerou a decisão comentada, "tendentes a abolir" um direito ou garantia individual e a forma federativa de Estado.

5. *Natureza, função, conteúdo e alcance das chamadas limitações do poder de tributar*

A resposta à primeira dessas indagações deve começar naturalmente por um exame das disposições constitucionais que se julga terem sido violadas pelo art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, com o fim de determinar-lhes, se bem que em rápidos traços, a natureza, a função, o conteúdo e o alcance.

2 ADIn nº 939-7, DF, in *D.J.*, 21.01.94, p. 193; *D.J.*, 01.02.94, p. 395. V. aí, especialmente sobre o ponto em questão, o elucidativo voto do eminente Ministro PAULO BROSSARD, ainda não publicado. V. também, com excelentes subsídios a respeito da questão, GILMAR F. MENDES, *O controle de constitucionalidade*, cit., p. 103 e segs.

Tais disposições formam, como é sabido, com outras mais de conteúdo análogo, o importante art. 150 da Constituição e expressam um certo número de *normas proibitivas*, que constituem no seu conjunto — segundo locução de raiz doutrinária hoje incorporadas à linguagem constitucional — as chamadas *limitações do poder de tributar:* é *vedado* exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, nº I); é *vedado* instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, nº II); é *vedado* cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, nº III, *b*); é *vedado* utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, IV), e assim por diante. Ao ângulo subjetivo, tais limitações (*rectius*: limites) traduzem-se, primariamente, por *vínculos* (de ordem constitucional) à supremacia tributária (*rechtsstaalichen Bindungen der Steuerhoheit*, como expressivamente se diz na doutrina alemã); ou ainda, para ser mais preciso, traduzem-se por *deveres negativos impostos ao exercício da potestade tributária*, e atribuídos, enquanto tais, como não poderia deixar de ser, só aos seus próprios *sujeitos ativos*, vale dizer: à *União*, aos *Estados*, ao *Distrito Federal* e aos *Municípios*.

Evidente, por outro lado, que ao estabelecerem tais limites ou deveres de abstenção, aquelas disposições asseguram, *ipso facto*, em contrapartida necessária, certas situações (jurídicas) favoráveis, isto é, *direitos*, ou antes, *garantias*[3], como as designa o próprio art. 150, *caput*, *v.g.*: a reserva legal tributária, a igualdade perante a lei fiscal, a irretroatividade dos tributos, a anterioridade, a não-confiscatoriedade, a chamada "imunidade" tributária recíproca, as "imunidades" em geral etc. E assim como, destinatários (imediatos) das limitações só podem ser os sujeitos ativos do poder tributário — titulares, por sua vez, das garantias correspondentes só poderão ser, como é lógico, os *sujeitos passivos* daquele mesmo poder, ou seja: todos quantos de qualquer modo se encontrem sujeitos ao ordenamento federal, estadual, distrital ou municipal, à medida que concretamente se qualifiquem (ou se pretenda devam qualificar-se) como *contribuintes*, conforme a própria dicção constitucional.

De sorte que, as garantias do art. 150 da Constituição — e, dentre elas, no presente caso, notadamente a anterioridade e a chamada imunidade tributária recíproca — tutelam (*estritamente no âmbito da tributação*, vale frisar) os interesses ou as situações subjetivas (constitucionais) que se identificam, quer como:

a) *Direitos (ou liberdades) individuais*, ou antes, *fundamentais*: essencialmente, o direito à liberdade, *stricto sensu*, à igualdade, à segurança, à

3 GIUSEPPE FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milão, Giuffrè, 1956, p. 310 e segs., espec. 319.

propriedade etc.; em suma, os direitos que vêm declarados (principalmente) no art. 5º da Constituição, e que essa, por competirem a toda pessoa, enquanto valores inerentes à própria natureza ou à dignidade do homem, proclama "invioláveis"; quer como,

b) a *autonomia (institucional) dos entes políticos* integrantes do Estado federal, especialmente ao ângulo financeiro, tendo em vista a incolumidade e o pleno desenvolvimento do princípio federativo que lhe serve de suporte.

Como certamente já se terá percebido, tais garantias, que compõem a face reversa das limitações do poder de tributar, ao contrário do que sucede com os interesses ou valores (substanciais) por elas assegurados, não têm — como, de resto, não a têm as garantias em geral — uma existência ontológica e autônoma. Precisando melhor: o modo próprio de existir das garantias é, por assim dizer, *funcional*. Com efeito, segundo decorre da própria noção correspondente ao termo, tanto no direito público quanto no direito privado, uma vez que essa pertence ao direito em geral, a *garantia*[4] é "instrumento teleológico, individuado e caracterizado pelo seu fim específico"[5], que consiste exatamente em *assegurar* ou *tutelar* determinado interesse ou valor jurídico em face de eventual perigo.

A presente observação permite-nos fixar desde logo dois pontos essenciais. Por um lado, parece certo que a verdadeira natureza, o sentido, o conteúdo e a extensão das chamadas limitações do poder de tributar (*scilicet*, das garantias em que essas se resolvem) só se podem na prática determinar corretamente pelo seu necessário concreto referimento ao interesse ou valor assegurado. Daí resulta que a essência e o alcance de tais garantias só se definem, materialmente, em função dos próprios direitos ou liberdades fundamentais, ou da autonomia institucional cuja efetividade ou cuja atuação aquelas primeiras estão destinadas a tutelar, exclusivamente *em face do exercício do poder tributário*. Afigura-se, em conseqüência, caber às garantias, com respeito aos valores ou interesses assegurados, uma posição naturalmente *subordinada*, e subordinada, note-se bem, num duplo sentido: primeiro, porque, ao contrário destes últimos, cuja dimensão (substancial) não se confina a determinado setor materialmente delimitado, mas se irradia a todo o sistema constitucional, as garantias têm, neste caso, sua operatividade condicionada, no próprio plano normativo constitucional, a determinado campo ou âmbito material: como já se disse, *ao âmbito exclusivo da tributação*; segundo,

4 SERIO GALEOTTI, *La garanzia costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1950, *passim*, mas espec. p. 23 e segs.; ID., *Garanzia costituzionale*, verb. in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Giuffrè, vol. ... XVIII (1969), p. 491 e segs.; FERRARI, *Op. loc. cits.*; PEITRO VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rassegna di diritto pubblico*, out. dez. 1948, IV, espec. p. 269.

5 FERRARI, *Op. cit.*, p. 319; GALEOTTI, *La garanzia, cit.*, p. 31.

porque ao contrário dos valores ou interesses que lhes constituem o objeto, e aos quais compete, no plano formal, posição prioritária, principal e autônoma, as garantias se encontram, enquanto tais, *funcionalmente vinculadas* ou "coordenadas teleologicamente"[6], mediante um nexo necessário e praticamente incindível de *acessoriedade*[7], ao direito ou liberdade fundamental ou ao princípio estrutural assegurado.

Por outro lado, e em conclusão das considerações precedentes, pode-se certamente afirmar que, de uma parte, valores ou interesses constitucionais assegurados, e de outra, as respectivas garantias — considerados não importa a que ângulo: quer ao da competência (material) normativa que lhes corresponde, quer ao da ordem de sua essencial coordenação teleológica, quer, ainda, ao do respectivo conteúdo preceptivo — não obstante a identidade de sua eficácia formal[8], *distinguem-se substancialmente*. Com efeito, a inerente função ancilar, a instrumentalidade e, no caso, a explícita limitação material da esfera de incidência das garantias, opõem-se radicalmente à substancialidade, à posição materialmente eminente e à latitude virtualmente irrestrita da força normativa dos direitos fundamentais ou do princípio institucional assegurado, repelindo, em conseqüência, terminantemente, dos pontos de vista lógico e jurídico, ao contrário do que parece pretender a decisão ora comentada, a possibilidade de uma assimilação, ou antes, de uma indevida confusão conceptual entre as duas distintas categorias constitucionais.

6. *O direito fundamental à segurança jurídica e os princípios da anterioridade e da anualidade tributária*

Posta outrossim a questão, em particular quanto a este ponto, no plano da experiência jurídica — quer dizer, no plano da realidade prática — evidenciar-se-ão, talvez ainda mais clara e concretamente, as diferenças que permitem discriminar entre, de um lado, direitos e liberdades fundamentais e o princípio da autonomia federativa, enquanto situações subjetivas ou interesses constitucionais assegurados, e de outro, as respectivas garantias da anterioridade e da denominada imunidade tributária recíproca.

Comecemos pelo princípio da anterioridade. A função político-jurídica dessa garantia constitucional tributária consiste, como é sabido, na tutela da *segurança* (certeza) do direito do contribuinte, mediante a proibição de que a lei (federal, estadual, distrital ou municipal) que tenha *instituído* ou *aumen-*

6 GALEOTTI, *La garanzia, cit.*, p. 31.

7 FERRARI, *op..cit.*, p. 314, 322.

8 GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Sistema delle fonti del diritto*, Turim, UTET, 1987, p. 103.

tado[9] tributo (com a sabida exceção de determinados impostos indiretos), autorize a sua cobrança no mesmo exercício financeiro em que aquela haja sido publicada (Constituição, art. 150, nº III, letra *b* e § 1º)[10]. O princípio, como se vê, volta-se a tutelar, dentre as múltiplas formas de que, na prática, pode revestir-se o amplíssimo direito fundamental à segurança[11], especialmente um aspecto particular e bem determinado desse, situado no plano já restrito da *certeza jurídica em matéria tributária*: o concernente à necessária publicação (e, portanto, à cognoscibilidade) da nova lei tributária onerosa (ou mais onerosa), precedentemente ao exercício financeiro em que deva dar-se sua aplicação. É óbvio que, em conseqüência disso, a lei que imponha ou agrave tributo, uma vez que tenha sido publicada antes do início do exercício de sua aplicação, *determinará o regime quantitativo de tal tributo durante esse exercício todo*, salvo, é claro, o caso de modificação favorável ao contribuinte. Assim, a anterioridade, além de prevenir a *surpresa da imposição* (aspecto

9 Com respeito ao âmbito de competência do princípio da anterioridade, v. nossos trabalhos, *O princípio da anualidade tributária*, in *Rev. de dir. adm. (RDA)*, vol. 137 (1979), espec. p. 38 e segs.; *Anualidade e anterioridade na Constituição de 1988*, in *RDA*, vols. 179-180 (1990), p. 27 e segs.

10 A literatura a respeito do princípio da anterioridade tributária é muito ampla em nossa doutrina. Cons. a respeito, além dos nossos trabalhos citados em a nota anterior e das obras gerais de direito constitucional e de direito tributário, entre outros, mais recentemente, LISE DE ALMEIDA, *Princípio da anterioridade (Evolução no Direito Brasileiro e sua situação na Constituição)*, in *Rev. de dir. trib. (RDT)*, nº 55 (1991), p. 321 e segs.; HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de direito tributário*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., 1993, p. 29 e 184; RICARDO LOBO TORRES, *Curso de direito financeiro e tributário*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993, p. 97 e segs.

11 Quanto ao conceito de segurança, especialmente em seu aspecto de segurança jurídica ou segurança *por meio do Direito*, v., entre muitos outros, especialmente, GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, reimpr., México, F.C.E., 1955, p. 40 e segs.; ID., *El fin del derecho*, in LE FUR *et alii*, *Los fines del derecho*, trad. esp. de Daniel K. Breña, México, Ed. Imprenta Universitaria, p. 105, e seg.; J.T. DELOS, *Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia*, in *Los fines del derecho*, *cit.*, p. 67 e segs.; HEINRICH HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Enrique Ginbernat Ordeig, Madri, Taurus, 1968, espec. p. 544 e segs.; GEORGES BURDEAU, *Les libertés publiques*, 2ª ed., Paris, L.G.D.J., 1961, p. 103 e segs.; ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Madri, Taurus, 1971, espec. p. 41 e segs.; MASSIMO CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1979, *passim*, mas espec. p. 31 e segs.; REINHOLD ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Munique, C.H. Beck, 1982, espec. p. 157 e segs.; sobre a segurança jurídica particularmente no direito tributário, além das obras de ALBERTO XAVIER citadas em a nota (19), v. GÜNTER JAENKE, *Rechtssichereit im Steuerrecht*, in GÜNTHER FELIX (org.), *Vom Rechtsschutz im Steuerrecht*, Düsseldorf, Institut der Wirtschaftsprüfer, ... 1960, p. 43 e segs.; FLÁVIO BAUER NOVELLI, *Segurança dos direitos individuais e tributação*, in *RDT*, nºs 25/26 (1983), p. 159 e segs.; HUGO DE BRITO MACHADO, *Temas de direito tributário*, São Paulo, Ed. RT, vol. II, 1994, p. 98 e segs.

mais comumente destacado na garantia) tutela ainda uma vez a certeza do direito do contribuinte ao assegurar um *mínimo de estabilidade* (o período de um ano fiscal) à vigência da norma tributária.

Mas, como bem se percebe, essa função agora especificamente cometida à garantia da anterioridade em nosso ordenamento tributário, já era, aí, desde muito cumprida — e, sem nenhuma dúvida, *mais ampla e eficazmente* — pelo velho princípio matriz da *anualidade tributária*, segundo o qual nenhum tributo (com as conhecidas ressalvas) poderia ser cobrado em cada exercício *sem prévia autorização na lei orçamentária anual*[12]. E tanto se aparentam, no conteúdo, as garantias conexas da anterioridade e da anualidade, que até mesmo o Supremo Tribunal Federal (conforme assinalamos em outro lugar, com a indicação de numerosa jurisprudência e do enunciado nº 615 da própria *Súmula*) persistia e, ao que tudo indica, ainda persiste em não distingui-las[13].

De resto, importa aqui assinalar que essa congruência, ou, mais exatamente, essa *parcial compatibilidade* entre os dois princípios configura perfeitamente, no plano normativo, a relação lógica de *especialidade*, pela qual a proposição normativa ou o princípio reconhecido como especial (e por isso, complementar e subsidiário), no caso, o da anterioridade, em seu mais restrito âmbito de aplicação, prevalece — nos limites, é claro, em que se verifica a sua antinomia — sobre a norma ou o princípio mais geral, o da anualidade, e o *derroga*. Foi, aliás, precisamente com essa função, como verdadeira derrogação,[14] no sentido próprio do termo, a uma *norma constitucional*, que o princípio da anterioridade introduziu-se em nosso ordenamento, gerado, contra a opinião doutrinária predominante, como pura criação pretoriana, especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal formada entre os anos de 1962 e 1963, mediante interpretação inquestionavelmente ab-rogante do art. 141, § 34, da Constituição federal de 1946, em sua redação original[15].

Em suma, a controvertida inserção do princípio no direito positivo deu-se, consoante a enérgica expressão de ALIOMAR BALEEIRO, por via de uma

12 V. FLÁVIO B. NOVELLI, *Anualidade e anterioridade, cit.*, p. 25.

13 FLÁVIO B. NOVELLI, *op. cit.* em a nota anterior, p. 20, nota 3.

14 Sobre a *derrogação*, v. *infra*, nota 59.

15 Supremo Tribunal Federal, *Súmula da Jurisprudência Predominante*: "nº 66 — É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro." "nº 67 — É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro." Para um exame da evolução da jurisprudência sobre a anualidade tributária, especialmente no Supremo Tribunal Federal, e uma crítica ao enunciado nº 66 da *Súmula*, v. ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 6ª ed., rev. e atual. por Flávio B. Novelli, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 51/66.

"distensão máxima da flexibilidade da interpretação jurisprudencial, inspirada por motivos patrióticos", a qual, além de constituir, diz ainda BALEEIRO *"erro grosseiro e violação frontal ao art. 141, § 34, da Constituição* (de 1946)"[16] (são nossos os grifos), só se excogitou no intento mais que óbvio, não de garantir, mediante nova salvaguarda, o direito do contribuinte, mas, ao revés, de abrir, em desfavor desse, uma exceção permanente, uma fissura irreparável no corpo da garantia mais ampla, a da anualidade tributária.

Mas, seja sob a antiga e mais ampla figura da *anualidade*, seja sob a forma mais recente e abertamente derrogatória da *anterioridade*, a verdade é que, enquanto proteção da segurança jurídica em matéria tributária, qualquer dos dois princípios desempenha hoje, em relação ao princípio universal e dominante da *reserva de lei,* uma *função subsidiária.*[17] Como anteriormente escrevemos[18], "uma vez desfeita a vinculação histórica e, portanto, radicalmente circunstancial, entre os princípios da "legalidade orçamentária" e da "legalidade tributária", opera-se, com variável intensidade, uma crescente e mais ou menos generalizada "desvalorização" ou um "esvaziamento" do princípio da anualidade, enquanto limitação constitucional (temporal) do poder de tributar." E isto porque "pela própria natureza, pelo conteúdo e pelo alcance das limitações que efetivamente impõe ao exercício do poder de tributar (inclusive sob perspectiva temporal, permitindo ao contribuinte *segura previsibilidade* quanto aos elementos essenciais da obrigação tributária), é ao princípio da *legalidade da tributação*, na ampla acepção a que se aludiu[19], que compete hoje, essencialmente, ante as exigências da fiscalidade contemporânea, desempenhar as funções de garantia que, em época precedente, foram cumpridas pelos princípios da anterioridade e da anualidade".

Quanto à mais antiga, e, sem dúvida, mais prestigiosa e ampla regra da anualidade, o próprio BALEEIRO — certamente o seu mais autorizado e infatigável defensor nos embates sobrevindos especialmente a partir da década de 60 — depois de reconhecer que *essa não era, ao contrário do princípio da legalidade universal*, e depois de, escrupulosamente como sempre, registrar que nenhuma constituição em vigor ao tempo em que escrevia, a formulara "com a nitidez e o caráter imperioso do art. 141, § 34, da C.F. de 1946, ou 150, § 29, da C.F. de 1967", depunha, no entanto, que o direito constitucional brasileiro então vigente (1976) nesse ponto, *seguia a orientação francesa que datava da Revolução* (1791) e só encontrava símiles "na Bélgica, Áustria, Dinamarca, Portugal, México e alguns Estados da União Americana."[20] Mas BALEEIRO, provavelmente a contragosto, recortava ainda mais destacadamente o panorama declinante da anualidade, observando que a esse grupo de países se contrapunha aqueloutro "onde os impostos são permanentes, uma vez criados em lei, de modo que o orçamento não tem significação jurídica em relação a eles. É o caso, por exemplo, da Alemanha e Estados alemães, Itália, Estados Unidos (governo federal e alguns dos seus Estados). Nos demais países, como a Inglaterra, e alguns Estados da Federação americana, diversas receitas são permanentes, ao passo que outras, sobretudo os impostos diretos, dependem de autorização orçamentária anual." E aduzia, categórico, mais adiante: "Nos Estados Unidos, a Constituição não oferece regra semelhante à do art. 141, § 34 (da Constituição de 1946), quanto à anualidade, e explicam os autores que os impostos são permanentes. Não há, na jurisprudência copiosa da Corte Suprema, decisões fundadas na anualidade ao que saibamos."[21]

Já então, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, eminentes tributaristas manifestavam sua inconformidade com a amplitude e a rigidez com que nosso direito constitucional consagrara a regra da anualidade. SAMPAIO DÓRIA[22], entre nós, dirigia, já em 1968, às formulações de 1946 e 1967, com a sua dupla autoridade de constitucionalista e tributarista emérito, a seguinte pertinente e severa crítica: "raríssimos brados de alerta se fizeram ouvir contra a *letal rigidez que a necessidade de prévia autorização orçamentária imprime a todo o sistema tributário nacional.* Ninguém há-de, em boa mente, recusar validez aos motivos em que se lastreou o constituinte de 1946, e depois o de 1967, ao condicionar o lançamento de tributos à prévia permissão

16 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 52 e 58.

17 V., sobre o ponto, amplamente, a notável exposição de FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA, *Organización política y derecho financiero, in* Hacienda y Derecho, vol. I, Madri, Inst. de Est. Políticos, 1962, p. 312 e segs., espec. 323 e segs.

18 V. nossos trabalhos, *O princípio da anualidade, cit.*, p. 14 e *Segurança dos direitos individuais, cit.*, p. 166.

19 Referíamo-nos, nesse ponto, à magnífica concepção de ALBERTO XAVIER, *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra, Livr. Almedina, 1972, p. 295 e segs., depois compendiada pelo ilustre Autor, em *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 43 e segs. V., também, a clara exposição de RICARDO LOBO TORRES, *Curso de direito financeiro e tributário, cit.*, p. 89 e segs.

20 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 66. Todavia, cumpre observar que, mesmo o princípio da anualidade tributária, em seus primórdios, não consubstanciava uma garantia constitucional do contribuinte, e por longo tempo assim não foi considerado. Em sua origem, no ocidente europeu, não passa ele, como simples reflexo ou projeção do princípio da anualidade orçamentária, de uma arma política, de um remédio institucional pouco eficaz como garantia individual contra o poder arbitrário do Executivo, que relutava em submeter-se às deliberações da representação popular em matéria financeira. V., ao respeito, as lúcidas considerações de SÁINZ DE BUJANDA, *Organización política, cit.*, p. 321 e segs.

21 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 66 e 73.

22 ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Da lei tributária no tempo*, São Paulo, 1968, p. 80 e segs.

orçamentária. Mas a opção por um dado valor, através da norma jurídica, não dissolve, automaticamente, o feixe dos demais valores conflitantes com aquele que mereceu as boas graças do legislador. E salta à vista de quem se disponha a perfunctória análise da experiência tributária brasileira, durante quase vinte anos sob a égide da Constituição de 1946, que, a troco de vantagem *relativa* aos contribuintes, se privou a administração fazendária de instrumento dúctil, flexível e apto a enfrentar situações de toda espécie que, de incidência crônica ou súbita, comprometem a pronta e eficiente ação das autoridades públicas. Enrijeceu-se o poder tributário. Travou-se a rapidez da atuação governamental, em face de imprevistos ou crises que não escolhem época para emergir. *Por nocivo que seja o mal a se sanar, mercê dos instrumentos fiscais, sua profilaxia deve aguardar o início de novo exercício financeiro*. Dessa revolta dos fatos contra os códigos, o menos que se pode esperar é a utilização de expedientes e artifícios (empréstimos compulsórios, p. ex.) com que contorne o poder público as barreiras que lhe opõem, rigidamente, as disposições constitucionais" (os grifos são nossos, exceto o sob "relativa").

Mas, bem antes da lúcida crítica do saudoso Mestre paulista, VICTOR UCKMAR — então Professor na Universidade de Gênova e, sem dúvida, uma das autoridades internacionalmente mais respeitadas no campo do direito constitucional-tributário comparado — assinalava, em obra hoje clássica[23], que o princípio da anualidade dos tributos, após largamente difundido no constitucionalismo do século XIX, por evidente influência da Constituição francesa de 1791 (Título V, art. 1º), sofrera, já em nosso tempo, sensível regressão. E, reportando-se expressamente ao art. 141, § 34, da Constituição brasileira de 1946 (em sua redação original, é claro), bem como a disposições análogas das antigas Constituições espanholas de 1837 e 1845 — já vivamente censuradas, aliás, por FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA[24] como *anacrônicas* e inteiramente abolidas do direito constitucional daquele País, desde a segunda metade do século passado — acentuava UCKMAR: "Algumas Constituições, entre as quais a atualmente em vigor no Brasil, para limitar o gravame fiscal dispõem que no curso do ano não podem ser aplicados tributos além daqueles já previstos pela lei orçamentária, *o que parece vincular* excessivamente a atividade fiscal, com a conseqüente necessidade de recorrerem os Governos a expedientes para enfrentar as necessidades financeiras eventualmente sobrevindas no curso do exercício" (grifo nosso).

23 VICTOR UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Pádua, CEDAM, 1959, p. 35 e segs., espec. p. 38, notas 8 e 9. Há tradução portuguesa de Marco Aurélio Greco, *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, São Paulo, Ed. RT, 1976.

24 SÁINZ DE BUJANDA, *Organización política*, *cit.*, p. 320 e segs., espec. p. 325, nota 196, p. 328 e segs.

Fosse ou não por influxo de críticas tão autorizadas, o fato é que: reiteradamente descumprido na prática fiscal assim que "expresso em termos imperativos, pela primeira vez na Constituição de 1946"[25], e gravemente desprestigiado, como foi visto, pela restrição imposta mediante a interpretação judicial derrogatória afinal condensada nos enunciados nºs 66 e 67 da *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*[26] — o princípio da anualidade tributária, a despeito de a doutrina então dominante persistir em considerá-lo como *garantia fundamental do contribuinte*[27], padeceria novas e duras vicissitudes. Para começar, teria a sua *vigência suspensa* durante o exercício de 1964 (Emenda Constitucional nº 7, de 22.05.1964); depois, ficaria com o seu *âmbito de aplicação permanentemente reduzido* apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda (Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, art. 2º, nº II); a seguir, seria objeto de nova Emenda derrogatória, mediante a qual, pela técnica de desconstitucionalização, foi previsto que *outros tributos*, além dos já indicados pela Constituição, *poderiam ser subtraídos ao seu alcance*, conforme o determinasse simples *lei complementar* (Emenda Constitucional nº 8, de 14.04.1977), até que, finalmente, com a Constituição atual, deixaria mesmo de figurar, ou melhor, de ser *formulado no texto* da Lei Fundamental, o que de pronto induziria pelo menos boa parte da doutrina e dá-lo por "expulso" do nosso ordenamento tributário[28].

25 BALEEIRO, *Limitações constitucionais*, *cit.*, p. 3, 9, 10 e segs., 43 e segs.

26 V. *supra*, nota 15.

27 Cons., entre outros, BALEEIRO, *Limitações constitucionais*, *cit.*, *passim*, mas espec. p. 40 e segs.; RUBENS GOMES DE SOUSA, *Estudos de direito tributário*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1950, p. 259 e segs., espec. 268; FRANCISCO CAMPOS, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, vol. I, p. 287 e segs., espec. 302. V. também nosso trabalho, *O princípio da anualidade*, *cit.*, p. 26 e segs.

28 Assim, RICARDO LOBO TORRES, *Curso de dir. fin. e tributário*, *cit.*, p. 99; SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 319; ID., *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1992, p. 348 e segs.; HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de dir. tributário*, *cit.*, p. 29 e segs. Particularmente no que concerne à permanência do princípio da anualidade tributária em nosso ordenamento, anteriormente à Constituição de 1988, v. nosso trabalho, *O princípio da anualidade*, *cit.*, p. 26 e segs., espec. 29. Quanto a essa permanência sob a Constituição vigente, cons. também nosso trabalho, *Anualidade e anterioridade*, *cit.*, p. 22 e segs. As respeitáveis opiniões contrárias ao entendimento que manifestamos, especialmente no último dos citados escritos, a partir de 1989, não chegaram a desfazer, ao que nos parece, a ampla e robusta argumentação ali desenvolvida. Acrescentem-se às referências bibliográficas que já respaldam aquela concepção: GIORGIO TESORO, *Principii di diritto tributario*, Bari, Macrì, 1938, p. 26, nota 3; LUCIEN MEHL, *Science et technique fiscales*, Paris, PUF, 1959, vol. II, p. 638 e segs.; ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, trad. esp., reimpr., México, Ed. Nacional, 1975, p. 312 e segs.; J.J. GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *Constituição da Repú-*

orçamentária. Mas a opção por um dado valor, através da norma jurídica, não dissolve, automaticamente, o feixe dos demais valores conflitantes com aquele que mereceu as boas graças do legislador. E salta à vista de quem se disponha a perfunctória análise da experiência tributária brasileira, durante quase vinte anos sob a égide da Constituição de 1946, que, a troco de vantagem *relativa* aos contribuintes, se privou a administração fazendária de instrumento dúctil, flexível e apto a enfrentar situações de toda espécie que, de incidência crônica ou súbita, comprometem a pronta e eficiente ação das autoridades públicas. Enrijeceu-se o poder tributário. Travou-se a rapidez da atuação governamental, em face de imprevistos ou crises que não escolhem época para emergir. *Por nocivo que seja o mal a se sanar, mercê dos instrumentos fiscais, sua profilaxia deve aguardar o início de novo exercício financeiro*. Dessa revolta dos fatos contra os códigos, o menos que se pode esperar é a utilização de expedientes e artifícios (empréstimos compulsórios, p. ex.) com que contorne o poder público as barreiras que lhe opõem, rigidamente, as disposições constitucionais" (os grifos são nossos, exceto o sob "relativa").

Mas, bem antes da lúcida crítica do saudoso Mestre paulista, VICTOR UCKMAR — então Professor na Universidade de Gênova e, sem dúvida, uma das autoridades internacionalmente mais respeitadas no campo do direito constitucional-tributário comparado — assinalava, em obra hoje clássica[23], que o princípio da anualidade dos tributos, após largamente difundido no constitucionalismo do século XIX, por evidente influência da Constituição francesa de 1791 (Título V, art. 1º), sofrera, já em nosso tempo, sensível regressão. E, reportando-se expressamente ao art. 141, § 34, da Constituição brasileira de 1946 (em sua redação original, é claro), bem como a disposições análogas das antigas Constituições espanholas de 1837 e 1845 — já vivamente censuradas, aliás, por FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA[24] como *anacrônicas* e inteiramente abolidas do direito constitucional daquele País, desde a segunda metade do século passado — acentuava UCKMAR: "Algumas Constituições, entre as quais a atualmente em vigor no Brasil, para limitar o gravame fiscal dispõem que no curso do ano não podem ser aplicados tributos além daqueles já previstos pela lei orçamentária, *o que parece vincular* excessivamente a atividade fiscal, com a conseqüente necessidade de recorrerem os Governos a expedientes para enfrentar as necessidades financeiras eventualmente sobrevindas no curso do exercício" (grifo nosso).

23 VICTOR UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Pádua, CEDAM, 1959, p. 35 e segs., espec. p. 38, notas 8 e 9. Há tradução portuguesa de Marco Aurélio Greco, *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, São Paulo, Ed. RT, 1976.

24 SÁINZ DE BUJANDA, *Organización política*, *cit.*, p. 320 e segs., espec. p. 325, nota 196, p. 328 e segs.

Fosse ou não por influxo de críticas tão autorizadas, o fato é que: reiteradamente descumprido na prática fiscal assim que "expresso em termos imperativos, pela primeira vez na Constituição de 1946"[25], e gravemente desprestigiado, como foi visto, pela restrição imposta mediante a interpretação judicial derrogatória afinal condensada nos enunciados nºs 66 e 67 da *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*[26] — o princípio da anualidade tributária, a despeito de a doutrina então dominante persistir em considerá-lo como *garantia fundamental do contribuinte*[27], padeceria novas e duras vicissitudes. Para começar, teria a sua *vigência suspensa* durante o exercício de 1964 (Emenda Constitucional nº 7, de 22.05.1964); depois, ficaria com o seu *âmbito de aplicação permanentemente reduzido* apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda (Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, art. 2º, nº II); a seguir, seria objeto de nova Emenda derrogatória, mediante a qual, pela técnica de desconstitucionalização, foi previsto que *outros tributos*, além dos já indicados pela Constituição, *poderiam ser subtraídos ao seu alcance*, conforme o determinasse simples *lei complementar* (Emenda Constitucional nº 8, de 14.04.1977), até que, finalmente, com a Constituição atual, deixaria mesmo de figurar, ou melhor, de ser *formulado no texto* da Lei Fundamental, o que de pronto induziria pelo menos boa parte da doutrina e dá-lo por "expulso" do nosso ordenamento tributário[28].

25 BALEEIRO, *Limitações constitucionais*, *cit.*, p. 3, 9, 10 e segs., 43 e segs.

26 V. *supra*, nota 15.

27 Cons., entre outros, BALEEIRO, *Limitações constitucionais*, *cit.*, *passim*, mas espec. p. 40 e segs.; RUBENS GOMES DE SOUSA, *Estudos de direito tributário*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1950, p. 259 e segs., espec. 268; FRANCISCO CAMPOS, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, vol. I, p. 287 e segs., espec. 302. V. também nosso trabalho, *O princípio da anualidade*, *cit.*, p. 26 e segs.

28 Assim, RICARDO LOBO TORRES, *Curso de dir. fin. e tributário*, *cit.*, p. 99; SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 319; ID., *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1992, p. 348 e segs.; HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de dir. tributário*, *cit.*, p. 29 e segs. Particularmente no que concerne à permanência do princípio da anualidade tributária em nosso ordenamento, anteriormente à Constituição de 1988, v. nosso trabalho, *O princípio da anualidade*, *cit.*, p. 26 e segs., espec. 29. Quanto a essa permanência sob a Constituição vigente, cons. também nosso trabalho, *Anualidade e anterioridade*, *cit.*, p. 22 e segs. As respeitáveis opiniões contrárias ao entendimento que manifestamos, especialmente no último dos citados escritos, a partir de 1989, não chegaram a desfazer, ao que nos parece, a ampla e robusta argumentação ali desenvolvida. Acrescentem-se às referências bibliográficas que já respaldam aquela concepção: GIORGIO TESORO, *Principii di diritto tributario*, Bari, Macrì, 1938, p. 26, nota 3; LUCIEN MEHL, *Science et technique fiscales*, Paris, PUF, 1959, vol. II, p. 638 e segs.; ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, trad. esp., reimpr., México, Ed. Nacional, 1975, p. 312 e segs.; J.J. GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *Constituição da Repú-*

Mas, se, como parece, tudo isso é certo, ou seja, se de fato a anualidade tributária sujeitou-se, sem qualquer reparo ou remédio — bem ao contrário, até com expresso ou implícito beneplácito judicial — a tantos e tão sérios agravos (suspensão, derrogações ou ab-rogações), que chegaram a afetar-lhe permanentemente o conteúdo e o alcance; se teve a sua eficácia (*rectius*: vigência) por longo tempo geralmente suspensa, independentemente duma prévia decretação de qualquer espécie de emergência constitucional; e se, por derradeiro, pôde — pelo menos de conformidade com respeitáveis opiniões — ser considerada *tacitamente abolida* do nosso vigente ordenamento constitucional —, é porque, sem sombra de dúvida, *embora ainda constitua* (é a nossa firme opinião) *uma garantia constitucional (formal) do contribuinte, seguramente não consiste num verdadeiro direito fundamental*, sob o ponto de vista material.

Já é tempo, porém, de voltarmos à anterioridade. Ora, se, como parece estar demonstrado, não caberia, sem manifesta impropriedade, valorar-se a anualidade tributária, no plano da dogmática constitucional, como autêntico direito fundamental — isto é, como situação subjetiva imediatamente tutelada pelo art. 60, § 4º, nº IV, da Constituição federal — decerto menos ainda calharia uma tal valoração com respeito à anterioridade. E é fácil de perceber por quê. Permitimo-nos, contudo, recordar aqui: primeiro, que *a anterioridade procede da anualidade, como um simples sucedâneo*; nasceu, conforme se mostrou, *como exceção, como verdadeira derrogação à anualidade*, e tem, por conseguinte, em relação a esta, logicamente, *além de conteúdo e alcance mais restrito, função secundária, por isso que complementar ou supletória;* segundo — mas decerto não menos importante — que, se a própria anualidade tributária, de que a anterioridade deriva, já não tem (como escreveu BALEEIRO) a *universalidade* que caracteriza a garantia da legalidade[29] bem como os "direitos fundamentais" em geral, ainda menos a tem a anterioridade. Muito ao contrário: como é sabido, um princípio da anterioridade *formalmente distinto e "autônomo" do da anualidade tributária,* tal como o que se acha hoje consagrado entre nós, constitui, ao que saibamos, originalidade absolutamente peculiar ao direito brasileiro; simplesmente *não existe, como garantia do contribuinte, senão em nosso próprio direito constitucional.* E neste — ou

blica Portuguesa anotada, 3ª ed., Coimbra Ed., 1993, p. 460 e 470. Em nossa doutrina, IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, in CELSO RIBEIRO BASTOS-IVES GANDRA MARTINS, *Comentários* etc., São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, vol. 6º, tomo I (arts. 145 a 156), p. 160.

29 A respeito da universalidade como característica de tais direitos, *vide*, entre outros não jusnaturalistas, NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992, espec. p. 50 e segs., 62 e segs.; PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., 1993, p. 474, 482 e segs.

seja, numa dilatada experiência do constitucionalismo que, bem ou mal, anda beirando dois séculos — *somente exsurge (e, a bem dizer, com sentido parcialmente adverso ao interesse do contribuinte*!, enquanto restrição à anualidade) *há escassos trinta anos.*

Partindo, portanto, das precedentes observações, parece lícito concluir que a anterioridade, embora consubstancie, enquanto limitação do poder de tributar, garantia constitucional do contribuinte, não constitui entretanto, rigorosamente falando, *verdadeiro direito fundamental,* ou seja, tal como a "finada" anualidade tributária, não constitui um dos direitos fundamentais ou individuais invioláveis direta e imediatamente tutelados contra o exercício do poder de emenda, pelo art. 60, § 4º, nº IV, da Constituição federal[30]. Segue-se daí, ao nosso ver, necessariamente, que uma emenda constitucional, tal como a Emenda nº 3/93, poderia, em princípio, não apenas restringi-la, limitá-la, suspendê-la ou derrogá-la, mas *até mesmo aboli-la, desde que assim fazendo, não viria a afetar-se o núcleo intangível, o conteúdo essencial do direito fundamental também por ela garantido, no caso, o direito individual inviolável à segurança jurídica.*

7. *A forma federativa de Estado, como princípio estrutural, è a chamada imunidade tributária recíproca*

Cabem, certamente, análogas considerações com respeito à denominada imunidade tributária recíproca. Assim como, em princípio, segundo esperamos haver demonstrado, não se confundem e não podem pois identificar-se o direito fundamental garantido e a respectiva garantia (formalmente disposta pela Constituição sob a espécie de *limitação do poder de tributar*), não há igualmente que confundir-se, sob qualquer ponto de vista, a garantia da *imunidade recíproca* (Constituição, art. 150, nº VI, letra *a*), e o eminente interesse ou valor constitucional por ela indireta e parcialmente assegurado: o princípio institucional ou estrutural do federalismo, enquanto concretamente encarnado na *forma federativa de Estado* (cf. Constituição, arts. 1º, 18 e 60, § 4º, nº I).

Com efeito, é não apenas possível, mas absolutamente necessário distinguir, seja do ponto de vista lógico, seja ao ângulo material da respectiva estrutura ou função jurídica, essas duas realidades conexas, mas intrinsecamente diversas e radicalmente irredutíveis. Como foi a seu tempo explicado, a garantia — neste caso, a imunidade (tributária) recíproca — é simplesmente

30 Este importante aspecto foi percucientemente assinalado no voto (vencido, quanto a este ponto) do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento da ADIn nº 939, ainda não publicado.

limitação (do poder de tributar), vale dizer: o *meio*, "o *instrumento* de tutela, constituído como fatispécie normativa"[31], o *dispositivo* (no sentido comum de "mecanismo disposto para se obter certo fim") aparelhado com o escopo específico de assegurar um interesse constitucional, um determinado valor jurídico fundamental, que é, na hipótese, já se sabe, a *estrutura federal de organização política*, a *forma federativa de Estado*. Como foi dito acima, o fim que aí se tem em vista tutelar é a *autonomia (institucional) dos entes políticos* integrantes do Estado federal, especialmente *sob o aspecto financeiro*, tendo em vista a incolumidade e o pleno desenvolvimento do princípio federativo que lhe serve de suporte.

Mas, o rigor das conclusões impõe uma indagação: em que consiste isso que a Constituição indica, no art. 60, § 4º, nº I, como: "forma federativa de Estado"?; ou ainda, dito de outra maneira: em que consiste a forma de Estado que se qualifica "federativa"?; e ainda mais: é, de fato, a imunidade tributária recíproca, *elemento essencial* dessa forma de Estado, é ela, porventura, verdadeiramente indispensável à sua existência?

Ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA[32] que "quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa". E adita, logo a seguir, citando CHARLES DURAND, que o Estado federal se configura "como *um Estado que, embora aparecendo único nas relações internacionais, é constituído por Estados-membros dotados de autonomia, notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas à sua competência*." (grifado no original)

Mais ou menos no mesmo sentido, poderiam de resto alinhar-se numerosas opiniões. Assim, por exemplo, segundo o eminente constitucionalista alemão KLAUS STERN[33], o "Estado federal é, conforme a definição corrente,

31 G. FERRARI, *Gli organi ausiliari, cit.*, p. 319.

32 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 58 e segs.

33 KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., Munique, C.H. Beck, 1984, vol. I, p. 644 e segs., com amplas indicações bibliográficas à p. 635 e segs. Cons., ademais, entre muitos outros, CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1993 (conforme à 1ª ed., 1928), p. 363 e segs.; CARL J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionelle*, trad. franc., Paris, PUF, 1958, p. 162 e segs.; GUIDO LUCATELLO, *Stato federale*, verb. in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII (1971), p. 333 e segs.; PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político*, 2ª ed., Madri, Tecnos, 1977, vol. II, espec. p. 343 e segs.; THEODOR MAUNZ-REINHOLD ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 26ª ed., Munique, C.H. Beck, 1985, p. 101 e segs.; KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1988, p. 83 e segs.; ENOCH ALBERTI ROVIRA, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*,

aquela união de Estados estabelecida pela constituição do Estado federal total (*Gesamtstaates*), de tal modo que os seus componentes permanecem ou se instituem como Estados (*Gliedstaaten*), mas a própria comunidade de Estados assim constituída também se reserva a qualidade de Estado (*Gesamtstaat*)." Apontando a seguir as características que, na prática, hoje se consideram o conteúdo permanente do Estado federal, STERN[34] observa de início que o *sistema de repartição de competências* pode atualmente reputar-se como o *elemento nuclear (Herzstück)* dessa forma de Estado.

DE VERGOTTINI, renomado constitucionalista da Universidade de Bolonha, formula, mediante uma sintética mas precisa análise comparativa da Constituição norte-americana e de outras constituições com estruturas políticas descentralizadas análogas, aquilo que denomina um "modelo" convencional suficientemente consolidado do Estado federal. Esse "modelo", escreve DE VERGOTTINI[35], comporta: "um ordenamento estatal unitário regido por uma própria constituição; a aceitação do princípio da separação dos poderes; o reconhecimento na constituição do Estado unitário da garantia de entes terrritoriais portadores de ordenamentos próprios integrados no do Estado unitário; o princípio da subordinação dos ordenamentos dos entes políticos territoriais à constituição do Estado unitário; o contextual princípio da equiordenação dos entes políticos territoriais entre si; a repartição, na constituição do Estado unitário, ou com base na mesma, das esferas de competência próprias do primeiro e dos entes territoriais políticos; o caráter formalmente constitucional das normas relativas à organização federal e à repartição das esferas de competência entre Estado federal e Estados-membros, e a sua *modificabilidade mediante procedimento agravado de revisão, excetuado o imodificável princípio federal*; a participação dos entes territoriais políticos em órgãos e procedimentos conexos à execução das funções do Estado unitário; a solução dos conflitos entre Estado unitário e entes territoriais políticos e entre estes últimos, por meio da atuação de um órgão do primeiro." (nosso o grifo)

Para resumir, ao que saibamos, nenhuma das concepções formuladas a respeito da natureza jurídica do Estado federal, desde as mais antigas, de TOCQUEVILLE e WEITZ — diretamente inspiradas nos artigos de *O Federalista* e, assim, indiretamente, na própria Constituição norte-americana —

Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, espec. p. 47 e segs., 56, 263 e segs., 287 e segs.; GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Stato federale*, verb. in *Encicl. del Dir.*, vol. XLIII..... (1990), p. 831 e segs.; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Direito constitucional brasileiro (O problema da federação)*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, espec. p. 77 e segs.

34 K. STERN, *Das Staatsrecht, cit.*, vol. I, p. 645 e segs.

35 G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, cit., p. 833.

até as mais recentes, como, entre outras, as de KELSEN, NAWIASKY, VERDROSS, KUNZ, DURAND e MOUSKHELI; assim como *nenhum texto constitucional — exceto*, é claro, *os nossos próprios, a partir de 1891* — teria referido ou expressamente consagrado a imunidade recíproca como *garantia constitucional* da autonomia federativa. Na própria decantada experiência norte-americana do federalismo, que a nós, muito especialmente, serviu de modelo, a imunidade recíproca, como é sabido, não figura explicitamente no texto constitucional. E mais. Essa resultou, indiretamente, e após o transcurso de mais de um século, de controvertida criação jurisprudencial, pela qual a Corte Suprema, embora denegando aos Estados o poder de tributar um instrumento de governo da União, *visava, na origem, não exatamente enunciar ou reconhecer aquele princípio* — que, em rigor, sequer se desume das considerações do magistral voto de MARSHALL em McCulloch *vs* Maryland[36] — mas volta-se antes, exclusivamente a *assegurar ao Congresso a plenitude do exercício dos denominados "poderes implícitos" e, ao depois, a revigorar, na prática, a concepção política que se esforçava em reconhecer à União o atributo da supremacia com respeito aos Estados.* A decisão de McCulloch *vs* Maryland, em si mesma, nada tem a ver com a imunidade recíproca. Bem ao contrário de proclamar esse princípio, MARSHALL, relatando o caso, *abertamente sustenta a possibilidade de o Governo central, a União, unilateralmente, estabelecer tributos sobre as instituições e serviços estaduais*, desde que exigidos com igualdade (dos diversos Estados), sob o respeitável fundamento de que na decretação de tais gravames, ao revés do que sucederia na taxação estadual sobre a União, *participavam representantes do povo de todas as unidades federadas*. Já ao concluir seu luminoso voto, que recolheria a aprovação unânime da Corte, MARSHALL reitera: "The Court has bestowed on this subject its most deliberate consideration. The result is a conviction that *the states* (não, porém, a União, ressalte-se) *have no power, by taxation or otherwise, to retard, impede, burden, or in any manner control, the operations of the constitutional laws enacted by Congress to carry into execution the powers vested in the general government*. This is, we think, the *unavoidable consequence of that supremacy* which the Constitution has declared."[37] (nosso o grifo)

BALEEIRO[38], cuja viva exposição sobre o tema da imunidade recíproca continua sendo, sem dúvida, em nosso direito constitucional-tributário, a mais

36 McCulloch *vs* Maryland, 4 Wheaton (1819), p. 427, 432 e seg. *Vide*, nesse sentido, exatamente, LEDA BOECHAT RODRIGUES, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 42 e segs.

37 McCulloch *vs* Maryland, *loc. cit.*

38 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 76.

categorizada, observa a esse respeito, peremptório: "Em nenhum dispositivo da Constituição dos Estados Unidos ou de suas emendas se contém expressamente o princípio da *reciprocal immunity of Federal and State Instrumentalities*." Ela é conseqüência remota e indireta da teoria dos "poderes implícitos, inseparável do nome de HAMILTON, que, desde a Convenção de Filadélfia, defendeu a necessidade de expansão da competência federal, em detrimento da ciumenta autonomia dos Estados." E traçando, em preciso lineamento, a evolução da doutrina jurisprudencial que arrematariia, após mais de um século, por reconhecer o discutido princípio, escreve BALEEIRO[39]: "Nessa primeira fase, durante meio século, a jurisprudência da Suprema Corte protege a União, ainda tenra e franzina, contra o fisco dos Estados hostis e extremamente ciosos de sua autonomia. *Mas não admite, como conseqüência lógica, a reciprocidade de tratamento fiscal em favor dos Estados*". Estes, diz MARSHALL naquele ruidoso acórdão, *não podem tributar a União, porque seria o mesmo que submeter todos os cidadãos dos Estados Unidos a impostos votados sem representação deles e para restrito interesse local. Faltaria o consentimento, que existe, entretanto, no imposto federal, pelo fato de ser votado pelos representantes de todos os Estados*. Essa tese, em suas linhas gerais, atravessa um século e ainda em 1938 foi confirmada no caso Helvering *vs* Gerhardt." (grifamos)

Mas até a doutrina da intributabilidade da União pelos Estados — que MARSHALL tão enfaticamente formulara em McCulloch *vs* Maryland, e justificara, num explicável excesso retórico, com a invocação do dito "*the power to tax involves the power to destroy*", a partir daí tantas vezes abusivamente citado — até essa mesma doutrina viria a regredir e a oscilar na jurisprudência da Suprema Corte. No julgamento, p. ex., do caso Graves *vs* New York *ex rel.* O'Keefe, o notável *Justice* FRANKFURTER[40], deu, segundo BALEEIRO[41], "o tiro de morte nos excessos da doutrina de McCulloch *vs* Maryland". Qualificando aquela célebre frase — inspirada, aliás, segundo consta, ao grande *Chief Justice*, pelo advogado do banco de Baltimore, senador DANIEL WEBSTER — como um "clichê sedutor", proferiu FRANKFURTER notável voto[42], do qual vale destacar quando menos as seguintes passagens: "Os argumentos em que McCulloch *vs* Maryland, 4 Wheat. 316, se fundamenta tinham suas raízes na realidade. Mas esses foram desvirtuados por estéreis refinamentos não relacionados com a questão. Estes refinamentos grangearam autoridade em virtude de uma observação pouco feliz na decisão

39 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 77.

40 Graves *vs* New York *ex rel.* O'Keefe, 306, U.S., 466 (1939).

41 BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 81.

42 Graves *vs* New York *ex rel.* O'Keefe, 306, U.S., 466 (1939).

pronunciada em McCulloch *vs* Maryland. Por uma parte, como um floreio de retórica, e por outra, porque o estilo intelectual da época condescendia com o imoderado uso de absolutos, o *Chief Justice* MARSHALL deu livre curso à frase segundo a qual "the power to tax involves the power to destroy". (*Ibid.*, à p. 431 de 4 Wheat)...". "O "*seductive cliché*" — prosseguia o voto de FRANKFURTER — conforme o qual o poder de tributar implica o poder de destruir *se conjugava com uma outra pressuposição, que igualmente não se encontrava na própria Constituição, ou seja, a doutrina segundo a qual as imunidades são recíprocas*: visto que a existência do governo nacional implica imunidades perante a tributação estadual, a existência dos governos estaduais implica imunidades equivalentes em face da tributação federal."... "Todas essas doutrinas a respeito da imunidade intergovernamental — dizia ainda FRANKFURTER — vagaram até recentemente no reino do que LINCOLN chamava de "abstrações perniciosas". Essa trama de irrealidades tecida sobre o famoso dito de MARSHALL foi porém removida de uma penada pelo Juiz HOLMES: "*O poder de tributar não será o poder de destruir enquanto esta Corte reunir-se.*" (grifamos)

Em síntese, no entendimento de autorizado comentador da jurisprudência constitucional norte-americana[43], desde a decisão em McCulloch *vs* Maryland até os nossos dias, a Suprema Corte nunca manteve uma teoria inteiramente coerente e adequada a respeito das chamadas imunidades tributárias intergovernamentais. De fato, como acaba de ver-se, depois de insinuar-se na jurisprudência da Suprema Corte, e depois de fomentada sua expansão, há mais de um século, ao sabor de interesses puramente circunstanciais, quando não até estranhos aos ditames políticos, por interpretação distorcida e excessivamente liberal dos verdadeiros fundamentos lógicos e jurídicos que originariamente embasaram a tese marshalliana da intributabilidade da União (e somente da União) pelos fiscos estaduais —, a imunidade *recíproca*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência norte-americanas, regride substancialmente: além de se lhe recusar de modo geral a condição de princípio ou requisito básico do sistema federal, chega-se, em certos casos, ao ponto de criticá-la como prejudicial à política fiscal de governos estaduais, perturbadora da normalidade do sistema impositivo e desnecessária à salvaguarda, quer da supremacia federal, quer da própria autonomia federativa[44].

43 CHARLES FAIRMAN, *American constitutional decisions*, ed. rev., New York, Henry Holt & Co., 1955, p. 153.

44 Além de BALEEIRO, *Limitações constitucionais, cit.*, p. 76 e segs.; HAROLD M. GROVES, *Financing government*, 4ª ed., New York, Henry Holt & Co., 1954, p. 386 e segs., espec. 392; W. SHULTZ-C. L. HARRIS, *American public finance*, 6ª ed., New Jersey, Prentice Hall, 1946, p. 157 e segs., espec. 158.

Cabe notar, outrossim, que se nos Estados Unidos, onde nasceu e, por certo tempo, desfrutou considerável prestígio, a doutrina da imunidade recíproca retrocedeu na experiência política e constitucional, e já hoje tranqüilamente não se reputa essencial à forma federativa de Estado, em outras federações, como, por exemplo, na Suíça e na Alemanha, além de jamais se ter cogitado na aplicação (e nem sequer na valia jurídica) de um tal princípio, *prevalece no direito positivo a regra inversa da (constitucionalmente) irrestrita tributabilidade recíproca entre a União e os Estados-membros*. Na Suíça, segundo o insigne ERNST BLUMENSTEIN[45], tanto o Estado federal (a chamada Confederação) quanto os Estados-membros (Cantões) e as respectivas entidades autárquicas territoriais, ressalvadas certas *isenções subjetivas* formalmente estabelecidas em lei (federal ou cantonal), *em princípio se sujeitam, plenamente, à tributação recíproca*. Outro tanto sucede na Alemanha. Em seu magnífico *Steuerrecht*, KLAUS TIPKE[46], Professor da Universidade de Colônia, depois de haver observado que num Estado federal o poder tributário sob o aspecto material (*sachliche Steuerhoheit*) deve repartir-se entre o Estado federal (*Gesamtstaat*) e os Estados-membros (*Gliedstaaten*); que, tanto aquele primeiro quanto estes necessitam, para o cumprimento de suas atribuições, de meios financeiros (receitas tributárias), e que, o complexo das regras que dispõem sobre as relações de natureza financeira daí resultantes constitui o que usualmente se denomina *Finanzausgleich* (em sentido estrito, acordo ou ajuste financeiro), escreve: "*Gesamtstaat, Gliedstaaten und Kommunen dürfen einander gegenseitig besteuern.*", ou seja: "*Estado federal, Estados-membros e Municípios podem tributar-se reciprocamente.*" (o sublinhado é nosso)

Bem ao contrário, o Brasil, como é perfeitamente sabido, sob o predominante influxo, ao final do século passado, da experiência política, bem como das concepções doutrinárias e da jurisprudência norte-americanas no campo do direito público, e especialmente no do direito constitucional, já em 1891 acolhia convictamente o princípio da imunidade recíproca no texto da primeira

45 ERNST BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, trad. ital. de Francesco Forte, Milão, Giuffrè, 1954, p. 36, 39 e 56. V., outrossim, V. UCKMAR, *Principi comuni, cit.*, p. 52, e aí, a nota 28.

46 KLAUS TIPKE, *Steuerrecht*, 11ª ed., Colônia, Ed. Dr. Otto Schmidt KG, 1987, p. 85. A este respeito, TIPKE cita MÜLLER-WERTH, *Entwicklung un Grundgedanken der Gegenseitigkeitsbesteuerung — besonders ihre Bedeutung im Bundesstaat und ihre Verfassungsmässigkeit nach dem Grundgesetz*, Marburger Diss. 1969, que não nos foi dado consultar. No ordenamento tributário alemão, sob a Constituição de Weimar (é o que informa ALBERT HENSEL, *Diritto tributario*, trad. ital. de Dino Jarach, Milão, Giuffrè, 1956, p. 92, nota 108) também se *admitia a tributação recíproca*, excluindo-se, todavia, mediante *isenções*, as atividades e instituições estritamente *atinentes ao exercício do poder público*.

Constituição republicana, ao estabelecer aí sua também primeira repartição Constitucional de poder impositivo. Seguindo no texto, de imediato, à discriminação de rendas, o art. 10 daquela Carta (art. 9º do Projeto do Governo Provisório), redigido, conforme se sabe, do próprio punho de RUI BARBOSA[47], expressamente proibia aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.

Adotamos, pois, a imunidade, bem quando esta, na praxe americana, atingira o auge de sua fase de expansão. Com efeito, abrangendo indiscriminadamente, no âmbito dos objetos imunes, bens, rendas e serviços; não excluindo do alcance do privilégio qualquer uma dentre as espécies tributárias e estabelecendo a amplíssima garantia com o caráter de rigorosa reciprocidade, levamo-la, conforme foi bem observado[48], mais longe do que já o fizera a Suprema Corte dos Estados Unidos. Não ficamos aí, todavia. Tornamo-la, a seguir, na adaptação às peculiaridades do nosso sistema constitucional, ainda mais rígida e mais ampla, pela inclusão, a partir de 1934, do Distrito Federal e dos Municípios em sua área de incidência. Essa concepção dogmática e exagerada, fruto de uma anacrônica visão liberalizante do princípio, cederia de futuro, por certo, em alguns poucos pontos, mas, ainda assim, viria a merecer, bem recentemente, atinada e insuspeita crítica de RICARDO LOBO TORRES. Após observar que apenas neste século, nos Estados Unidos, é que, a pouco e pouco, se restringiu o alcance da imunidade intergovernamental, arremata o ilustre Autor[49]: "Sofremos no Brasil a influência do direito americano, principalmente a partir da Constituição de 1891 e dos trabalhos de Rui Barbosa; só que ainda não houve o refluxo da jurisprudência e da legislação, *mantendo-se exageradamente abrangente o âmbito da garantia constitucional.*" (o grifo é nosso)

Infere-se, portanto, singelamente, de todo o exposto, que: uma coisa é a *forma federativa de Estado*; e outra, bem distinta, absolutamente inconfundível — e, pelos exemplos dados, até *acidental* com respeito àquela — a *imunidade tributária recíproca*. Examinada que seja esta última, a qualquer ângulo — quer sob a perspectiva da sua estrutura e da sua função jurídica, enquanto simples meio ou instrumento destinado a assegurar, circunstancialmente, a inteireza da autonomia federativa; quer, mediante o aspecto de sua inserção, como *elemento acidental*, em determinada concepção da própria forma federativa de Estado; quer, enfim, sob o ponto de vista do seu restrito significado e do seu alcance relativo na experiência política e institucional

47 BALEEIRO, *Limitações constitucionais*, *cit.*, p. 90, nota 39.

48 CARLOS M. GIULIANI FONROUGE, *Derecho financiero*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1973, vol. I, p. 300.

49 RICARDO LOBO TORRES, *Curso de dir. fin. e tributário*, *cit.*, p. 61.

de uns poucos ordenamentos federais — mostra-se a toda evidência que *a imunidade recíproca não constitui um elemento essencial da constituição financeira do Estado federal e não é, por conseguinte, absolutamente indispensável à existência, à validade ou à funcionalidade da forma federativa de Estado*. É bem verdade — ninguém entende negá-lo — que a autonomia financeira da União e dos Estados-membros indiscutivelmente representa um elemento vital da complexa autonomia federativa, e que, conseqüentemente, não pode deixar de considerar-se a existência daquela como impreterível à subsistência da própria federação. Não é menos verdade, porém — e parece ter sido atrás demonstrado — que, em última instância, e mormente num ordenamento tributário como o nosso, no qual *a Constituição federal veda taxativamente os tributos discriminatórios e confiscatórios, ao amparo dum sistema de amplo controle jurisdicional de constitucionalidade das leis* — a autonomia financeira dos entes políticos *independe da existência e do alcance da garantia da imunidade tributária recíproca*. Ela tem, sim, como bem se percebe, o seu fundamento material e a sua verdadeira medida na distribuição da competência legislativa (autonomia normativa) em matéria tributária, ou seja, na atribuição, diretamente pela Constituição federal, de *poderes impositivos próprios e de fontes de receita independentes e adequadas*, respectivamente, à União e às unidades federadas.

Mas, se é certo, por um lado, que a imunidade recíproca (Constituição federal, art. 150, nº VI, letra *a*), enquanto constitui mera limitação do poder de tributar e, portanto, modalidade de garantia da autonomia financeira dos entes políticos, não pode confundir-se, estritamente falando, com a própria *forma federativa de Estado;* e se, por outro lado, é igualmente certo que *o valor jurídico que o art. 60, § 4º, nº I, da Constituição, direta e imediatamente tutela é a forma de Estado considerada em si mesma:* ou seja, a Federação como uma unidade política soberana formada por um conjunto de Estados politicamente autônomos, tendo em vista evitar que se rompa tal unidade ou se lhe anule, embarace ou de qualquer modo afete a divisão, abolindo, aí sim, a *forma federativa* —, impõe-se concluir que *uma emenda constitucional, tal como, no caso, a Emenda nº 3/93, poderia, sem qualquer agravo à Constituição, ter restringido temporariamente, em relação apenas a determinado tributo extraordinário, o âmbito de aplicação daquela garantia*, por isso que uma tal restrição — repita-se — absolutamente excepcional e temporária, nem atinge, quanto aos demais tributos, a vigência, propriamente dita, da regra de imunidade (isto é, *não a suspende*), nem, muito menos, compromete o *conteúdo essencial* da forma federativa de Estado: vale dizer, não lesa a Federação naquilo que lhe é estritamente peculiar e vital, a unidade política dentro duma essencial divisão em Estados.

8. *O objeto das limitações do poder de tributar e os limites materiais ao poder de emenda à Constituição*

O art. 150 da Constituição federal é formado, como já se sabe, por um conjunto de normas proibitivas, que a própria Constituição reúne sob o título de "limitações do poder de tributar".

Procuramos anteriormente determinar, se bem que resumidamente, a natureza, a função e o conteúdo de tais normas, dispensando, naturalmente, particular atenção às que, dentre elas, teriam sido violadas pelo art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93: a que estabelece a anterioridade da lei tributária que institui ou agrava tributo (art. 150, nº III, letra *b*), e a que impõe a imunidade recíproca dos entes políticos ao imposto (art. 150, nº VI, letra *a*).

Agora, porém, parece indispensável ao curso das nossas reflexões que se intente definir, tão precisamente quanto possível, o objeto das referidas limitações ou, por outras palavras: o que cabe entender, particularmente nesse contexto, por *poder tributário* ou *poder de tributar*. Que é, em que exatamente consiste isso — o poder tributário — cujo exercício tais normas limitam, isto é: vedam absolutamente ou simplesmente restringem? E, supondo justamente já conhecido o conceito de poder, que é um conceito do direito em geral: que espécie de poder é esse, que, em seu art. 150, a Constituição está limitando?

A própria Constituição, como sói acontecer, não define expressamente (ou antes, diretamente) o conceito de poder de tributar. Confia ao seu intérprete a tarefa de fazê-lo. Essa, contudo, não parece tão árdua, pois, ao simples exame do próprio art. 150, assim como ao de outras disposições a ele conexas, parece possível determinar, com suficiente rigor, o conteúdo significativo daquela expressão. Com efeito, por esse exame — e tendo em vista: *primeiro*, que, nesse contexto o termo "poder" está patentemente a indicar certo fenômeno que se pode descrever como a *possibilidade* de, mediante um comportamento *autorizado* pelo ordenamento (no caso, a própria Constituição), determinar certas *modificações* (conseqüências ou efeitos) *no mundo jurídico*; e *segundo*, que tal comportamento deve, por exigência da mesma Constituição (art. 150, nº I), assumir a forma do provimento qualificado pelo sistema jurídico como *lei* (em regra, ordinária) —, deduz-se que o *poder tributário* consiste essencialmente na *possibilidade, assegurada pela Constituição aos entes políticos* — ou seja, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios — *de, nos limites por ela prescritos (especialmente, mediante lei), instituir, modificar ou extinguir tributos e disciplinar os efeitos daí resultantes* (designadamente, situações e relações jurídicas). Dito de outra forma, o poder tributário (originário) é, genericamente falando, o *poder (normal ou comum) de legislar em matéria tributária*. Não é outro, certamente,

o entendimento da doutrina mais autorizada, onde, dentre tantos, vale destacar a lição de um dos mais preclaros Mestres do direito tributário contemporâneo, GIAN ANTONIO MICHELI. Tratando justamente do problema dos limites constitucionais desse poder — que ele designa como *potestà normativa tributaria* — e distinguindo esta conforme os diferentes momentos em que se concretiza (poder *primário* ou *originário* e *complementar* ou *secundário*), escreve o notável tributarista: "fala-se freqüentemente de *poder tributário* ou de *poder de imposição*, para indicar, seja o *poder legislativo, enquanto voltado à posição de normas tributárias*, seja o poder da administração pública, quando chamada a aplicar essas mesmas normas."[50] (grifamos)

A ser assim, impõe-se admitir que as chamadas limitações (*rectius*: limites) do art. 150 da Constituição — e, dentre elas, nomeadamente a *anterioridade* e a *imunidade recíproca* — têm um objeto preciso e rigorosamente predeterminado. Enquanto limitações *do poder de tributar*, elas vedam ou restringem, portanto, o exercício, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, do poder de *legislar*, de *aprovar ou editar leis em matéria tributária*. Parece bem evidente, porém, a uma consideração sistemática da Constituição, que a *lei* de que aí se trata — *note-se*: a lei a que se refere o art. 150, nº I, aquela por meio da qual se dispõe em matéria tributária e, principalmente, se instituem, modificam ou extinguem tributos — é, por via de regra (isto é, salvo os poucos casos em que se requer a forma agravada da lei complementar), a *lei ordinária*.

Não parece caber qualquer dúvida, portanto, de que as normas do art. 150 da Constituição têm *um único destino*: elas constituem limites impostos ao exercício *tão-somente* do poder legislativo *ordinário* (considerando-se aí, é claro, como ordinário, o poder legislativo *infra-constitucional*) e *se dirigem, dessa forma, como é lógico, exclusivamente aos sujeitos ativos desse poder*, nos respectivos âmbitos de competência: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Parece, pois, de solar evidência, que tais regras não têm por destinatário, quer dizer, *não se destinam a ser aplicadas ao legislador constitucional*, ou, por outras palavras, ao titular do *poder legislativo extraordinário, que consiste em emendar a Constituição federal*[51]. E a este não se

50 GIAN ANTONIO MICHELI, *Corso di diritto tributario*, 2ª ed., Turim, UTET, 1974, p. 85. Há tradução brasileira de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr., *Curso de direito tributário*, São Paulo, Ed. RT, 1978. Mas esta tradução, pelo menos no ponto transcrito, do original citado, porque realizada sobre o texto da 1ª edição italiana, datada de 1969. De resto, praticamente toda a doutrina, tanto a nacional quanto a estrangeira, se manifesta em idêntico sentido.

51 Para esta relevante distinção, claríssimo, como sempre, C. SCHMITT, Verfassunslehre, *cit.*, espec. p. 102 e segs. V., outrossim, extensamente, GERARDO MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milão, Giuffrè, 1966, p. 81 e segs.

aplicam, *primeiro*: porque titular deste *poder extraordinário* (e extraordinário, num tríplice sentido: *a*) enquanto tem por objeto, sob o ponto de vista material, não o exercício da regular e normal função normativa, mas alterar ou completar a Constituição federal; *b*) enquanto o seu exercício está sujeito a um especial procedimento de produção legislativa e a específicos limites materiais (art. 60, especialmente, § 4º), e *c*) enquanto o resultado do seu exercício é um ato legislativo formalmente constitucional, sujeito, assim, a um especial regime jurídico) titular deste *poder extraordinário*, repita-se, é, não propriamente o *ente público União como titular da competência legislativa federal ordinária* (arts. 22, 24 e 48 da Constituição), mas sim, o *Estado federal em sua unidade,* enquanto titular da *função legislativa constitucional*, ou seja, enquanto titular exclusivo da *Kompetenz-Kompetenz*, no dizer de SCHMITT, da *competência extraordinária de emendar a Constituição*, prevista em seu próprio art. 60; *segundo*, aquelas normas (ou limites) *não se aplicam ao legislador constitucional*, porque mediante o exercício da competência (legislativa) extraordinária de emendar a Constituição, caberia, sim, ao Estado federal o poder de produzir atos legislativos formalmente constitucionais que, modificando ou integrando a Constituição, dispusessem *sobre o exercício do poder tributário (originário)* pelo legislador infraconstitucional; *não lhe caberia, porém, enquanto legislador constitucional, o exercício do próprio poder de tributar*, isto é, o poder de diretamente instituir, modificar e extinguir tributos ou, em geral, dispor sobre matéria tributária, por isso que *o exercício deste poder lhe é precluso, enquanto o art. 150, nº I, da Constituição, expressamente o reserva à lei (ordinária ou complementar).*

Mas, se isto é verdade, certamente cabe concluir que *os únicos limites expressos de natureza material* a que se encontra sujeito o poder de emendar a Constituição Federal, são os que se encontram enumerados no seu art. 60, § 4º.

9. *Conteúdo e alcance dos limites materiais ao poder de emenda*

Dispõe o preceito constitucional por último citado: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais."

Dentre tais limites — pelo teor da respeitável decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 939 — os indicados sob os números I e IV teriam sido infringidos pelo art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, *em decorrência* da *violação direta* do princípio da anterioridade dos tributos (art. 150, nº III, letra *b)* e do princípio da imunidade recíproca aos impostos (art. 150, nº VI, letra *a*), que a Corte considerou, respectivamente,

garantia individual (art. 5º, § 2º e art. 60, § 4º, nº IV) e *garantia da forma federativa de Estado* (art. 60, § 4º, nº I).

Ora, a violação de uma norma jurídica por outra, e, conseqüentemente, a invalidade (no caso, a inconstitucionalidade) da norma violadora, pressupõe, é claro, além de uma contradição (antinomia total ou parcial) entre ambas, também que esta última não tenha capacidade (força ou eficácia formal) para ab-rogar, modificar ou derrogar a primeira. Mas seria este, porventura, o caso da norma declarada inconstitucional no julgamento da ADIn nº 939? Não parece. E não parece porque, por um lado, como já se viu, enquanto corretamente aprovada pelo Congresso Nacional, no exercício da competência legislativa extraordinária de rever ou emendar a Constituição, é, também ela, norma de lei constitucional; e como está situada, sem nenhuma dúvida, no mesmo grau da hierarquia normativa em que se encontra a norma que teria violado, *tem, em princípio o mesmo valor jurídico que esta última*; por outro lado, consoante também vem de demonstrar-se, o *legislador constitucional* (isto é, o legislador extraordinário do art. 60 da Constituição) não está absolutamente sujeito, sob o ponto de vista material, às limitações postas ao exercício do *poder (legislativo ordinário) de tributar*, senão *unicamente aos limites do citado art. 60 da Constituição.* Sendo assim, parece certo que o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, enquanto norma de *lei constitucional posterior*, ao determinar especificamente a inaplicabilidade do art. 150, nº III, letra *b* e nº VI, da Constituição, ao chamado IPMF, não teria realmente "violado", mas, bem ao revés — por aplicação do comum critério de especialidade para solução de uma (parcial) antinomia entre normas do mesmo nível hierárquico — teria simplesmente *derrogado* as citadas normas constitucionais, *em caráter excepcional, parcial e temporário.*

Mas, se assim é, se de fato não houve anteriormente a afirmada "violação", mas tão-somente *regular derrogação temporária* àquelas disposições, que estabelecem limites ao poder de tributar, uma ilação necessariamente se impõe: a de que, em conseqüência, não teria também ocorrido a *violação*, tida por *decorrente*, a do art. 60, § 4º, nºs I e IV, da Constituição, pelo mesmo art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, uma vez que a violação daquelas primeiras disposições constitucionais, seria, no entendimento da decisão comentada, *pressuposto indispensável de uma ulterior violação dos limites ao poder de emenda*. Lógico, porém, que, inexistindo, como se mostrou, a primeira violação — antecedente e condicionante, a das disposições que limitam o poder de tributar — necessariamente também *inexistirá a violação (e a invalidade) que se põe, na hipótese, como conseqüente ou derivada.*

Para escapar a esta inferência — que é, como bem se percebe, em seu próprio âmbito, dos pontos de vista lógico e jurídico, absolutamente insupe-

rável — seria necessário se demonstrasse (e isso ainda não foi feito) que o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, com determinar a temporária inaplicabilidade do art. 150, nº III, letra *b*, e nº VI, da Constituição, teria violado, não mais, indiretamente, e sim, *direta e imediatamente*, os próprios *limites ao poder de emenda constitucional*; em outras palavras, seria necessário se demonstrasse que aquela norma de Lei constitucional, o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, na realidade, teria violado as duas citadas garantias do contribuinte e diretamente *tenderia a abolir* a própria *forma federativa de Estado* (art. 60, § 4º, nº I) e o *direito (ou garantia) individual inviolável à segurança* (art. 5º, *caput*, e art. 60, § 4º, nº IV), porque: *a*) aquelas duas garantias do contribuinte e estes valores jurídicos supremos e invioláveis, por elas eventualmente assegurados, formariam, em qualquer perspectiva, *uma só e a mesma coisa, essencialmente indistinta e indiscernível*, e porque: *b*) tais garantias, a anterioridade e a imunidade recíproca, enquanto se confundissem com os valores superiores por elas tutelados, constituiriam, também elas, *cláusulas pétreas* da Constituição, e sobrancearíam, assim, à derrogação, *imunes ao poder de emenda.*

Pois parece ser esta a tese abraçada pelo v. Acórdão pronunciado na ADIn nº 939. Todavia, se assim é, a esse respeitável entendimento ousamos opor, *data venia*, ainda uma vez, tudo quanto acima já se disse, especialmente sob os nºs 5, 6 e 7, a respeito da inadmissibilidade, seja a que ângulo for, de confundirem-se realidades elementarmente distintas, tais como: de uma parte, *os valores ou interesses fundamentais assegurados*, e de outra, as respectivas *garantias* em face, exclusivamente, do poder tributário (originário) dos entes políticos. Distinguindo-se tais categorias constitucionais, substancialmente — conforme se demonstrou, mais extensamente, a seu tempo — tanto do ponto de vista do âmbito normativo correspondente à sua competência (material), quanto ao da sua natureza específica, da sua função (isto é, do seu valor prático) e da ordem de precedência (axiológica) a ela correlativa, quanto, enfim, ao da sua estrutura e do respectivo conteúdo preceptivo, afigura-se inquestionável que o *legislador constitucional* (isto é, o do art. 60 da Lei Fundamental) poderia, tal como fez no caso, dispor sobre determinada garantia (constitucional) do contribuinte, limitando-a, derrogando-a ou até, excepcionalmente, suprimindo-a, sem que com isso viesse necessariamente a afetar, em seu *núcleo essencial*, o interesse ou valor fundante por ela assegurado.

Admitindo, porém, *gratia argumentandi*, fosse procedente a opinião contrária — irrestritamente acolhida, ao que parece, pela Corte Suprema, na ADIn nº 939 — isso, *data maxima venia*, por si só não se afiguraria bastante para determinar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93. Essa respeitável opinião funda-se num pressuposto essencial. Como é intuitivo, não haveria maneira de juridicamente sustentá-la, se antes não se aceitasse a

tese (hoje, entretanto, sem dúvida geralmente recusada) da absoluta *inadmissibilidade* de o *legislador constitucional* dispor restritivamente sobre os interesses ou valores abrigados sob os limites materiais postos ao fundamental poder de rever ou emendar a constituição. Para essa doutrina — que, todavia, quando menos implicitamente, esteia a r. decisão comentada — a *inviolabilidade* traduz-se, na prática, pela *ilimitabilidade* de tais disposições, vale dizer, pura e simplesmente pela sua *inemendabilidade* ou *irrevisibilidade*.

Contudo, a mais categorizada doutrina rejeita hoje, ao parecer, incisivamente, a admissibilidade de uma apriorística identificação entre *inviolável* e *inemendável* ou *irrevisível*, ponderando que, em direito constitucional, a identificação entre tais conceitos requereria se demonstrasse preliminarmente que a emenda (revisão ou reforma) *equivale de fato a violação*[52].

Ora, conforme foi dito, a *violação* de uma determinada disposição da constituição por uma norma de *lei constitucional* (uma vez que ambas se consubstanciam em atos legislativos situados num mesmo escalão da hierarquia normativa) pressupõe logicamente a seguinte única hipótese: que esta última norma, além de contrariar (substancialmente) a disposição de que se entende tenha sido por ela violada, *haja transgredido os limites* (materiais, aqui) *a que a constituição sujeita (expressa ou implicitamente) o poder de emenda*. Cabe, então, perguntar-se: e quando é que, nesta hipótese, tais limites haveriam de considerar-se transgredidos? Ou seriam antes esses limites, como deixa entender a r. decisão comentada, cobertos por uma cláusula de *absoluta intangibilidade*, que torna, em conseqüência, *rigorosamente imodificáveis* os interesses ou os princípios estruturais por eles garantidos? Teria tido, porventura, o legislador constituinte, nesse lance, o desígnio abstruso de enrijecer a constituição ao ponto de petrificá-la e, portanto, paralisá-la?

CARL SCHMITT, discorrendo justamente sobre o tema dos limites do poder de reforma (revisão ou emenda) da constituição (*Verfassungsänderung*), ensina que esses se deduzem de uma correta formulação do próprio conceito de *reforma constitucional*; e adita que, mediante um tal poder, uma só ou várias disposições constitucionais podem ser substituídas, "mas somente *sob a condição de que a identidade e a continuidade da constituição como um todo fiquem asseguradas.* O poder de modificar a constituição — escreve SCHMITT — contém assim tão-somente o poder de, permanecendo a constituição, aduzir às suas disposições, modificações, adições, complementos, supressões etc., mas *não contém o poder de dar-se uma nova constituição*, como não, também, o de alterar os próprios fundamentos da competência de reformá-la..."[53] (os grifos são nossos)

52 STEFANO MARIA CICCONETTI, *La revisione della costituzione*, Pádua, CEDAM, 1972, p. 272 e segs.; ID., *Revisione costituzionale*, verb., in Encicl. del Dir., vol. XL (1989), p. 153.

53 C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, *cit.*, p. 103. No mesmo sentido, K. STERN, *Das Staats-*

Desse modo, uma conclusão desde logo parece impor-se nitidamente: a de que os limites do poder de emenda não são em absoluto transgredidos (e, portanto, que uma emenda não viola a constituição) tão-somente porque se dê às matérias postas ao abrigo daqueles limites, uma diversa disciplina, ou porque sejam elas até mesmo eventualmente restringidas em favor de determinado interesse constitucionalmente valioso. Tais limites propriamente não se transgridem, senão quando a modificação ou a restrição trazida pela lei constitucional (emenda), por atingir o "cerne constitucional intangível" (PONTES DE MIRANDA), o chamado *conteúdo essencial* dos interesses, valores ou princípios por eles tutelados, comprometa — para repetir SCHMITT — a *identidade e a continuidade da constituição, ao ponto de desfigurá-la, de torná-la uma outra*. Assim, uma emenda constitucional viola substancialmente a constituição se, por exemplo, por meio dela, um *direito fundamental*, tal como o direito à segurança jurídica é — para usar a mesma expressão empregada por SCHMITT[54] — *suprimido* ou *aniquilado (vernichtet)*, ou se um princípio estrutural, como o princípio federativo, é *medularmente ferido;* em suma, se se atinge, como diz KLAUS STERN[55], o que é absolutamente intangível (*unantastbar*): "*der Kernbereich der Verfassungsstaatlichkeit*", ou seja, "*o âmbito nuclear da estatalidade constitucional*".

Para resumir: a dita *inviolabilidade* dos direitos fundamentais ou a dos princípios estruturais do Estado, não significa, desenganadamente, pura e simples *imodificabilidade*, isto é, *inemendabilidade*. De fato, acorrendo-nos à exata observação de CARL SCHMITT, há pouco lembrada, uma tal rigidez

recht, cit., vol. I, p. 167, citando, ao propósito, significativa passagem da decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesgerichtshof*), de 15.12.70, que transcrevemos parcialmente abaixo, no trecho correspondente à nota 57. A doutrina é, pode dizer-se, unânime a esse respeito. Cons., entre muitos outros, GEORGES BURDEAU, *Traité de science politique*, 2ª ed., vol. IV (*Le statut du pouvoir dans l'État*), Paris, L.G.D.J., 1969, espec. p. 235, 252, 253, 257 e segs.

54 SCHMITT, *Verfassungslehre, cit.*, p. 27: "Disposições de leis constitucionais ou ordinárias podem autorizar amplas investidas sobre os direitos fundamentais garantidos. Mas, desde que o direito fundamental é suprimido (*vernichtet*), é a própria constituição que é violada. Uma tal supressão (*Vernichtung*) não pode dar-se num Estado burguês de direito nem mesmo por meio de uma emenda constitucional (*verfassungsänderndes Gesetz*). Escreve, por sua vez, MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale, cit.*, p. 406 e segs.: "A revisão poderá, conseqüentemente, introduzir modificações na atual regulação constitucional, não apenas para desenvolvê-la, aperfeiçoá-la e ampliá-la, mas também para adaptá-la a exigências supervenientes, as quais poderiam reclamar uma disciplina diferente, ou também limitações de determinados direitos, diversas ou mais amplas do que aquelas que a própria constituição atribui à determinação do legislador ordinário, mas sempre circunscritas e marginais, *de modo que não se atinja a essência dos mesmos direitos.*" (nosso o grifo)

55 STERN, *Das Staatsrecht, cit.*, vol. I, p. 174.

não faria sentido já ante a simples conceituação correta do poder de emenda. Acresce que os limites desse poder têm hoje, conforme se sabe, no consenso da melhor doutrina constitucional — sem prejuízo, é claro, do seu histórico papel de garantia do legítimo interesse privado e da autonomia individual (na medida em que restringem a liberdade do próprio legislador constitucional) — uma predominante dimensão *institucional* e *funcional*: ordenam-se eles, primordialmente, no plano hermenêutico, mediante *o ponderado equilíbrio e a conciliação da diversidade dos valores fundamentais, aos fins sociais e coletivos adotados pela constituição*. Quer dizer: ordenam-se ao fim supremo de garantir a constituição mesma, visto que, resguardando-lhe a identidade e a individualidade, resguardam-se, em conseqüência, os próprios direitos fundamentais e os princípios estruturais, enquanto esses constituem *elementos configuradores* daquela, com ela afinal se identificam, e traduzem, na prática, o que P. LUCAS VERDÚ chama a "fórmula política", o *minimum* constitucional inviolável[56].

Infere-se de tais considerações que, por servirem à permanência da integridade constitucional, os limites (materiais) do poder de emenda resguardam os direitos fundamentais e os princípios estruturantes, não de forma absoluta e irrestrita, mas na medida necessária à preservação de tais valores, enquanto esses se põem como elementos fundamentadores e configuradores da constituição. Esta, por conseguinte, repele, não toda emenda capaz de afetá-los, mas tão-somente a que intente *suprimi-los* ou (o que dá no mesmo) *alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial*, por isso que, dessa maneira, se aniquila ou subverte o próprio ordenamento constitucional, o qual, se é, por esses direitos e valores configurado e identificado, correlativamente lhes assegura a validade e a atuação prática.

Mas, ainda resta aqui por contestar uma questão: que se há de entender por *conteúdo essencial*, seja de um direito fundamental, seja de um princípio estrutural do Estado, como determinante dos limites materiais do poder de emenda constitucional? Qual o âmbito irredutível correspondente ao *conteúdo essencial* de uns e outros?

Ao analisar o problema dos limites materiais do poder de reforma constitucional, KLAUS STERN se reporta a uma nota da decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesgerichtshof*), de 15.12.1970, na qual foi afirmado que aqueles limites (estabelecidos pelo art. 79, alínea 3ª, da Lei Fundamental) "têm o propósito de evitar que pela via formal-legalista de uma lei de reforma constitucional, *o ordenamento constitucional vigente venha a ter suprimidos (beseitigt) sua substância e seus fundamentos*, e possa ser indevidamente usado para a posterior legalização de um regime totalitário. Aquela

56 LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político, cit.*, vol. II, p. 532 e segs.

disposição proíbe, assim, como princípio, *sejam postergadas as normas fundamentais ali referidas.*"[57] (O Tribunal se reporta às normas dos arts. 1º e 20 da Lei Fundamental de Bonn, relativas à proteção da dignidade do homem e aos princípios estruturais do Estado) (os grifos são nossos).

Pode deduzir-se daí, comenta STERN[58]: "que o art. 79, alínea 3ª, da Lei Fundamental, pretende declarar *intangíveis* os conteúdos normativos *tão-somente no que se refere aos princípios fundamentais* contidos nos arts. 1º e 20 da mesma Lei Fundamental. Trata-se do seu *núcleo (Kern)*, do seu *conteúdo essencial (Wesensgehalt)*. Estes elementos essenciais são intangíveis (*unantastbar).*"... "Conseqüentemente, *podem efetuar-se modificações* no conteúdo jurídico dos arts. 1º e 20 da Lei Fundamental, *contanto que não seja atingido (angetastet)* o seu *conteúdo fundamental*. A proteção diz respeito tão-só ao conteúdo essencial; mas, quanto a este, é absoluta. Este, como diz o art. 79, alínea 3ª, da Lei Fundamental, não pode sequer ser tocado (*berührt*) (grifado no original). Com isso, *estão aqueles princípios protegidos contra a supressão (Aufhebung)*, uma vez que seria esta a mais forte dentre as formas de tocá-los." ... "O âmbito nuclear (daqueles princípios) pode ser entendido como *a própria*

57 STERN, *Das Staatsrecht, cit.*, vol. I, p. 167. No mesmo sentido, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts, cit.*, p. 263 e segs. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de le constitución*, trad. esp. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ed. Ariel, 1965, p. 189 e segs.; STEFANO M. CICCONETTI, *La revisione della costituzione, cit.*, espec. p. 222 e segs.; GIUSEPPE CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milão, Giuffrè, 1984, p. 279 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra Ed., 1983, vol. II, p. 151 e segs.; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Livr. Almedina, 1991, p. 1.134 e segs.; NELSON S. SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional, cit.*, p. 93 e segs.; PAULO BRAGA GALVÃO, *Limitações ao poder de emendar a Constituição, cit.*, p. 102 e segs.

58 STERN, *Das Staatsrecht, cit.*, vol. I, p. 173 e segs. A doutrina que versa a questão do "conteúdo essencial", especialmente com respeito à limitação dos direitos fundamentais, conta hoje, principalmente na Alemanha, mas também em outros países, com uma literatura abundantíssima. Para consulta e indicação bibliográfica mais completa, *vide*, além das obras gerais de direito constitucional, entre outros, EIKE VON HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlim, Duncker & Humblot, 1965, espec. p. 47 e segs.; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts, cit.*, p. 133 e segs.; HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg, 1983; ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, espec. p. 249 e segs., 267 e ... segs.; ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Madri, Tecnos, 1991, espec. p. 310 segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Coimbra, Almedina, 1987, p. 233 e segs.; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional, cit.*, p. 630 e segs.; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Set.-Dez. 1981, p. 169 e segs.; JORGE MIRANDA, *Direito constitucional, cit.*, 2ª ed., vol. IV, 1993, p. 296 e segs., 306 e segs.

essência, que não há como separar daqueles institutos, sem mudar-lhes a estrutura e o tipo. Determina-se, pois, qual o *conteúdo essencial* (grifado no original) de um *princípio estrutural* (grifado no original) contemplado no art. 20 da Lei Fundamental, pelos seus *elementos essenciais*, não pelos *acidentais.*" (grifado no original) (salvo indicação em contrário, os grifos são da transcrição)

Recolhendo esse abalizado ensinamento, cabe entender, portanto, como *conteúdo essencial* de um direito fundamental ou de um princípio estrutural, em face dos limites materiais do poder de emenda, aquilo que neles constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes da sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição. Isto posto, parece induvidoso, também em nosso direito constitucional, que somente este *conteúdo essencial* é que não poderia ser *suprimido* ou *alterado* por uma emenda aprovada nos termos do art. 60 da Constituição federal.

Aliás, importa notar agora que, nem nesta última, nem em qualquer outra disposição constitucional, essa expressão (conteúdo essencial), ou uma outra análoga, é empregada. Isso, porém, certamente não significa seja o correspondente conceito irrelevante na interpretação da Constituição, ou, ainda menos, que esta tenha acolhido a concepção contrária, a da *imodificabilidade*, ou seja, a da *inemendabilidade* das suas disposições referentes aos direitos fundamentais e aos princípios estruturais. E assim parece, não porque, ou não apenas porque tal concepção se afigure, por este ou por aquele fundamento de ordem doutrinária ou teórica, inaceitável; e sim porque, não só a interpretação sistemática e teleológica, mas a própria singela letra da Carta Fundamental conduzem naturalmente a admitir-se a legitimidade do *acesso do legislador constitucional a todo e qualquer âmbito do ordenamento fundamental do Estado*, desde que, é claro, isto se faça pela via apropriada, justifique-se pela exigência de atender a um fim social ou político constitucionalmente relevante, e observe os limites materiais do poder de emenda, na medida em que o requerer a preservação da identidade da Constituição.

Cumpre por fim aduzir — valendo-nos agora no argumento literal, ao propósito tantas vezes injustamente preterido — que o art. 60, *caput*, da Constituição, só numa hipótese impõe se exclua definitivamente a emenda: e é quando essa "*tende a abolir*" um direito ou garantia individual ou qualquer dos princípios estruturais do Estado ali indicados. É mais que evidente (pois as palavras — vá lá a observação, por mais trivial que possa parecer — principalmente numa constituição, não se empregam ao acaso, nem, em regra, num sentido dissonante do usual), é mais que evidente, dizíamos, que a Constituição, referindo-se a "*emenda tendente a abolir*", manifestamente *não quer vedar qualquer espécie de emenda*, nem mesmo as de conteúdo mais ou

menos restritivo, pois "*tendente a abolir*" tais direitos ou princípios, só pode ser a emenda capaz de suprimi-los, a que os sujeite pelo menos à efetiva possibilidade de destruição, ou ainda (o que dá no mesmo, por atingi-los assim em seu *conteúdo essencial*), a que *os desfigure ou torne impraticáveis*. Resumindo: uma emenda constitucional *tende a abolir* um direito ou garantia individual ou um princípio estrutural (e é, então, mas só então, *proscrita)*, não apenas *quando de fato os suprime*, mas também *quando os atinge de forma equivalente*, ou seja, quando lhe toca o *núcleo inviolável* —, o seu *conteúdo essencial*.

10. *Modo de ser do conteúdo normativo, forma, função e efeitos do art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93*

Impende recordar que o art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, a despeito do seu conteúdo explicitamente *derrogatório* (no preciso sentido técnico do termo), não entendeu todavia *ab-rogar*, ainda que parcialmente, e nem sequer *suspender* (a vigência de) qualquer preceito da Constituição. Com efeito, dispunha aquela norma, *ad litteram*: "Ao imposto de que trata este artigo (já se sabe: o IPMF) não se aplica o art. 150, III, *b*, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição." Partindo, portanto, exatamente, do pressuposto de que as disposições constitucionais aí citadas (no que a este escrito interessa, o art. 150, III, *b*, e VI) permaneciam *válidas* e *vigentes*, estabelecia a norma em questão que — não obstante isso, ou melhor: *precisamente por isso, porque e enquanto permaneciam válidas e vigentes* — aquelas disposições *não se aplicariam* ao aludido imposto.

Destarte, não tendo nem ab-rogado nem suspendido as citadas limitações constitucionais da anterioridade e da imunidade recíproca, aquela norma de lei constitucional *não teria chegado propriamente a afetar*, nem *formalmente* (quer dizer, alterando-lhes o próprio *texto*), nem (em caráter geral e definitivo) substancialmente, no próprio *conteúdo dispositivo*, os preceitos que se afirma terem sido por ela violados.

Primeiro, a norma ora havida por inconstitucional não os teria afetado *formalmente*, porque esses, em sua expressão textual, não foram por ela absolutamente *alterados*. Ao contrário do que pudesse alguém ter suposto, nada neles se *modificou*, isto é, nada se *suprimiu, transformou* ou *acrescentou*, permanecendo os respectivos textos formalmente *intocados*.

Tampouco os afetou, de outro lado, em *caráter geral e definitivo, substancialmente*: ou seja, no próprio *conteúdo preceptivo*. De fato, não obstante o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, tanto o princípio da imunidade tributária quanto o da anterioridade, jamais tiveram a respectiva *vigência*, nem *geralmente suspensa*, nem, ainda menos, *definitivamente suprimida*. Ao invés —

e independentemente de qualquer espécie de medida judicial — continuaram, como é notório, a *valer*: isto é, a *vigorar* e a *aplicar-se* de modo geral, em relação a todo o sistema tributário. Por obra da Emenda nº 3/93, só caberia excluir, nesse então, do âmbito de incidência daqueles princípios e, assim mesmo, repita-se, em caráter estritamente excepcional e transitório, um único tributo: o IPMF.

Assim sendo, como certamente já se terá percebido, o que o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93 teria feito, do ponto de vista material, seria, simplesmente, *derrogar* (e mesmo assim, em caráter temporário) àquelas duas limitações do poder de tributar. Derrogá-las — note-se bem — não no sentido usual e inadequado de *revogação (ab-rogação) parcial*, mas no significado correto do termo, em que esse denota aquela particular vicissitude normativa que consiste em determinar, em caráter excepcional, simples *restrição* (de regra, tal como no caso, temporária) à *aplicabilidade* de uma norma jurídica, com respeito a um caso específico, sem prejuízo, como já se disse, quer da integridade formal, quer da plena validade e operatividade jurídicas da norma derrogada, para todos os demais casos não compreendidos no âmbito da derrogação. Isto quer dizer, por conseguinte, quer nas hipóteses, como a presente, em que a derrogação tem caráter *temporário*, cessada esta, pelo decurso do prazo a ela prefixado, a norma derrogada automaticamente se reexpande, ou seja, readquire a plenitude da eficácia que, enquanto regra mais geral, lhe competiria, não fosse a norma especial derrogante[59].

GIUSEPPE UGO RESCIGNO[60] escreve que "a palavra derrogação (*deroga*) tem, portanto, ao lado do primeiro significado (lógico) — (esclareça-se: pelo qual se designa uma relação que se estabelece entre normas, no interior de um ordenamento, quando uma norma está para uma outra como a exceção

59 *Vide* a respeito da *derrogação (deroga, Verdrängung, Durchbrechung, dérogation)*, entre outros, M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali Perugia*, 1942, p. 33 e segs.; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, verb. in *Enc. del Dir.*, (1964), vol. XII, p. 103 e segs.; MARIO PATRONO, *Legge (vicende della)*, verb. in *Enc. del Dir.*, (1973), vol. XXIII, p. 920 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5ª ed., Pádua, CEDAM, 1984, p. 193 e segs.; VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 1977; FRANCO MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. del Dir.*, (1978), vol. XXVIII, espec. p. 520; na doutrina alemã, por todos, inclusive para mais indicações bibliográficas, KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlim-Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, p. 266 e segs., e aí, especialmente a nota 25. Como certamente já se terá visto, pressuposto necessário da derrogação é sempre, portanto, a existência de um *concurso aparente (excludente) de normas*. Sobre este ponto em particular vale consultar-se, além da sucinta mas lapidar exposição de LARENZ, *op.loc.cits.*, a literatura referida em nosso trabalho, *Anualidade e anterioridade, cit.*, p. 36 e segs., e aí, notas 36 e 37.

60 G.U. RESCIGNO, *Deroga, cit.*, p. 304.

para a regra) — um segundo sentido conforme o qual também designa o efeito jurídico em virtude de que uma norma superveniente exclui, relativamente a uma hipótese específica, a força qualificatória de uma norma anterior, que permanece em vigor com respeito às hipóteses genéricas por esta última anteriormente previstas. Enquanto efeito jurídico a derrogação é identificada pelos seguintes elementos: superveniência de uma norma relativa à espécie, com respeito a uma preexistente norma referente ao gênero, e vigência contemporânea de ambas, conforme a relação *lex generalis lex specialis*, que se instaura entre essas." Observa, ainda, como sempre precisamente, RESCIGNO[61]: "a derrogação se distingue da ab-rogação uma vez que na primeira a norma derrogada permanece em vigor, ainda que para um âmbito mais limitado, ao passo que na segunda, ao contrário, a proposição normativa ab-rogada expressa ou tacitamente, se extingue e é excluída em definitivo do ordenamento. Conseqüentemente — prossegue RESCIGNO — na derrogação, cessando a norma derrogante (e desde que não substituída por outra norma derrogatória), a norma derrogada readquire, por assim dizer, o que teria perdido, isto é, disciplina desde logo tudo o que virtualmente podia disciplinar; na ab-rogação, ao invés, a proposição normativa ab-rogada nunca mais readquire sua força qualificatória, mesmo que desapareça a norma ab-rogante."

Ante o exposto parece, pois, induvidoso, que a relação intercorrente entre as normas do art. 150, nº III, letra *b*, e nº VI, da Constituição, e a do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, tipicamente se subsume ao esquema da relação normativa *derrogatória*. De fato, sendo esta última norma, com respeito àqueloutras, proposição *superveniente*, *especial* e *parcialmente incompatível*, teria necessariamente determinado (transitória) restrição à capacidade qualificatória das primeiras, isto é, a sua *derrogação*. E sendo, outrossim, *temporária* a norma derrogante, teriam conseqüentemente as normas derrogadas, com o advento do termo *ad hoc* preestabelecido, readquirido a plenitude de sua capacidade qualificatória.

Poderia alguém argüir, no entanto, que, se a derrogação é incontestavelmente um fenômeno normal ("fisiológico", se se quiser) no domínio das relações internormativas em geral, outro tanto não sucede, ou pelo menos não deveria suceder, no campo particular do direito constitucional, onde — de um lado, pela própria natureza da matéria regulada e pela preeminência que formalmente caracteriza as respectivas normas, algumas das quais acobertadas ainda pela cláusula de inviolabilidade; e de outro, pelo caráter de *generalidade* que por força revestiriam essas mesmas normas, enquanto integrantes do ordenamento fundamental do Estado — não haveria que admitir, ao que se supõe, a ocorrência do fenômeno[62].

61 G.U. RESCIGNO, *op. loc. cits.*

Todavia, só por esses argumentos não parece aceitável a objeção. Com efeito, sendo a derrogação, como se disse, uma vicissitude "normal", no

62 Assim, por exemplo, na Alemanha, ainda sob a Constituição de Weimar, que silenciava ao propósito, insurgiram-se alguns dentre os mais abalizados constitucionalistas, por diferentes fundamentos, contra a admissibilidade da derrogação de normas constitucionais, ali designada por um termo específico, *Verfassungsdurchbrechung:* literalmente, *ruptura* ou *quebrantamento da constituição*. Aliás, em trabalho publicado no *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, p. 275 e segs., von LÜDER MEYER ARNDT, citado por C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, verb. in *Enc. del Dir.*, (1962), vol. XI, p. 191, nota 140, assinalou pertinentemente que a compreensão do fenômeno na doutrina alemã ressentiu-se da equivocidade do termo *ruptura (Durchbrechung)*. Já agora, porém, sob a Lei Fundamental de Bonn (1949), e tendo em vista o que taxativamente dispõe o seu art. 79, alínea 1ª, segundo o qual, "a Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que *expressamente complete ou modifique o seu texto*", praticamente toda a doutrina tem se manifestado pela inadmissibilidade de derrogações à Constituição, ainda que por uma norma constitucional aprovada mediante o procedimento de reforma da LF. Para a doutrina formada sob a Constituição de Weimar, além de C. SCHMITT, *Verfassungslehre, cit.*, p. 99 e segs., 106 e segs., cuja concisa exposição, a despeito de sua posição já então (1928) contrária à *Verfassungsdurchbrechung*, é de uma objetividade e de uma precisão insuperáveis, v. JESELSOHN, *Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung*, Heidelberg, 1931, p. 48 e segs., espec. 65 e segs.; GERHARD LEIBHOLZ, *Die Verfassungsdurchbrechung*, in *Archiv d. öff. Rechts* (1932), p. 1 e segs.; na doutrina posterior ao advento da Lei Fundamental de Bonn, é básico, inclusive pelo aparente influxo exercido sobre a doutrina subseqüente, o extenso estudo de HORST EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungs durchbrechung*, in *Arch. d. öff. Rechts* (1954), p. 365 e segs.; MAUNZ ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht, cit.*, p. 265 e segs.; K. STERN, *Staatsrecht, cit.*, vol. I, p. 158; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts, cit.*, p. 15, 281 e segs.; discrepante, ou seja, segundo parece, favorável à admissibilidade da derrogação constitucional, LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución, cit.*, p. 186 e seg. Na doutrina dos países cujas Constituições não vedam expressamente a *derrogação*, prevalece naturalmente a opinião que a admite, em regra sem restrições, desde que não se ultrapassem os limites do poder de revisão. V., entre outros, CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi*, reimpr., Milão, Giuffrè, 1964, p. 183 e segs., espec. 187 e segs.; MORTATI, *Costituzione, cit.*, p. 190 e segs.; P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, Florença, Barbera, 1950, vol. II, p. 476; P. BARILE- U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, verb. in *Novis. Dig. Ital.*, (1968), vol. XV, p. 788 e segs.; CICCONETTI, *La revisione, cit.*, p. 29 e segs.; GIOVANNI MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di "rottura" della Costituzione*, in *Rassegna di diritto publico*, 1961, I, p. 371, 424 e segs.; CONTINI, *La revisione, cit.*, p. 60; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milão, Giuffrè, 1947, p. 262 e segs.; FRANCO PIERANDREI, *La Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Turim, Giappichelli, 1965, espec. p. 100 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de dir. constitucional, cit.*, vol. II, p. 114; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional, cit.*, p. 1.146; no direito brasileiro, breve referência em ANA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986, p. 238.

sentido de que essa se verifica, no plano internormativo, em virtude da *relação lógica* de especialidade entre as respectivas proposições, e não sendo, obviamente, o caso de se preexcluir a ocorrência duma tal relação na esfera normativa constitucional, afigura-se não haver fundamento algum para afastar, por princípio, a sua admissibilidade com respeito às normas constitucionais, quando essas não forem (por exceção) expressamente definidas como *inderrogáveis* (e nos limites em que porventura o forem), ou quando a própria constituição taxativamente não proibir, de modo geral, em seu âmbito de competência, a derrogação.

Exatamente pondera CARLO ESPOSITO[63] que a questão deve resolver-se estritamente de acordo com os critérios de interpretação de cada ordenamento jurídico, examinando-se os poderes conferidos às leis constitucionais e os limites impostos a tais poderes. Caberia certamente excluir a hipótese de derrogação de normas constitucionais, diz o insigne A., onde, como na Alemanha, expressamente se proíbam as mutações tácitas da constituição, ou reformas constitucionais que não lhe alterem o texto, completando-o ou modificando-o. Mas, no silêncio — conclui ESPOSITO — "deverá entender-se que o legislador constituinte (o ilustre A. quer, decerto, referir-se, de modo geral, conforme se infere induvidosamente do contexto, ao *legislador constitucional*) tem, no seu campo, aqueles mesmos poderes que o legislador ordinário tem com respeito às leis ordinárias, às quais não é imposto o limite da generalidade, nem proibido derrogar a leis anteriores, salvo se existirem explícitas disposições de direito positivo".

A essa lição conviria aditar-se a aguda observação de COSTANTINO MORTATI[64], segundo a qual, além da irrelevância do argumento que se reporta à generalidade, cabe considerar-se "que também pode haver derrogações de caráter geral, válidas para uma série indeterminada de casos, devendo-se ter por decisivo para caracterizar a "ruptura" (derrogação), não tanto a singularidade da prescrição derrogatória, quanto a sua excepcionalidade com respeito a uma regra." O que, de qualquer modo, não parece admissível — adverte ainda este mesmo consumado constitucionalista — "é uma absoluta impossibilidade de enfrentar aquelas dentre as exigências de desenvolvimento da vida do Estado (imprevisíveis quanto aos particulares aspectos que o curso do tempo pode conferir-lhes), *às quais não se torna possível atender senão mediante a adoção de normas derrogatórias* às que são previstas em caráter geral pela constituição." (grifamos)

Pois a hipótese que MORTATI aí judiciosamente prefigura espelha à

63 ESPOSITO, *La validità delle leggi, cit.*, p. 183 e segs., espec. 187; MORTATI, *Costituzione, cit.*, p. 191; LIVIO PALADIN, *Diritto costituzionale*, Pádua, CEDAM, 1993, p. 161.

64 MORTATI, *Costituzione, cit.*, p. 191.

perfeição a espécie a que acudiu o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93. Pela derrogação do art. 150, nº III, letra *b*, e VI, da Constituição (de resto, formalmente incensurável e estabelecida para atender a extraordinária e grave urgência financeira do Estado federal, insuscetível de suprir-se mediante recursos orçamentários) simplesmente se subtraiu, *ad tempus*, em caráter *genérico* (e não, como está patente, de modo singular ou discriminatório), ao âmbito de aplicação das normas constitucionais derrogadas, só o *caso concreto* da imposição do IPMF.[65]

Aliás, não seria demasiado lembrar que justamente da mesma esfera de incidência do art. 150, nº III, letra *b*, e nº VI, a prática clarividência do legislador desde muito já excetuara — e neste caso, em caráter *permanente*, no próprio texto da Constituição (hipótese esta precisamente chamada na doutrina de "derrogação contextual" ou "auto-ruptura") —: *a*) quanto à regra da *anterioridade*, os impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e *operações financeiras* (todos, como se vê, *impostos sobre a circulação*) assim como os impostos *extraordinários*, instituídos em caráter *temporário*, na iminência ou no caso de guerra externa (Constituição, art. 150, § 1º); e *b*) quanto à própria regra da *imunidade tributária* (note-se: e *não só a recíproca*), não apenas todos os tributos que não os impostos, mas até mesmo os impostos (frise-se: sempre *impostos sobre a circulação de riquezas)*, quando *incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços de entidades imunes*, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (Constituição, art. 150, § 3º).

Por evidenciar, ainda mais intensamente, ao ângulo material, *data venia*, a fragilidade do entendimento que respalda a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, vem a pêlo ressaltar que a derrogação determinada por essa norma alcançaria o IPMF — isto é, o *Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira* — o qual, por incidir sobre determinadas *operações financeiras* (ainda) não gravadas pelo imposto ordinário que tem esse nome, quer dizer, por incidir sobre *atos de circulação de riquezas*, caracteriza-se como um *imposto que comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro* (Código Tributário Nacional, art. 166). Caracteriza-se, em síntese, como típico *imposto indireto (sobre a circulação)*[66]. Em substância, o IPMF se identifica como um imposto (extraordinário) da *mesma natureza* e com os *mesmos caracteres específicos* de outros impostos (ordi-

65 BALEEIRO, *Direito tributário brasileiro*, 10ª ed., rev. e atual. por Flávio B. Novelli, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 260; ID., *Limitações constitucionais, cit.*, p. 78, 95 e segs.; RICARDO LOBO TORRES, *Manual de dir. fin. e tributário, cit.*, p. 61.

66 RICARDO LOBO TORRES, *op. cit.*, p. 313 e segs.

nários) que a própria Constituição (exatamente porque se trata de *impostos ordinários*) já excetua, permanentemente, do alcance dos princípios da anterioridade e da imunidade, inclusive recíproca (art. 150, §§ 1º e 3º).

Importa observar ademais, que consistindo o *fato gerador* do IPMF (e o fato gerador é, como se sabe, justamente o elemento que *determina a natureza jurídica específica do tributo*, Cód. Trib. Nac., art. 4º) em *atos* ou *fatos* (ou, se se quiser, *operações*) de movimentação ou transmissão (circulação) de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, não é ele senão *um outro imposto* (este, agora, *extraordinário*) sobre *operações financeiras*, e, por conseguinte, nada mais nada menos que uma autêntica *reduplicação* — em linguagem técnica, um *bis in idem*[67] — em relação ao *imposto* (ordinário) sobre operações financeiras (Const., art. 153, nº V; Cód. Trib. Nac., art. 63). E tanto assim é, que o IPMF (ou melhor, o gravame a ele correspondente) poderia ter sido "instituído" sem suscitar os percalços que originou, se essa "instituição" tivesse sido (como poderia ser) consumada mediante a alternativa da simples inclusão temporária, pela lei (complementar), das hipóteses previstas no art. 2º da malsinada Lei Complementar nº 77/93, como outras tantas "formas de exteriorização" do mesmo *fato gerador do IOF*, a que se refere a disposição do Código Tributário Nacional citada por último.

Chegamos pois, ao termo de nossas considerações, à conclusão de que toda a questão da legitimidade constitucional do art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, parece reduzir-se tão-somente à da compatibilidade dessa disposição com as regras que limitam materialmente a emenda constitucional. Mais precisamente: cifra-se a questão toda à da compatibilidade daquela proposição (a determinar-se, é lógico, mediante o adequado processo de interpretação constitucional) com as normas do art. 60, § 4º, nºs I e IV, da Constituição federal.

Ora, foi visto oportunamente, com assento em copiosa argumentação, que tais limites, ditos *invioláveis*, não são, todavia, absolutamente *intocáveis*. Ao revés, como já se mostrou, eles tão-somente excluem, de vez, a emenda *tendente a abolir* um direito fundamental ou um princípio estrutural do Estado, assim considerada, além da que de fato os suprime, também a que substancialmente produz um efeito equivalente, por atingir-lhes o *conteúdo essencial*.

Mas, resenhando afinal tudo o que foi dito, não parece, *data venia*, possa interpretar-se como *violação* do "cerne intangível" da Constituição, o conteúdo preceptivo da norma declarada inconstitucional na ADIn nº 939. Com efeito, estabelecer, como o fez essa, só para o caso desse imposto indireto

67 BALEEIRO, *Uma introdução à Ciência das Finanças*, 14ª ed., rev. e atual. por Flávio B. Novelli, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 225 e segs.

extraordinário, incidente sobre operações financeiras, uma exceção temporária à aplicabilidade daquelas duas limitações do poder de tributar (amplamente *derrogáveis*!, já vimos), mantendo-as, em tudo o mais, para todo o restante sistema tributário, *absolutamente inalteradas, válidas e operantes,* parece bem longe de configurar uma violação daquele tipo. Ao contrário, quanto mais detidamente se examina a hipótese, mais se robustece a evidência de que essa não teria ocorrido. Não se afigura supérfluo ressaltar ainda uma vez: as disposições alcançadas pela sanção constitucional extrema teriam determinado o único efeito normativo de introduzir, em caráter *excepcional* e *extraordinário*, por motivo de relevante interesse do Estado federal, para *limitação temporal* no âmbito de aplicação de duas limitações *derrogáveis* do poder de tributar: a anterioridade e a imunidade tributária. Acresce que a dita limitação temporal foi imposta, do ponto de vista formal, por emenda constitucional regularmente aprovada; e do ponto de vista substancial, alcançou, como já se redisse, relativa e transitoriamente, apenas à *aplicabilidade* (não a estrutura, a essência), num caso específico, daquelas disposições constitucionais. Assim, se a Emenda temporariamente restritiva teria, como parece irrecusável, preservado a substância e a vitalidade jurídica daquelas garantias do contribuinte, não se compreende que se houvesse chegado a considerá-la *tendente a abolir*, não só essas mesmas limitações, como também o próprio direito individual à segurança jurídica e a forma federativa de Estado.

Todavia, poderia alguém, embora aquiescendo nestas razões, ponderar, afinal, que, mesmo não sendo em si mesmas tendentes a abolir aquelas garantias, tais derrogações temporárias, se abusivamente repetidas, ensejariam, ao termo de sucessivas interrupções, que se produzisse na prática efeito equivalente ao de uma verdadeira supressão definitiva.

Aliás, no julgamento da ADIn nº 939, o argumento foi mais de uma vez lançado. Assinalou, de fato, em seu voto vencedor, com respeito especialmente ao princípio da anterioridade, o eminente Relator Ministro SIDNEY SANCHES[68], não se lhe afigurar "que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos." Sobre o mesmo ponto, e no mesmo sentido, observou, por sua vez, o eminente Ministro CELSO DE MELLO[69]: "A reconhecer-se como legítimo o procedimento da

68 ADIn nº 939-7, D.F. V. *supra*, nota 2.

69 ADIn nº 939-7, D.F. V. *supra*, nota 2.

União Federal de ampliar, a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as hipóteses derrogatórias dessa fundamental garantia tributária chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes."

Como bem se percebe, porém, nenhuma das duas respeitáveis manifestações, pelo menos nas passagens transcritas, parece ver, *no próprio conteúdo da norma submetida a julgamento*, disposição de lei constitucional "tendente a abolir" sequer a simples garantia da anterioridade tributária. De fato, num caso — isto é, no voto do eminente Ministro SIDNEY SANCHES — se *prevê* que o princípio da anterioridade e a garantia nele contida "ficariam esvaziados, mediante *novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções* etc." (nosso o grifo). Noutro — ou seja, no voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO — se *prognostica* que, "*chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la* (a garantia da anterioridade) *inteiramente, suprimindo, por completo*, essa importante conquista jurídica etc." (nosso o grifo). Mas, se se admite que o princípio e a garantia da anterioridade (análogo raciocínio deveria valer, é claro, para o princípio da imunidade) só "ficariam *esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas*", ou que, mediante tais novas emendas "*chegar-se-á em algum momento, ao ponto de nulificar inteiramente essa garantia, suprimindo-a por completo*", é porque, no rigor da lógica, implicitamente se aceita que, até então, a violação do *conteúdo essencial* da garantia tributária não se verificara. Representava, naquele momento, mera *possibilidade,* pura e simples *eventualidade*, que, *futuras e sucessivas* emendas, perpetuando a derrogação, chegariam até a concretizar; mas que, por obra tão-somente da norma constitucional então *sub judice*, tal violação ainda não ocorrera. Poder-se-ia mesmo admitir, *ad argumentandum*, que essa disposição constituísse *atualmente* um perigo de, com o prosseguimento, vir efetivamente a abolir-se a garantia em questão; mas, justamente por isso, não consistiria *ela mesma*, atual e concretamente, numa disposição constitucional *tendente a aboli-la*. Se, de futuro, despida a derrogação, pela reiteração abusiva, de seu caráter extraordinário consonante com a excepcionalidade do interesse público, viesse concretamente a configurar-se a *conduta legislativa arbitrária* — o *desvio do poder* de emenda — então sim, seria o caso de, aferindo-se a *pertinência*, a *necessidade* e a *congruência* da norma derrogatória, eventualmente decretar-lhe a inconstitucionalidade, por violação do princípio da *proporcionalidade (Verhältnissmässigkeit)* ou da *proibição de excesso*. Mas, como bem se percebe, a inconstitucionalidade procederia então, não da derrogação em si mesma, mas sim do seu emprego incorreto e abusivo pelo legislador constitucional, configurando infração à regra de *proporcionalidade*, que se encontra implícita, como decorrência do Estado de Direito, na própria base do ordenamento constitucional[70].

Para concluir, afigura-se irrecusável que o art. 2º, § 2º, da Emenda nº 3/93, como entendemos ter mostrado, não teria excedido, nem por este e nem por qualquer outro aspecto, aos limites materiais explicitamente prefixados ao exercício do poder de emenda, pelo art. 60, § 4º, da Constituição federal. Como já lembramos acima, o verdadeiro sentido e o alcance de tais limites consistem, estritamente, em obstar que, por meio de aparente reforma ou modificação (isto é, pelo indevido exercício de uma competência extraordinária conferida ao legislador para prover a que a Lei Fundamental evolua, se atualize e adapte às mutáveis circunstâncias da vida política e social), na realidade se renegue e desfigure a Constituição e, afinal, o próprio Estado, do qual ela é a ordenação e a expressão jurídica. Parece, contudo, que não foi isto o que fez o proscrito art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Data maxima venia*, ao nosso entender, esta disposição, em particular, constitui, no corpo desse ato legislativo constitucional, simples atuação legítima do fundamental poder de emenda.

70 Sobre o princípio constitucional da *proporcionalidade*, v., entre nós, a excelente exposição, rica de subsídios doutrinários, de PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional, cit.*, p. 314 e segs.; CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 368 e segs.; GILMAR FERREIRA MENDES, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro*, in *RDA* (1993), vol. 191, p. 48 e segs. V., na doutrina italiana, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, verb. in *Enc. del Dir.*, (1987), vol. XXXVI, p. 555 e segs. A respeito do excesso de poder legislativo, v. em nossa doutrina, GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade, cit.*, p. 38 e segs., com abundante informação doutrinária; CAIO TÁCITO, *Desvio de poder legislativo*, in *Rev. Trim. de Dir. Público* (1993), vol. I, p. 62 e segs. A propósito do excesso dos limites do poder de revisão constitucional, BURDEAU, *Traité de science politique, cit.*, vol. IV, alude a um "détournement de pouvoir" (p. 252) e a uma "usurpation du pouvoir constituant" (p. 253).

AS CRISES DO CAPITALISMO E AS CRISES DO SOCIALISMO EVOLUÇÃO PARA O SOCIETARISMO OU SOCIETISMO*

OSCAR DIAS CORRÊA

1 — As crises e os ciclos econômicos. 2 — As crises e o capitalismo. 3 — As transformações e a vitalidade do capitalismo. 4 — O socialismo. 5 — As crises do socialismo. 6 — O coletivismo soviético. 7 — A "glasnost" e a "perestroika". 8 — A ausência do cálculo econômico no coletivismo soviético. 9 — A apregoada vitória do capitalismo. 10 — A socialização do capitalismo e a capitalização do socialismo. 11 — Conclusões iniciais quanto ao socialismo real. 12 — Conclusões iniciais quanto ao capitalismo ocidental. 13 — Algumas previsões gerais. 14 — Lições gerais complementares. 15 — "Capitalismo contra capitalismo." 16 — Conclusão geral no plano econômico. O societarismo *ou* societismo. *17. Conclusão geral no plano político.*

1 — É comum ouvir-se falar nas crises do capitalismo. Há mesmo estudos econômicos que disso cuidam: é a teoria dos *ciclos econômicos*, construída em face da inevitabilidade — que se apregoa sempre — das crises do capitalismo.

Os clássicos não tinham noção exata dessa alternância de equilíbrios e desequilíbrios, embora, em longo período, imaginassem revoluções progressivas, regressivas ou estacionárias (L. Baudin, "Traité d'Economie Politique", colectif, II, 953).

No século XIX é que se tomou consciência da existência de períodos marcados por violentos e súbitos desequilíbrios, as *crises econômicas*. Surgiu, então, a concepção dos *ciclos econômicos*.

* Os temas tratados no artigo foram, depois, explicitados em livro: "O Sistema Político-Econômico do Futuro: o Societarismo" (Ed. Forense Universitária).

O estudo das crises, diz Baudin, é o que se poderia chamar de *patologia do econômico,* sendo as crises doenças do organismo. Sua sucessão levou ao estudo de sua natureza, sintomas, extensão, conseqüências.

Como, a partir do século XIX, o capitalismo (propriedade privada dos meios de produção, alterados pelas novas técnicas) foi adotado por todas as nações, passou-se a ligar o fenômeno ao regime, tanto mais quanto se sucederam a intervalos conhecidos; 1815, 25, 37, 47, 57, 66, 73, 82-84, 90, 1900, 907, 913, 920, 929. Há sempre uma data e um país, que dão o sinal e, em geral, quanto mais jovem o capitalismo, mais é atingido.

As grandes crises são funestas e favoráveis: funestas porque trazem o pior; favoráveis, porque pressagiam a cura, um amanhã melhor.

Em geral começam com a aceleração do número de falências, incapacitadas as empresas de cumprir os compromissos. Isso repercute na área bancária e na bolsa e aí nascem as crises, repercutindo sempre em célebres falências bancárias, levando de roldão as bolsas.

Os títulos — emitidos além do número real — não são reembolsados e a crise de generaliza e vem a quebra da bolsa: Viena, em maio de 1873; Lyon, em janeiro de 1882; Paris, em maio de 1920; Nova Iorque, em 24 de outubro de 1929.

Com as falências, vem o desemprego, os salários diminuem e instala-se a conturbação social.

As crises antigas eram de subprodução; as modernas, de superprodução, que se alastra e se agrava com a queda do poder de compra. Atinge o espaço econômico e o espaço geográfico e se generaliza.

O que levou ao aprofundamento dos estudos foi o conhecimento da *periodicidade* das crises, em intervalos mais ou menos conhecidos, conduzindo à noção de *ciclo econômico*, sobretudo a partir de 1860, com Clément Juglar.

Mas, não há penetrar nesse exame, que nos afastaria do nosso tema.

2 — O importante é que se considerou que a crise era congênita ao capitalismo e acabaria por destruí-lo. Não faltaram os que o previram.

Louis Marlio, investigando "Le sort du capitalisme" e estudando-lhe o processo, depois de apresentar o acusado — o capitalismo — e lhe expor os antecedentes, conclui que o "capitalismo está doente e muito doente" (p. 129) e que a ele se substituíram as mais diversas formas de intervencionismo, nas quais vê os seguintes pontos comuns:

a) subordinação da noção de indivíduo à de coletividade;

b) modificação da repartição das riquezas em favor dos pobres;

c) tendência acentuada para o nacionalismo militarista;

d) nacionalismo econômico como conseqüência direta do nacionalismo político;

e) hipertrofia do papel do Estado.

O próprio Marlio, contudo, não foge à verificação dos fracassos e perigos do intervencionismo, chegando mesmo a assegurar que assistiríamos ao nascimento de um novo capitalismo, baseado na revisão do conceito de propriedade, no encorajamento da ação do indivíduo, na reforma da sociedade anônima e das coalizões econômicas, no estabelecimento da paz social e nas reformas operárias. Para consegui-lo, confia numa "lição de modéstia", no trabalho e na penitência.

A crítica de Sombart ("El Apogeo del Capitalismo", II, p. 489) é mais positiva e conclusiva, quando afirma que estão equivocados os que:

"1) predizem para o futuro o domínio absoluto de "um" sistema econômico";

2) "esperam uma subversão violenta da organização econômica";

3) "contam com uma pronta regressão da vida econômica a formas precapitalistas de economia".

E vai mais longe: declara "como fato seguro, que o 'sistema econômico capitalista' dominará durante muito tempo em importantes ramos da vida econômica", experimentando porém, grandes transformações externas e internas, particularmente:

1) perda do seu predomínio;

2) limitações e intervenções cada vez maiores por parte dos poderes públicos;

3) transformações interiores — será mais tranqüilo, mais grave, mais ajuizado, como convém à sua idade avançada... (idem p. 492).

E conclui ainda que

> "la diferencia entre um capitalismo estabilizado y reglamentado y un socialismo tecnificado y racionalizado no es muy grande y que, en consecuencia, para la suerte de los hombres y de su cultura es bastante *indiferente* el que la economia esté estructurada em forma *capitalista* o *socialista*" (p. 495).

Schumpeter sustentou, paradoxalmente, que "capitalism is being killed by its achievements" ("Capitalism, socialism and democracy", p. XVIII), sustentando que os próprios êxitos do capitalismo minam as instituições sociais que o protegem, e criam as condições para o seu desaparecimento, passando o predomínio ao seu herdeiro presuntivo — o socialismo.

Não diz, porém, que socialismo será esse, nem assegura que as tendências que o informam tenham surgido, afirmando que a evolução capitalista dependerá dos próximos cinqüenta anos (escrevia nos anos trinta) e pode mesmo acontecer que o capitalismo tenha outra arrancada de êxito.

3 — E foi precisamente o que aconteceu, de forma fundamental, nas transformações por que passou, como previa e assinalava Sombart e o verificou Alain Barrère ("Théorie économique et impulsion keynesienne", p. 12).

"É que comprovou ele uma extraordinária capacidade de adaptação aos tempos novos e às novas realidades, numa vitalidade inacreditável (Fairchild, Furniss and Buck, in "Elementary Economics", II, p. 678), ao dizerem que o socialismo subestimou a vitalidade do capitalismo. A sobrevivência das instituições sociais depende do seu poder de ajustamento às novas condições e como é capaz de prover e resolver os problemas que foram criados pelo seu próprio crescimento. E o capitalismo tem esse poder. É um sistema flexível".

A mais notável dessas transformações foi a incorporação do conceito de *social*, de *coletivo*, em contraste com o *individual* que sempre predominara.

O liberalismo individualista era a marca do capitalismo inicial: tudo pelo indivíduo, centro da atuação econômica. Com o correr do tempo, o papel da *empresa* avultou e nela a valorização do fator *trabalho*, reconhecido como *agente* da produção.

Com isso, passou a ter importância o aspecto *social*, reconhecido que não seria possível privilegiar o *indivíduo* em detrimento do *social*. Se não se pode *anular* o indivíduo, retirando-lhe os direitos, não há como esquecer o *social*, o *coletivo*.

Dir-se-ia que esta conquista é fruto da lição socialista. Que seja, admita-se. Mas que mal há em que se incorporem as boas idéias?! E incorporando-as, o capitalismo se revitalizou.

As modificações na empresa capitalista são prova disso: a extensão dos chamados *direitos sociais* é outra demonstração dessa linha de modificações.

À medida que essas alterações se verificavam, as crises capitalistas amorteciam e perdiam força e extensão. Na verdade, foram crises localizados ou de fatores conhecidos (como as do pós-guerra 1939-1945 e a crise do petróleo), que não alcançaram a gravidade nem a generalidade das anteriores, como a de 1929.

4 — Quanto ao socialismo, sempre foi mais uma elaboração doutrinária do que realização pragmática; e elaboração pouco sistematizada, muito mais fruto da pregação dos doutrinadores de vária concepção e ideologia do que realização prática.

Começando com os pré-socialistas intervencionistas, como Sismonde de Sismondi e Dupon-White; passando aos socialistas de Estado ou de cátedra, como Wagner; aos idealistas — lembrando Platão — como Thomas Morus (Utopia), T. Campanella (Cidade do Sol), Morelly (Código da Natureza); aos autoritários, como Saint-Simon; aos associacionistas como Fourier (falanstério), Owen (New Harmony), Cabet (Icaria); aos anarquistas, como Godwin, Proudhon, Bakunine e Kroptkine; aos realistas, como Rodbertus (Jagetzov — coletivismo) e Lassale (lei de bronze dos salários).

Só então se chega a Marx, mas este, ainda que formulasse sua doutrina, não chegou nunca a fixar as características do regime que pregava. O mais que ele dizia, afirma Hayek, é como *não* seria a nova sociedade. Em sua obra não se encontra uma definição precisa dos princípios gerais da atividade econômica na sociedade socialista.

Não se preocupou ele com a previsão de como seria a sociedade socialista; interessava-lhe a derrogada do capitalismo e para isso edificou sua doutrina na luta de classes, no valor trabalho, na proletarização crescente e na tese catastrófica.

5 — Daí as crises por que passou a primeira sociedade socialista concreta ao se realizar, muito mais por experiência própria, partindo dos princípios ideológicos para a concretização pragmática.

O inicial comunismo de guerra (1917-1921), a Nova Economia Política (NEP — volta a princípios capitalistas, em 1928), o regime dos Planos qüinqüenais, que introduziram inúmeras modificações no primitivo coletivismo. Aliás, o próprio Lenine assinalava a coexistência na Rússia de então de cinco formas de organização econômica:

1) a economia patriarcal; 2) a pequena produção comercial; 3) a economia capitalista particular; 4) o capitalismo de Estado; 5) o socialismo.

Além dessa verificação, com o correr dos anos e as dificuldades surgidas, o coletivismo conheceu oposições e abrandamentos.

No livro recente de Eduard Schevarnadze ("L'avenir s'écrit liberté"), por exemplo, contam-se experiências que importavam quebra dos princípios coletivistas e marxistas, que ele mesmo admitiu no distrito de Abacha, no início dos anos 70 (p. 65 e segs), como ele mesmo diz, aumentando a produtividade, sem se afastar de Marx (p. 68).

Isso ocorreu em toda a União Soviética, desde a primeira hora, nas diversidades de seu imenso território e na complexidade de suas etnias, convivendo em nações distintas.

6 — Esperava-se que o comunismo (coletivismo soviético) resolvesse todos os problemas que o capitalismo enfrentava e ante os quais tantas vezes sucumbira: crises de superprodução ou de escassez, desemprego, miséria, fome.

Externamente pareceu que o conseguira.

Aos poucos, contudo, foi-se revelando a realidade soviética do "socialismo real": o crescimento e o fortalecimento gigantesco do Estado, a criação de uma casta privilegiada, a "nomenclatura" e a permanência (senão o agravamento) das dificuldades da população, cada vez mais miserável. Tudo isso comandado, com mão de ferro, pelos dirigentes, o primeiro dos quais, Stalin, deu o tom depois seguido pelos que lhes sucederam.

Enquanto o Estado soviético — a URSS — se apresentava externamente como grande potência mundial, dividindo com os Estados Unidos o predo-

mínio sobre as nações, na bipolarização que levou à "guerra fria", internamente sofria a desagregação a que a conduzia a crise do desperdício e do abuso, da injustiça social a que se submetera o povo soviético.

Com efeito, esse mais de meio século de coletivismo não foi suficiente para eliminar as deficiências da economia soviética, antes, ultimamente, ressurgiram com gravidade: a escassez de gêneros de primeira necessidade; o desemprego — a que se julgou estar imune a economia coletivista centralizada a planificada; a conseqüente queda do nível de vida das populações; as dificuldades internacionais — com a escassez de divisas; tudo suficiente para pôr em cheque a unidade do País, fazendo renovar velhas e árduas pendências regionais e étnicas, que se confiava estivessem mortas e sepultadas.

7 — Isso teve como conseqüência a mudança fundamental na orientação política e econômica da URSS, com a "glasnost" e a "perestroika" de M. Gorbachev.

No livro que lhe reúne o pensamento e a orientação ("Perestroika — Novas idéias para o meu País e o Mundo" — Editora Best Seller, 1987), por mais que negue seu desencanto com o socialismo e procure acenar com uma reorientação do sistema, não se recusa a reconhecer a necessidade de mudanças substanciais.

Após salientar a espetacular evolução da URSS, "Estado jovem, sem equivalente na história do mundo moderno", que se transformou numa das potências mais fortes do universo em substituição ao império russo atrasado, semicolonial e semifeudal (p.16), indica os males de que padecia o País: a perda do impulso, com os freqüentes insucessos econômicos, prejudicando o desenvolvimento sócio-econômico, com a diminuição do crescimento econômico (p. 17); a falta de bens, gastando muito mais em matérias-primas, energia e recursos por unidade produzida do que outras nações desenvolvidas (p. 18), afirmando: "A riqueza de nosso país em termos de recursos naturais e de mão de obra nos viciou e podemos dizer até que nos corrompeu. Na verdade, esta é a principal razão que possibilitou o desenvolvimento amplo de nossa economia durante décadas! (p. 18)

"Com o tempo, as reservas começaram a escassear e a ficar mais caras".

"O prestígio do trabalho consciencioso e de alta qualidade começou a diminuir, espalhando-se a mentalidade do *nivelamento de salários*" (p. 19).

"A queda das taxas de crescimento e a estagnação econômica acabaram por influenciar outros ângulos da sociedade soviética", relegada a esfera social a posições inferiores em relação a outras em termos de desenvolvimento tecnológico; garantindo empregos a todos e garantias sociais fundamentais, mas incapaz de satisfazer a outras exigências crescentes (habitação, qualidade e quantidade de alimentos, transportes adequados, assistência médica, educação etc.) (p. 19).

"A URSS, o maior produtor mundial de aço, matérias-primas, combustíveis e energia apresentava escassez de tais recursos, devido ao uso insuficiente ou ao desperdício" (p. 20).

"No campo ideológico o mecanismo paralisante criou mais resistência às tentativas de examinar construtivamente os problemas emergentes e as novas idéias"; "pensamento criativo expulso", "discussões científicas emasculadas".

Realidade sem problemas — "tiro pela culatra: havia uma cisão entre palavras e atos, que gerou uma passividade no público e a descrença nos lemas proclamados"; "hiato de credibilidade", "decadência moral pública", "alcoolismo, consumo de drogas e crimes aumentavam".

"Liderança do partido — frouxa"; "estagnação da liderança": "clima de vale-tudo", "negligenciando a disciplina e a responsabilidade" (p. 21/22).

"Desrespeito pela lei", "encorajamento de trapaças e suborno", servilismo e glorificação (p. 23)

"O País estava à beira de uma crise", "urgência de uma mudança total" (p. 23).

Esta a confissão dramática dos erros e desvios da experiência soviética, que nos interessa aqui (após o que vem a parte construtiva do discurso de Gorbatchev: a volta a Lenine, com mais socialismo e mais democracia etc):

Não poderia ser mais expressivo o reconhecimento do fracasso, ao lado, obviamente, da renovação dos êxitos alcançados (inegáveis e importantes).

"8 — Acontece — e aqui o que nos interessa — que a inviabilidade desse modelo coletivista fora apregoada insistentemente pelos neoliberais, ao salientarem o *irracional* da economia coletivista, pela ausência do *cálculo econômico*".

A verdade é que os marxistas nunca se interessaram pela realização concreta do regime que pregavam. Repetimos Hayek:

> "Marx mesmo não fazia senão menosprezar e tornar ridícula toda tentativa e que visasse a construir deliberadamente o plano de funcionamento de semelhante "utopia". Não é senão ocasionalmente e, ainda assim, sob a forma negativa, que encontramos em suas obras reflexões sobre *o que não seria* a nova sociedade. Em vão se procurará nos seus escritos uma definição precisa dos princípios gerais segundo os quais a atividade econômica da sociedade socialista se dirigiria" ("L'économie dirigée em regime colectiviste", p. 23).

E o problema do cálculo econômico em economia coletivista fora tratado desde, pelo menos, o início do século. Em 1902, na revista holandesa "De Economist", N.G. Pierson cuidava do "problema do valor numa comunidade socialista", suscitava-o e debatia (trabalho republicano em 1910).

Max Weber igualmente (obra póstuma, publicada em 1921); e na própria Rússia, em 1920, Boris Brutzkus chegava a conclusões semelhantes, sobre a "impossibilidade de cálculo racional numa economia dirigida do centro, onde os preços necessariamente faltam", como lembra Hayek.

Culminando com a lúcida análise de Ludwig von Mises ao afirmar que "sem cálculo econômico não há economia". "No conjunto, não se pode falar em produção racional. Não haveria nenhum meio de reconhecer o que é racional; assim, não se poderia mais dirigir conscientemente a produção submetendo-a às regras da eficácia econômica" (p. 119).

9 — O certo é que, sucumbindo o socialismo real, passou-se a cantar e apregoar a vitória definitiva do capitalismo, do neocapitalismo, o que mais ainda se acentuou com o esboroamento e o fim do coletivismo e da União Soviética.

A questão comporta, porém, análises profundas e difíceis, e, na realidade, pode conduzir a conseqüências imprevisíveis.

Ao estudioso, contudo, faculta-se, com base nos dados da análise a que procede, tirar ilações, conclusões e formular previsões. A previsão científica consiste precisamente em, com base nos dados reais colhidos e analisados, prever o que pode suceder se se mantiverem os mesmos fatores que forneceram os dados até então recolhidos. É científica na medida em que, fundando-se nesses dados reais comprovados, que marcam diretriz objetiva e segura, propicia a formulação de caminhos e orientação que, mantidos os dados conhecidos, levarão a conseqüências previsíveis.

10 — Há muito sustentamos que o capitalismo se *socializava* e o socialismo se *capitalizava*, tomadas essas expressões no sentido de que as conquistas de um influíram na orientação do outro, já que a realidade não obedece a teorias, doutrinas, ideologias, interesses e atua com as forças próprias na linha que naturalmente traça.

Em 1949, há, portanto, quarenta e três anos, em tese de concurso, sustentamo-lo, textualmente:

> "O que se nota, não há negar, é que o capitalismo atual aceitou inúmeras teses que a realidade lhe impôs. Não haveria exagero se se falasse em *socialização* do capitalismo. Como estamos longe do predomínio férreo do capital! Quantas as concessões feitas ao trabalho, inteligentemente, se não instintivamente, para subsistir!
>
> Da mesma maneira que o liberalismo político é, hoje em dia, doutrina intervencionista, em maior ou menor escala, o capitalismo é socialista, em maior ou menor grau.
>
> Por isso mesmo, a socialização do capitalismo impede o advento socialista. Enquanto, paralelamente, o socialismo se *capitaliza*, se mescla de princípios capitalistas, doutrinária e praticamente, como aquele socialismo que admite a apropriação privada dos meios de produção, em maior ou menor âmbito, e reconhece, expressamente o direito de propriedade" (cit. de Jean Hinous, "La querelle de la rationalisation", L.G.D.J., Paris, 1935, p. 118)."

Em 1957, em outro estudo, voltávamos à mesma tese, já agora lembrando que León Walras ("Etudes d'économie sociale" — Théorie de la repartition de la richesse sociale", ed. définitive par les soins de G. Leduc, F. Rouge & Cie. S.A. Lausanne — R. Pichon et R. Durand-Auzias — Paris, 1936, p. 3 e p. 180 e segs.), em cartas a E. Scherer e, depois, em busca de síntese, referia-se à conciliação do socialismo e do liberalismo, que Gaetan Pirou resumiu (in "Les Théories de l'equilibre économique — Walras et Pareto", 3ª ed., Ed. Domat-Montchréstien — Paris, 1946, p. 45), como sendo de um "socialismo liberal" ou de um "liberalismo social".

E afirmava eu (p. 48), textualmente:

> "Repetiríamos que o liberalismo se *socializa* enquanto o socialismo se *capitaliza*, ou se *liberaliza* (lembrando, em nota, citação de Alain Barrère, *in* "Théorie économique et impulsion keynesienne"): "ainsi le liberalisme sur sa forma revisée (néo-liberalisme) admite aujourd'hui, sous certaines conditions, des interventions de l'autorité publique; le socialisme intègre, par sa part, des eléments empruntés au sistème libéral."

Esta mesma afirmação, em termos semelhantes, vi depois repetidas inúmeras vezes e é possível que muitos, antes de mim, a tenham feito.

Agora, então, com os acontecimentos da União Soviética e o seu fim, ao lado dos que cantaram a vitória do capitalismo, a questão voltou a ter a atualidade das manchetes dos jornais e revistas.

11 — Se o problema, entretanto, está longe de ser resolvido, algumas conclusões, desde logo, se evidenciam. Do lado do socialismo real, pode dizer-se:

I — O coletivismo não deitou raízes profundas na União Soviética e é, na verdade, reminiscência perdida: o sistema viveu apenas na imposição das ordens estatais, sem que tenha conseguido vencer a força dos interesses individuais, que, de forma latente ou ostensiva (em alguns casos), se opuseram à sua vigência.

Na realidade, só predominou à força da imposição de Stalin, dos expurgos, das perseguições, hoje apregoadas pelos até há pouco defensores intransigentes do regime.

II — Enquanto a União Soviética progrediu espetacularmente como potência militar e atingiu a mais alta tecnologia, a população não usufruiu, na mesma proporção, dos bens da vida, antes se manteve à margem da grande maioria dos benefícios reservados à casta privilegiada dos dirigentes ("nomenclatura").

III — No aspecto social, o coletivismo fracassou na aspiração geral de proporcionar o bem coletivo, assegurar a justiça social, vencer a miséria e as desigualdades e, aos poucos, os mecanismos liberais (capitalistas) se foram insinuando na realidade soviética, que passou a conviver com experiências de apropriação individual e lucro, em formulações mais ou menos aparentes.

IV — Quando a abertura soviética permitiu ao povo o conhecimento cada vez mais ampliado da realidade ocidental, as dificuldades gerais do país levaram à insatisfação; e a "glasnost" e a "perestroika" acabaram suplantadas pelo ímpeto da reação, antes que, firmados os princípios, pudesse a realidade acompanhar as aspirações desencadeadas de melhoria individual e social.

V — A ausência dos mecanismos do mercado e do preço na URSS (cálculo econômico) tornaram irracional a economia soviética (como assinalado desde o início do século e admitido até mesmo por economistas russos).

12 — Por outro lado, o capitalismo ocidental, de sua vez, sofreu também, desde cedo, o impacto da profunda revisão de conceitos e, sobretudo, da doutrinação marxista e socialista, e não foi mais o mesmo, podendo notar-se as modificações evidentes.

I — O capitalismo sofreu a influência da pregação socialista e das reivindicações a que deu origem, abrandando, de início, a exploração do trabalho, valorizando-o, a seguir, para, já agora, reconhecer-lhe o papel necessário de agente produtivo.

II — O capitalismo compreendeu que não poderia empalmar todos os resultados e frutos do ato de produção, dependente da ação do trabalho e que convinha ceder às necessidades dos agentes, sob pena de pôr em risco a atividade produtiva.

III — Em conseqüência dessa valorização, as conquistas crescentes dos trabalhadores, cada vez mais aquinhoados na repartição dos frutos da produção, mais cônscios de seus direitos, mais reivindicantes e organizados, de tal forma que se caminha para uma repartição que cada vez atenda mais às exigências da justiça social.

IV — Fortalecidos os fornecedores do trabalho, organizados em associações, têm como fazer valer as suas pretensões, de tal forma que se apresentam em pé de igualdade com os dirigentes da empresa capitalista (nem sempre donos do capital), quando não os suplantem e lhes impõem condições, tendo como limite sua sobrevivência.

V — O próprio Estado, nos regimes capitalistas, a princípio alheio à

atuação econômica (estado liberal clássico) passou a interessar-se pela arbitragem dos conflitos entre capital e trabalho, atuando efetivamente.

Durante muito tempo, interferiu predominantemente na atividade econômica, dirigindo-a, programando-a e, até mesmo, submetendo-a ao seu comando; chegando, em alguns estágios, a dominá-la completamente (estados totalitários — nacional socialismo alemão, fascismo italiano, corporativismo português — além do coletivismo soviético).

Depois, reconhecida a inviabilidade desse domínio, a atuação do Estado tem obedecido a um recuo estratégico, retirando-se, gradativamente, dessa órbita de ação, que vai sendo reocupada pela iniciativa privada (entre nós, por exemplo). O fracasso da coletivização soviética teve efeito multiplicador nesse recuo, que se acelerou.

13 — Dito isto, é possível retirar algumas conclusões gerais sobre o que nos espera e é de prever-se sem dificuldade (por maiores os riscos das previsões, em geral, e das econômicas, em particular).

I — A realidade, alheia a teorias, doutrinas, ideologias, vai ditando a orientação a que os fatos conduzem, aparando arestas, desfazendo conflitos, combinando, excluindo, criando, em ação a que o homem não é alheio — porque sua atuação conta e influi — mas que não controla.

II — As características do homem, suas aspirações gerais, universais de ascensão, contam na formulação dos planos econômicos e são base do regime político e econômico. Não há como esquecer o interesse individual, o sentido da apropriação dos bens, o espírito do proveito (o lucro), como não há olvidar o anseio de liberdade, de auto-afirmação e senso de justiça; e, de outro lado, o espírito gregário, a solidariedade social, que atuam favoravelmente para a ação coletiva e propiciam o bem comum.

III — Constitui esse "animus" que leva à vida social o que, nas empresas, se chama a "affectio societatis", a afeição para com a sociedade, que faz que, acima e além dos interesses individuais dos que a compõem, surja o *interesse da sociedade*, que é distinto da soma dos interesses dos que a integram, mas é combinação deles, sedimentada e final.

IV — O individualismo pregava que se cada um defendesse o próprio interesse, afinal, o interesse de todos acabava satisfeito. Agora, diferentemente, esse "animus" societário acaba por preponderar, na própria necessidade de convivência: se cada um cuida apenas de seus interesses e conveniências, a vida social se faz impossível. Há que compatibilizar interesses individuais e sociais, como, elementarmente, se sabe. Para isso surgiu o Estado, na evolução primitiva. E não há como aboli-lo (a menos que o homem chegasse à perfeição de poder dirigir-se de acordo com o interesse geral, cônscio de todos os seus direitos e de todos os seus deveres, desnecessária a presença de qualquer constrangimento — a ausência de governo — a anarquia).

V — O novo sistema, portanto, há de fundar-se no tripé insubstituível:

a ação do homem individual, com seus egoísmos e interesses; que
a ação da sociedade impõe se restrinja às necessidades da convivência; que
a ação do Estado regulamenta, regra, normatiza, servindo de impedir abusos e desvios.

Nada diferente do que aconteceu até aqui. Apenas, após milênios de experiências, o homem reconhece que vive em sociedade e não pode encontrar realização (felicidade é o nome sonhado) sem atender à realização geral, global da sociedade.

E o Estado reconhece que não é entidade abstrata, além e acima do homem (individualmente considerado) e da sociedade (como *combinação* de homens), mas surgiu para atender-lhes às conveniências e aspirações e para servi-las.

14 — A experiência desses dois séculos de liberalismo ocidental e três quartos de século do coletivismo soviético, deixaram algumas lições que, independentemente de preocupações ideológicas, podem ser retiradas:

I — a liberdade de mercado é pressuposto essencial da ordem econômica, assegurando o livre exercício das forças econômicas em confronto, sendo insubstituível por mecanismos reguladores impostos pelo Estado. As forças do mercado acabam por impor-se aos comandos autoritários.

II — Pode impor-se aos homens durante algum tempo, muito tempo, talvez, o controle de sua atuação na ordem econômica e na vida social, mas não se lhes pode impor durante todo o tempo — como solução definitiva — que abram mão de seus interesses e conveniências, nem que abdiquem de sua liberdade de escolha e ação.

III — O Estado não tem força suficiente nem meios e competência para se substituir às forças do mercado e à vocação de escolha dos sujeitos econômicos, nem consegue dominá-los e anulá-los. Mais ou menos intensamente, em maior ou menor tempo, acabam por reagir e invalidar a rigidez dos controles, ainda que impostos pela força.

IV — A composição entre os interesses em choque na sociedade dá-se naturalmente, ainda que o Estado — como representante da sociedade — possa facilitá-la, embora não a possa impor nem lhe ditar regras, contornos e limites. Essa composição não se dá instantaneamente, nem tem prazo certo para efetivar-se, nem duração certa: a realidade a vai realizando à medida que as partes em confronto se dão conta de seus direitos e dos limites que têm, como de suas obrigações e extensão.

E o Estado atua coibindo excessos, impedindo abusos e, autorizado pela sociedade, corrigindo desvios.

Assim, quando uma das partes se recusa a aceitar a solução mais conveniente, o Estado — por seus órgãos, como o Poder Judiciário — arbitra as divergências e as dirime.

V — A ordem econômica, por isso mesmo, obedece à linha maior do mercado — mercado dos insumos, dos produtos, dos produtores, dos consumidores, dos prestadores de serviço, compondo-se no equilíbrio instável que caracteriza a atividade econômica, atuando como regulador o mecanismo dos preços; reconhecida a apropriação privada dos fatores de produção.

Apenas essa apropriação se fará cada vez mais em função social, por imposição da necessidade de atender aos interesses gerais.

VI — Com o avanço tecnológico em mercado de concorrência, o preço vai-se aproximando cada vez mais do custo de produção — na suposição apenas de que se remuneram os fatores de produção; e torna o lucro suficiente para estimular a continuidade da produção, mas não modo de exploração social.

Com isso, a empresa, sem deixar de ser o ponto de encontro dos fatores de produção e sem abdicar de suas características inovadoras, perde a condição da busca insaciável do lucro, para se contentar com o ganho que retribui a participação dos fatores, suficientemente, de modo que autorize a continuidade da tarefa produtiva.

VII — A preocupação com a remuneração dos fatores da produção se acentua, principalmente a do trabalho, porque não é ele apenas o agente da produção, mas o consumidor: quanto mais ganha, mais apto se torna para o consumo, reeditada a teoria do poder de compra de Henry Ford.

VIII — Por outro lado, os avanços tecnológicos diminuem cada vez mais o esforço físico dos trabalhadores, levando ao emprego mais acentuado da máquina e exigindo do trabalhador maior esforço mental — o que leva à necessidade de sua qualificação.

Se a substituição do homem pela máquina pode, de início, causar dificuldades — a começar do desemprego — a experiência com o surgimento da máquina — que nem por isso, tornou desnecessário o homem — não preocupa: a absorção dar-se-á naturalmente, como se tem dado, não obstante o crescente surto da maquinaria no mundo.

IX — Esse aperfeiçoamento tecnológico tem, aliás, como conseqüência, a diminuição dos custos de produção, facilitando a ampliação dos mercados.

Uma das conseqüências da ampliação da produção e dos mercados é a queda das barreiras ao comércio internacional.

Diga-se, aliás, que a tendência para a internacionalização da economia não é de agora. Há muito se vem tentando e não apenas nos avanços das empresas multinacionais ou transnacionais, como na própria vocação para a internacionalização dos mercados.

O passo mais importante foi a criação dos mercados regionais: o Mercado Comum Europeu, a EFTA, o COMECON (agora extinto com esboroamento do colosso soviético e países satélites), o Mercado Comum Sul-Americano, o Mercado Centro Americano e o Mercado Norte-Americano recente (Estados Unidos, Canadá e México), todas formas de ampliação e internacionalização dos mercados.

Nota-se, na evolução, a tendência à união desses mercados, de que exemplo a procura da unidade européia, com a união da CEE e a EFTA. Essa união para autodefesa de interesses comuns, e também forma de entendimento entre grandes blocos. Conseguido, leva ao entendimento universal: a união CEE-EFTA leva ao Mercado Atlântico, que buscará entender-se com o que os norte-americanos estruturam; e, por certo, este pelo menos, há de entender-se com o Centro Americano e acabará por tentar o Sul-Americano, de que o Mercosul é o embrião.

X — A universalização dos mercados — que é uma aventura em ampliação — não tem como retroceder: a universalização dos anseios de consumo; as facilidades que a produção em grande propicia; o entendimento de que o mundo não pode continuar dividido entre os que produzem e têm e os que não produzem, não têm e não podem consumir — em muito maior número — há de levar, necessariamente, mais cedo ou mais tarde, ao encontro de tendências e aspirações.

XI — As barreiras hão de diminuir e acabarão caindo, se o interesse dos desenvolvidos é o de que sua produção cada vez alcance áreas mais extensas de consumo; e os subdesenvolvidos são um extensíssimo mercado que convém explorar, ainda que haja que melhorar-lhes as condições de vida e subsistência.

XII — Uma das conseqüências dessa compreensão é a melhoria das relações capital-trabalho. Os trabalhadores são a grande massa consumidora, que convém manter, propiciando-lhes melhores condições, não apenas porque são o agente da produção, que deve estar em condições de atuar bem, como porque representam o consumo em grande escala.

XIII — Outra conseqüência é a melhoria da repartição das rendas na produção e no produto. Se há que valorizar o trabalhador — não apenas como agente da produção mas como consumidor — impõe-se atribuir-lhe na repartição do resultado da produção melhor participação.

XIV — Com o aumento do consumo e dos consumidores, o capital pode contentar-se com participação menor em cada produto, se o aumento do número de unidades produzidas lhe possibilita remuneração compensadora e se o barateamento do custo da produção autoriza essa queda.

XV — Esse custo de produção, aliás, tende a cair não apenas com o aumento da produtividade e o aumento da produção, mas com o aperfeiçoamento tecnológico que assegura o aproveitamento crescente de todas das matérias-primas, transformando rejeitos e excedentes em outros tantos produtos consumíveis.

XVI — Além disso, esse mesmo aperfeiçoamento tecnológico permitirá diminuir os efeitos dos desajustes cíclicos da economia: permitirá que a produção seja acelerada e aumentada nas crises de subprodução, ou controlada e diminuída nas de superprodução.

XVII — Mais ainda, um mecanismo deve ser estabelecido para suprir as falhas da distribuição conveniente, sobretudo para os subdesenvolvidos, vivendo (hoje) na miséria e na fome. Instaurar-se-ia mecanismo semelhante ao dos vasos comunicantes na economia internacional, possibilitando que o excesso da produção de uns aplacasse as faltas de produção de outros, como proposta pelo Brasil na Conferência Interparlamentar de Varsóvia.

XVIII — Outro problema antigo haverá de ser solucionado: o da moeda internacional. Após o reinado da libra e, agora, do dólar, sofrendo já o enfrentamento de outras moedas (como o yen e o marco, este, principalmente, na Europa, como "Sistema Monetário Europeu", em ação desde 1979, que o tornou moeda de referência na Europa, como acentua Michel Albert — "Capitalisme contre Capitalisme", Seuil, 1991, p. 150), caminhar-se-á para a criação de uma moeda internacionalmente aceita e que não se confunda com a moeda nacional privilegiada de um país. Passo decisivo está sendo dado na Europa com o anúncio da instituição do *ecu*, a ser implantado na Comunidade Econômica Européia, a partir de 1999. Vale dizer, o terceiro milênio começará com a unificação européia, ou, pelo menos, da Europa Ocidental, que, como um bloco, atuará na economia mundial.

XIX — E como não disporá das matérias-primas de que necessita, terá de entender-se com as economias sub ou menos desenvolvidas que as fornecerão.

Por outro lado, os Estados Unidos (com o Canadá e o México) e o Japão (com os tigres asiáticos) forçosamente terão de estabelecer "modus vivendi" nas relações internacionais, até que se consiga o entendimento.

Restam a América do Sul e a África, esta na condição de recém-saída de colonialismo e ainda influenciada pelas respectivas metrópoles.

A América, embora em atraso desigual (com as regiões mais ou menos desenvolvidas que a compõem) haverá de ser celeiro agrícola e de produtos sub ou semimanufaturados, até que se aproprie das tecnologias mais avançadas.

15 — Michel Albert, no seu livro recente ("Capitalisme contre Capitalisme", p. 7) começa por dizer:

> "Hoje, e pela primeira vez na História, o capitalismo ganhou, verdadeiramente. Em toda a linha. É uma questão acabada. Talvez a maior questão do século".

Vitória, diz, com base trinária:

> "Capitalismo, isto é, livre fixação dos preços no mercado e a livre propriedade dos meios de produção...; os direitos do homem e, para começar, a liberdade de consciência; a evolução progressiva para a separação dos poderes e a democracia" (p. 9).

Não temos dúvida em acolher esse *sistema*, proposto: engloba ele, em boa parte, os elementos econômicos e políticos preponderantes que, segundo também nos parece, informam a realidade que vai prevalecer no regime político econômico que, afirmamos, se está desenhando.

Após considerar total a vitória do capitalismo, interroga-se, porém Michel Albert qual o capitalismo, se é ele "múltiplo, complexo como a vida", "não uma ideologia, mas uma prática" (p. 21).

Desvela, então, numa primeira aproximação, o modelo anglo-saxão e o modelo germano-nipônico, que, depois transforma em modelo *neo-americano* e modelo *renano*: aquele, fundado no êxito individual e no proveito financeiro a curto prazo; este, valorizando o êxito coletivo, o consenso, a preocupação da longa duração (p. 25). Para afirmar, em seguida, que veremos o novo combate ideológico não mais entre capitalismo e comunismo, mas entre capitalismo neo-americano e capitalismo renano: "guerra subterrânea, violenta, implacável, mas aveludada e mesmo hipócrita, como são, na mesma igreja, todas as guerras de capelas. Uma guerra de irmãos inimigos, armados de dois modelos nascidos de um mesmo sistema, portadores de duas lógicas antagonistas do capitalismo no seio de um mesmo liberalismo".

"E talvez mesmo se vejam dois sistemas de valores que se opõem quanto ao lugar do homem na empresa, ao lugar do mercado na sociedade e ao papel da ordem legal na economia internacional" (p. 26).

Michel Albert conclui pela superioridade do modelo *renano*, mais eficaz e mais justo. Salienta o predomínio dos aspectos e valores sociais do modelo renano, em comparação com o neo-americano, menos preocupado com o dinheiro e mais com outros bens, igualmente ponderáveis. Tomemos alguns dados, resumidamente, no capitalismo renano, como acentuados por Michel Albert:

— preocupação com aspectos sociais (habitação, saúde, ensino) sem dar prevalência ao dinheiro e ao espírito de ganho;

— a busca do consenso, às vezes, da cogestão, que associa acionistas, patrões, quadros e sindicatos — a corresponsabilidade (*Mitbestimmung* da lei alemã de 1976, p. 131/132);

— a fidelidade à empresa e à formação profissional;

— sindicatos possantes e responsáveis;

— a prevalência do interesse coletivo sobre os individuais (p. 145);

— a capacidade de poupar (p. 166);

— o grau de seguridade social (p. 169);

— redução das desigualdades sociais;

— a abertura social — possibilidade de ascensão.

Não obstante a superioridade do modelo renano, sofre ele a influência do modelo neo-americano e recua (p. 193), ainda que deva acabar por prevalecer.

Não temos, porém, dúvida em afirmar que essa aspiração pela eficácia econômica, estabilidade monetária e eqüidade e justiça social acabará por predominar, apregoada pela orientação tradicional da Igreja Católica, há mais de um século, e que se fez a inspiração permanente dos movimentos trabalhistas, em todo o mundo, até atingir o estágio atual.

Convém, aliás, lembrar que a evolução da pregação socialista, desde a ditadura do proletariado, foi-se abrandando para assumir a fórmula civilizada da igualdade de tratamento, agregando à liberdade democrática a aspiração de igualdade, para, afinal, consubstanciar-se na fórmula feliz da justiça social.

E com a ruína do socialismo real na União Soviética, voltaram os pregoeiros das reformas ao socialismo ideal, à velha aspiração da melhoria das relações sociais e do nível de vida das massas trabalhadoras, o que não é privilégio dos socialismos, mas aspiração de todos os que aceitam e compreendem a dignidade da pessoa humana. Não querendo confessar a derrota de sua ideologia, têm de continuar a investir na pregação dos ideais que difundiam e que, na realização real, fracassou.

16 — Numa conclusão geral, poderíamos dizer que se pode prever, no plano econômico:

I — O predomínio de regime combinando elementos do *individual* e do *social* — o *societarismo* ou *societismo*: o que, em direito, se denomina a "*affectio societatis*" — a afeição para a vida em sociedade, a vocação, a vontade para a integração social, o "animus", o elemento subjetivo que leva o indivíduo a se integrar no meio social, fazendo-se parte *indissociável* dele, a ponto de tornar a busca do interesse social obra comum. E o resultado da soma dessas vontades individuais não é o simples somatório das vontades, mas representa categoria distinta e superior a ele. O sentimento individual e coletivo de pertencer à sociedade como um todo e a busca da melhoria das condições sociais — a justiça social — reconhecido que estamos num mundo só, uma aldeia global, que não há mal de muitos e bem de poucos, mas bem de todos, como aspiração maior a mover a atuação dos governos e dos povos.

II — Em conseqüência, a busca da justiça social, reconhecidos os direitos de capital e trabalho, com a melhoria da participação nos frutos da produção e a compreensão do direito do capital ao proveito pela iniciativa, inovação e risco.

III — A empresa como unidade fundamental econômica em busca de sua funcionalidade, exercendo papel regulador do equilíbrio geral, cada vez mais amplamente.

IV — A valorização associativa de patrões e empregados, facilitando o entendimento entre grandes conglomerados, antes dispersos. Em conseqüência, a melhoria das condições dos trabalhadores, não apenas como agentes de produção, mas consumidores.

V — A universalização dos mercados regionais (CEE, EFTA, Norte-americano, MERCOSUL etc.), passando ao entendimento entre eles, e afinal, à *racionalização* dos mercados, com a produção comandada de acordo com as necessidades — possibilitado esse comando pela instantaneidade das comunicações.

VI — A criação de uma moeda universal, comum, abolidas — apenas, a princípio, nas relações comerciais globais — as moedas nacionais (dólar, libra, yen, marco), de que é molde e precursor o *ecu* (da CEE), a ser controlada por um banco central universal (como já previsto anteriormente, quando das discussões de Bretton Woods, por exemplo).

VII — O estabelecimento — de início — de um mecanismo de vasos comunicantes na economia internacional, pela qual os excessos (ocasionais) da produção de uns sejam destinados às carências de outros, segundo critérios de necessidade e conveniência.

17 — No plano político:

I — A universalização da democracia, com a asseguração da liberdade e da mobilidade social, em busca da igualdade, abolidos os privilégios de toda natureza e reconhecido que o autoritarismo não atende às aspirações humanas.

II — A democracia — com a ampliação da participação do povo, convocado a escolher os governantes e a atuar na vida política, nas organizações partidárias, na legitimação da atividade política.

III — O Estado — como assegurador da liberdade e da igualdade, alheio, em regra, à atividade econômica, intervindo apenas para:

a) impedir abusos e desvios da concorrência e da prestação de serviços;

b) facilitar aos menos favorecidos a prestação dos serviços essenciais: habitação, saúde, ensino, alimentação, transporte;

c) estimular a utilização de conhecimentos e técnicas na gestão da atividade social, em geral;

d) impedir o abuso (uso predatório) do meio ambiente, em defesa da Humanidade.

Com isso, teremos o Estado supervisor, gerente, sábio, apto a enfrentar e resolver as responsabilidade a que deve atender; Estado que não será alheio às considerações éticas sobre o destino do aglomerado social. Antes, fará dele sua preocupação única.

PLANEJAMENTO URBANO

RICARDO PEREIRA LIRA

I

A VIOLÊNCIA NO CAMPO E NA CIDADE

1.1. Há muitos anos nos preocupa a questão da violência no campo, bem como a questão da violência na cidade, cuja solução, a longo prazo, impõe a nosso ver estruturalmente a decisão articulada de implementar, nesse país, a Reforma Agrária e a Reforma Urbana.

Desde a Universidade, em Conferências Nacionais da OAB realizadas anteriormente, em ensaios publicados em revistas técnicas, em conferências pronunciadas no exterior, vimos, modestamente, focalizando o tema, procurando aventar-lhe o rumo, no viés interdisciplinar, conseqüentemente através também do prisma jurídico.

Obtivemos em fins de 1979 a titularidade de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro com a tese "O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral)", advogando a conveniência do restabelecimento em nosso ordenamento jurídico do direito de superfície, em sua versão contemporânea, identificando uma propriedade superficiária distinta da propriedade do solo, por força de um título negocial entre o *dominus soli* e o autor da construção ou plantação[1].

Pouco depois, na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, reunida em Manaus, de 18 a 22 de maio de 1980, atendendo a honra do convite dos colegas, apresentava tese com que completávamos o trabalho universitário anterior, explicitando as soluções do direito comparado e ofere-

1 LIRA, Ricardo Pereira "O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral)", *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 35, p. 1 e segs.

cendo texto completo com que, em nosso entendimento, se deveria restabelecer o direito de superfície em nosso sistema. As conclusões da tese mereceram aprovação na sessão plenária de encerramento nos seguintes termos: "1. O Direito de Superfície é uma categoria relevante do ponto de vista jurídico e social, que deve ser restabelecida em nosso direito positivo, entre os direitos reais, apresentando-se inclusive como alternativa válida na implantação de uma política racional de controle do uso do solo urbano e na solução do problema da reforma agrária e proteção do homem do campo, que constrói e planta, matéria essencialmente ligada às condições elementares da liberdade do homem. 2. O texto do Projeto de Lei nº 634, de 1975, relativo à reforma do Código Civil, que, nos artigos 1263, II e 1401/1408, contempla e disciplina o Direito de Superfície, pode ser aperfeiçoado, devendo a matéria ser editada sob a forma de lei extravagante, nos termos do anteprojeto elaborado pelo tesista e que se encontra inserido no corpo de seu trabalho".[2]

Tivemos a honra de ser um dos idealizadores de um curso de pós-graduação, em nível de mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com área de concentração em Direito da Cidade, destinado à preparação de pessoal altamente qualificado para atividades de ensino e pesquisa, à preparação de pessoal para assessoramento de serviços na área de Direito Urbano, à preparação de pessoal que contribua para a expansão e produção de conhecimento em Direito Urbano, de tal sorte que conduzam a uma efetiva participação no desenvolvimento integral do país. O curso está em pleno funcionamento e já começa a produzir seus primeiros frutos.

Entendemos que violência urbana e violência no campo são problemas que só podem merecer tratamento de forma simultânea e decisiva e de maneira estrutural.

Por força dessa razão apresentamos como capítulo introdutório do presente estudo as duas questões, embora a temática que me tenha sido proposta seja a do planejamento urbano.

1.2 Fixemo-nos, inicialmente, na violência no campo. Pensamos que o modelo acentuadamente concentracionista caracterizador da terra agrária no Brasil se encontra no fracassado sesmarialismo que Portugal tentou implantar na então colônia.[3]

A situação fática não se terá alterado substancialmente quando se compare

2 Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados, 18/12 maio de 1980, p. 305/336 e Revista de Direito Administrativo, vol. 143, p. 1 e segs.

3 LIRA, Ricardo Pereira, "Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro", Gráfica Riex Editora S.A., texto cursivo de conferência pronunciada na comemoração dos 700 anos da Università Degli Stude di Macerata, Itália, em 9 de maio de 1991.

a realidade atual com a que está referida na Mensagem nº 33, de 26 de outubro de 1964, com que o Governo Federal, de então, remeteu à consideração dos congressistas o projeto do Estatuto da Terra:

> "10. ...só se vêm agravando as contradições e desigualdades da estrutura agrária no Brasil. Dados colhidos no Censo Agrícola de 1960 demonstram que menos de 1% dos estabelecimentos absorve a metade da área total: ao revés, mais de 50% dos pequenos imóveis rurais ocupam menos de um quarto dessa área. Comparativamente à situação verificada pelo Censo Agrícola de 1950, a posição relativa dos estabelecimentos de menos de 100 hectares permaneceu mais ou menos a mesma, enquanto aumentou o número de propriedades de menos de 10 hectares, revelando um desfavorável parcelamento dos estabelecimentos de dimensões médias.
>
> Essa distorção fundiária pode ser ainda avaliada pelo aumento da percentagem da área ocupada pelos estabelecimentos rurais que se enquadrem nos extremos das classes de área.
>
> Dados referentes ao último período intercensitário revelam, na verdade, um inconveniente aumento da ocupação de área tanto no que tange às propriedades com área superior a 10.000 ha, como nos estabelecimentos com superfícies inferiores a 10 ha.
>
> Particularmente com relação a estes últimos, o aumento verificado — mais de 76% — identifica uma inconveniente anomalia estrutural que cabe a uma Reforma Agrária corrigir."

Prossegue a exposição de motivos:

> "11. O quadro se completa pela precariedade das condições existentes no meio agrário: uma elevada percentagem da população dependente da atividade agrícola; níveis de tecnologia e de mecanização bastante reduzidos, pequena área cultivada por trabalhador ocupado; condições de vida das mais precárias, no que se refere à habitação, educação e nível sanitário. Por isso mesmo é reduzidíssima a produtividade e rentabilidade 'per capita' do meio rural brasileiro, bastando que se atende à seguinte relação: no Brasil um indivíduo ativo na agricultura provê alimentos para cinco outros, enquanto que na França, Canadá e Estados Unidos a mesma relação é de um para dez, um para vinte e um para trinta, respectivamente."

O texto passa a fazer penetrante observação:

"12. O problema agrava-se agudamente com a crescente industrialização do País e com a concentração populacional nos grandes centros urbanos. Toda essa população, absorvida no trabalho urbano cria exigências cada vez maiores de suprimento de alimentos, demandando uma organização mais sistematizada de sua produção, transporte e distribuição. Em contraposição o crescimento da população industrial gera a necessidade de alargamento do mercado consumidor ou seja a incorporação de novas áreas da população ao consumo dos produtos industriais, o que se obterá pela elevação dos padrões econômicos da população rural, facultando-lhe poder aquisitivo para acesso aos produtos manufaturados. *A interdependência entre campo e meio urbano e industrial é contingência do próprio desenvolvimento econômico do País, e essa interdependência traduz-se nos seguintes aspectos fundamentais do processo de crescimento e integração nacionais, dando à Política de Desenvolvimento Rural várias e insubstituíveis atribuições*: (O grifo é nosso).

a) suprir a base alimentar indispensável à intensificação da cidade urbana e industrial;

b) concorrer com produtos de exportação mais diversificados para ajudar o equilíbrio do balanço de pagamentos;

c) criar, pela elevação do nível de vida no meio rural, um alargamento do mercado interno de consumo para absorver o crescimento da produção industrial do País;

d) concorrer para que se estabeleça um equilíbrio nas migrações entre campo e cidade, tanto pela criação nas áreas urbanas de empregos para absorver a mão-de-obra liberada do campo pela introdução da tecnologia, como pela ampliação das fronteiras agrícolas para a colocação de parte da mão-de-obra anualmente acrescida pelo incremento demográfico;

e) fixar, na vastidão do território nacional, núcleos de atividade permanente, concorrendo para a regularização do trabalho no campo e para a progressiva absorção de técnicas que só a continuidade e a tradição agrária possibilitam."

Continua o texto:

"13. Impossível é dissociar-se o baixo nível da produtividade agrícola do País do sistema de propriedade, posse e uso da terra. As relações de trabalho ligam-se, como não poderia deixar de ser, às condições em que ele se exerce. Não havendo estímulos especiais para o aumento da produtividade, não recebendo o trabalhador agrário, via de regra, retribuição proporcional ao acréscimo da lucratividade, o desestímulo é conseqüência inevitável. A propriedade da terra, ao invés de se ligar à sua exploração agrícola, à sua utilização, converte-se na apropriação com intuito especulativo. Ao invés de buscar os frutos da terra, o proprietário rural não raro contenta-se em deixá-la com reduzida ou inexistente produtividade, visando apenas a valorização fundiária como decorrência do progresso geral do País, pela abertura de novas vias de comunicação, pela criação de novas localidades, vilas ou cidades, pela difusão dos vários meios de progresso como a eletrificação, os grandes açudes e barragens, nas obras públicas em geral ou o influxo indireto de outras atividades. Mantendo a terra inativa ou mal aproveitada, o proprietário absentista ou descuidado veda ou dificulta o acesso dos trabalhadores da terra ao meio de que necessitam para viver e produzir.

14. Impossibilitado de ter acesso à terra própria, além da produtividade reduzida, o trabalhador rural não cria para si as condições de melhoria de padrão de vida. Não introduz práticas novas, não absorve qualquer técnica tendente a aumentar a produtividade. Sem possuir terra não pode exigir concessão de facilidades creditícias da assistência técnica, da mecanização, do aperfeiçoamento, do sistema de escoamento dos produtos agrícolas. A experiência universal mostra que a modificação da estrutura agrária dos países que realizaram reformas agrárias bem-sucedidas, cria condições novas para o trabalho rural e força a modificação dos sistemas creditícios, assistencial e de mecanização."

1.2.1 Essa estrutura agrária dilacerante explica, em toda a sua clareza, a situação descrita pelo jurista Dr. HERMANN ASSIS BAETA, insigne Presidente do Conselho Federal da OAB (biênio 1985/87), em conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1993[4], onde S. Exª enfoca, com a sua autoridade de *battônier* e testemunha ocular a profunda violência dominante na área conhecida como "Bico do Papagaio", teve S. Exª a louvável iniciativa de realizar três ENCONTROS SOBRE VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS.

É importante fixar as palavras do então Presidente Dr. HERMANN ASSIS BAETA, sobre os três mencionados encontros.

4 BAETA, Hermann Assis, "Violência no Campo e na Cidade", Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano XXVI, nº 79, 1º de setembro de 1993, p. 53/70.

Diz S. Exª: "O I ENCONTRO SOBRE VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS, em Imperatriz, serviu para surpresa nossa, para detectar a violência e os atos criminosos que na região eram tidos como corriqueiros e habituais, e apresentavam o Município como um dos mais violentos do País, onde segundo denúncia de líderes e representantes comunitários, imperava ostensivamente um verdadeiro 'Sindicato da Morte'. Eram comuns e rotineiros os crimes de encomenda, os homicídios passionais de mulheres, as mortes por motivos fúteis e as violências e homicídios resultantes da questão fundiária.

Refere o eminente conferencista que as condições de repressão dos crimes praticados e da efetividade de uma política judiciária no local eram praticamente inexistentes.

"O II ENCONTRO SOBRE VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS, em Marabá, território onde predominavam os garimpos da Serra Pelada e onde estava sediado o GETAT, em cujo auditório realizamos as sessões, contribuiu também para aclarar algumas questões."

Ocorrera uma chacina na Fazenda Princesa, em que cinco trabalhadores rurais foram exterminados, assassinados a bala, depois de amarrados a um formigueiro, sendo enfim jogados ao rio. A Comarca de Marabá só dispunha de duas juízas e três promotores, quando o volume de ações exigiria muito mais. Há mais de dez anos o Tribunal do júri não se reunia. Os juízes e promotores públicos viviam ameaçados pelos pistoleiros, registrando-se uma média de dois homicídios diários.

No TERCEIRO e último ENCONTRO, em Araguaína, podia inferir a predominância dos conflitos tendo por objeto a propriedade e posse da terra, mas perdurando sempre "a odiosa cumplicidade entre o crime de encomenda e a impunidade de seus autores".

"Verificou-se, por fim, que a violência e a criminalidade originadas nas questões fundiárias vinham crescendo a níveis assustadores 'em face da lamentável indefinição do Governo Federal na execução da Reforma Agrária', proporcionando expectativas nos diversos setores interessados e gerando maiores tensões no campo."

Prossegue o Presidente BAETA: "E, por mais paradoxal que pareça, sentimos a gravidade da situação rural quando obtínhamos notícias e provas sobre o que estava acontecendo com os próprios advogados que postulavam os direitos de seus clientes, envolvidos nas relações da propriedade fundiária. De quando em vez um advogado tombava assassinado ou era vítima de tentativa de homicídio, lesão corporal, invasão de domicílio ou de seu escritório e de perseguições, em razão do estrito exercício profissional."

"Em relação publicada no livro-documento da OAB, prossegue o Presidente BAETA, esse número atinge o total de 29 homicídios e 15 tentativas de homicídios. Atualmente, os homicídios perfazem o total de 50. No mesmo

documento, registrou-se o montante de 222, entre posseiros, trabalhadores e sindicalistas. Hoje o número alcança a cifra de 1684, entre mortos e desaparecidos, incluindo-se as mortes a partir de 1964" (JB 10/11/92).

1.3. Quanto à questão urbana, inexiste a mais mínima dúvida de que a ocupação do solo, nas aglomerações urbanas brasileiras se processa da forma a mais iníqua e dilacerante, desenhando quadro caracterizado por fortes traços de violência.[5]

Permitimo-nos reproduzir algumas observações de ensaio anterior de nossa autoria.

Anotam os especialistas que "a distribuição especial da população no quadro deste crescimento caótico reflete a condição social dos habitantes da cidade, espelhando ao nível do espaço a segregação imperante no âmbito das relações econômicas" ("Espoliação Urbana", Ed. Paz e Terra, 1979, p. 30; LUCIO KOWARICK).

Embora o crescimento populacional brasileiro, nos últimos anos, possa não vir ocorrendo na mesma intensidade anterior, permanecem as migrações campo-cidade, embora observados fluxos diversificados direcionalmente.

Permanece verdadeira, assim, a observação de que as aglomerações urbanas continuam crescendo e de forma iníqua, dominante o *princípio da segregação residencial.*

Por força desse princípio, as populações carentes, predominantemente vindas do campo e até mesmo de áreas urbanas menos atendidas, em virtude da valorização do centro urbano, inclusive pela prática das renovações urbanísticas, se assentam nas periferias.

Aludindo especificamente a São Paulo, anota LUCIO KOWARICK:

"...o vertiginoso crescimento demográfico da região, que entre 1960/70 foi de 5,5% ao ano, conjugado ao processo de retenção dos terrenos à espera de valorização, levou ao surgimento de bairros cada vez mais distantes. Amontoam-se populações em áreas longínquas, afastadas dos locais de trabalho, impondo-se distâncias de deslocamento cada vez maiores. Acentua-se o processo de criação de cidades-dormitórios, verdadeiros acampamentos desprovidos de infra-estrutura"(op. cit., p. 34).

Anota o sociólogo, sempre aludindo a São Paulo:

"Em 1968 havia 7 milhões de deslocamentos diários, cifra que em 1974 passa para 13,9 milhões. Contudo, o importante a ressaltar é a modalidade como se efetuam esses percursos diários. De um lado sob a forma de transporte individual: são os grupos abastados, possuidores de automóveis, cuja média

5 LIRA, Ricardo Pereira, "O Uso do Solo Urbano e a Criminalidade", *in* Temas Atuais do Direito Brasileiro, 1ª série, Ed. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1987, p. 144/153.

de ocupação é de 1,3 pessoa por veículo. Do outro, o transporte de massa, através de ônibus que transportam 6,8 milhões de passageiros, carregando nos momentos de maior afluência cerca de 130 passageiros por veículo, o dobro da lotação máxima prevista. O transporte ferroviário de subúrbio conduz 900.000 passageiros por dia: é o cotidiano dos "pingentes", ou seja, 700 usuários que duas vezes ao dia abarrotam uma composição que não deveria receber mais de 300 passageiros (ob. cit., p. 35).

"A exasperação oriunda de congestionamento, buzinas, falta de estacionamento, tensão decorrente do atropelo do tráfego e até a dificuldade de cobrir distâncias crescentes afetam as pessoas que se locomovem em seus automóveis".

Os problemas mais cruciais afligem os usuários dos transportes coletivos: filas, superlotação, atrasos, perdas dos dias de trabalho e, às vezes, as fúrias das depredações, que não constituem simplesmente "problemas de trânsito" na malha urbana.

O trabalhador, "submetido à engrenagem econômica da qual não pode escapar, para reproduzir a sua condição de assalariado e de morador urbano, sujeita-se a um tempo de fadiga que constitui um fator adicional do esgotamento da energia que tem a oferecer: sua força de trabalho" (op. cit., p. 36)."

LUCIO KOWARICK e CLARA ANT, no seu estudo "Violência: Reflexões sobre a Banalidade do Cotidiano em São Paulo" (*in* "Violência e Cidade — Debates Urbanos 2") oferecem dados impressionantes sobre a rotinização do medo na vida urbana, o medo de ser assaltado, o medo de chamar a polícia, o medo de dar "carona", o medo de falar a estranhos na rua, o medo da rutura das relações primárias (separação definitiva da família), medo de ficar sozinho, de andar nas ruas, de ajudar pessoas machucadas.

Apontam ainda o impressionante percentual de pessoas que se declaram capazes de matar, de provocar um acidente propositalmente, se assumem capazes de suicidar-se e de perpetrar linchamentos!

Esses dados evidenciam o alto grau de agressividade latente nos grandes centros urbanos, cuja população superdimensionada está assentada irregularmente e em condições de absoluta iniqüidade.

É evidente que essas são circunstâncias claramente criminógenas.

ANTONIO LUIZ PAIXÃO, no trabalho "Crimes e Criminosos em Belo Horizonte: Uma Exposição Inicial das Estatísticas Oficiais de Criminalidade" (pesquisa desenvolvida pelo autor na Fundação João Pinheiro) demonstra que há um sólido consenso — a nível tanto dos cientistas sociais quanto das organizações de controle da opinião pública em geral — em torno da associação entre processos rápidos de industrialização e urbanização e o incremento nas taxas de criminalidade e violência. Afirma que "a lógica de

argumento é bastante forte: processos rápidos de urbanização e industrialização provocam fortes movimentos migratórios, concentrando amplas massas isoladas (ou seja, carentes dos controles sociais espontâneos próprios da família, da comunidade ou da religião) nas periferias dos grandes centros urbanos, sob condições de extrema pobreza e desorganização social e expostas a novos comportamentos e a aspirações mais elevadas, inconsistentes com as alternativas institucionais de satisfação disponíveis" (*in* "Violência e Cidade, Debates Urbanos", ed. 1981, Ed. Zahar, p. 81/2).

O Professsor VIRGÍLIO DONICCI, eminente jurista dedicado à matéria, em seu trabalho "A Criminalidade no Brasil (Meio Milênio de Repressão)", Ed. Forense, 1984, também indica a concentração populacional desordenada nas regiões urbanas como uma das causas do aumento da criminalidade.

Os dados oferecidos pela mídia na cidade do Rio de Janeiro confirmam o incremento da notória violência urbana que preocupa seus habitantes (*in* "O Globo", de 21.07.1994).

Números divulgados pelo Hospital Municipal Miguel Couto deixam ver o aumento de pacientes atendidos em virtude de ferimento causado por arma de fogo:

Ano	*Nº de atendimento*
1985	80
1986	82
1987	144
1988	252
1989	265
1990	271
1991	319
1992	375
1993	391
1º sem. 1994	251

II

OS RECLAMOS PARA PLANEJAMENTOS URBANOS EFICAZES

2. É evidente que, no presente estudo, estamos tratando de causas primariamente estruturais, e não de causas também estruturais (corrupção policial, desprestígio das instituições públicas, legislação repressiva leniente quanto aos crimes dolosos e desnecessariamente abrangente quanto aos crimes cul-

posos, suscetíveis de apenação por processos alternativos e pedagógicos, controle dos morros e favelas da Cidade do Rio de Janeiro pela rede de narcotráfico), mas cuja solução e estudo fogem ao âmbito do presente trabalho.

O de que desejamos cuidar é dos remédios destinados a resolver a questão da comprometida estrutura concentracionista agrária do país, acompanhada de uma séria e conseqüente política agrícola, bem como a resolver a chamada questão urbana.

E nesse passo, gostaríamos de deixar claro que só através de um planejamento agrário (questão fundiária + política agrícola), implantado *ARTICULADAMENTE* com os planejamentos urbanos, poderia talvez trazer a médio prazo alguns frutos positivos.

2.1 Importa salientar que, em princípio, na aparência a Constituição Federal de 1988 teria constituído um passo positivo no sentido de efetivamente implantar-se no país a Reforma Agrária.

Já afirmáramos alhures[6] que o segmento conservador dos constituintes de 1988 conseguiu que se não introduzisse, em momento algum, no texto constitucional a expressão "latifúndio", declarando a Carta em vigor que "são insuscetíveis de desapropriação para fins de Reforma Agrária a pequena e média propriedade rural, *assim definida em lei*, desde que seu proprietário não possua outra, bem como é também insuscetível de desapropriação para esse fim a propriedade produtiva.

Por conseguinte, o texto constitucional deixou expressamente à lei ordinária definir o que seja "pequena e média propriedade rural" e também o que seja "propriedade produtiva".

Por outro lado, para fins do pagamento da indenização por títulos da dívida agrária o texto constitucional falava em um *procedimento contraditório especial, de rito sumário*, com o qual não se apresentava compatível o texto do Decreto-lei 554, de 25 de abril de 1969.

Em últimas palavras, o texto constitucional, apesar das aparências, trazia enormes embaraços à concretização da Reforma Agrária, e, sobretudo, desapropriação por títulos da dívida agrária.

Ao contrário do que se imaginava, com a Constituição de 1988 a questão da implementação da Reforma Agrária não continuou a ser apenas uma questão de decisão política. O texto constitucional trouxe entraves substanciais que só agora, mais recentemente, vieram de ser resolvidos por leis promulgadas pelo Presidente Itamar Franco: (a) Lei nº 8629, de 26 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativas à Reforma Agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal de 1988; (b) Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de Reforma Agrária.

6 LIRA, Ricardo Pereira, "Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico", p. 33.

Voltamos assim a poder afirmar que a questão da Reforma Agrária é mera decisão política de querer implantá-la.

3. O mesmo não se passa com a Reforma Urbana.

Aqui a Constituição de 1988 avançou muito e pela primeira vez a Cidade foi alçada ao patamar constitucional, prevendo-se que as cidades com mais de vinte mil habitantes tenham um plano diretor obrigatório, aprovado pela Câmara Municipal.

Mas o planejamento urbano se afigura algo mais complexo. Há de partir das diretrizes federais para o desenvolvimento urbano inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, inciso XX, da Constituição Federal), passando pela competência concorrente da União, de um lado, dos Estados e Distrito Federal, do outro, para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, inciso I, *in fine*, da Constituição de 1988), limitada a União no âmbito da legislação concorrente a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, da Constituição de 1988), e ainda pela competência dos Estados, mediante lei complementar, de instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º, da Constituição Federal).

Já agora se tem, no plano dos municípios, a competência para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da Constituição). No tocante à competência tributária dos municípios, a tributação da propriedade predial e territorial urbana poderá ser progressiva, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (art. 156, § 1º, da Constituição), cujos contornos estarão definidos no plano diretor (art. 182, § 2º, da Constituição Federal).

O que desejamos tornar claro é que a questão agrária (e aqui nos referimos não apenas à questão fundiária, mas também à política agrícola — subsídios ao pequeno agricultor, escoamento da produção, sistema viário, inclusive estradas vicinais, sistema de silagem, etc...) e a questão urbana devem estar articuladas, sob o manto indicador das diretrizes federais já mencionadas.

Entendemos que, ressalvados alguns excessos, e observados os substitutivos já apresentados na Câmara dos Deputados, pode ser recebido como constituindo essas diretrizes nacionais o Projeto de Lei nº 775, de 1933, que

dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano e dá outras providências, remetido ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, pela Mensagem nº 155, de 1983, do Presidente da República de então.

O planejamento urbano municipal precisa de alguns instrumentos jurídicos que só podem estar nestas diretrizes federais, por força do monopólio legislativo que a União Federal detém no que toca ao direito civil e conseqüentemente à definição do conteúdo e substância da propriedade, em última análise à fixação dos contornos da senhoria e até mesmo da posse. São exemplos disso a necessidade da regulamentação federal do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, do direito de perempção, de alguns novos instrumentos de regularização fundiária (como, por exemplo, uma legislação especial do usucapião relativo a glebas de assentamentos de população carente, mais ágil, expedito e plástico) e, por que não dizê-lo, a disciplina do próprio direito de superfície, que, do ponto de vista urbanístico, pode tornar-se de significativa utilidade.

Vários municípios brasileiros já aprovaram utilmente os seus planos diretores, mas em vários momentos esses planejamentos se autolimitam deixando sua eficácia na dependência de leis de iniciativa do Executivo Municipal. Por outro lado, aguardam definições que se encontram na seara da competência federal.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que, quanto à questão urbana, no que concerne à política urbana, a Constituição Federal de 1988 se constituiu em marco de subida importância, que precisa ser acompanhada pela efetiva edição das diretrizes nacionais previstas, pela reformulação das regiões metropolitanas, de forma a dar-lhes maior praticidade e exeqüibilidade e pela implantação real dos planos diretores, que constituem os verdadeiros e últimos instrumentos de planejamentos urbanos específicos.

É preciso que esses planejamentos urbanos possam efetivamente contar com os novos instrumentos jurídicos, depois de devidamente avaliados, tais como, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o direito de superfície, o direito de perempção, os vários instrumentos conducentes à regularização fundiária, como, por exemplo, a concessão do direito real de uso e o usucapião especial urbano específico para áreas de assentamento de população carente, o solo criado, a operação interligada, a urbanização consorciada, e tantos outros.[7]

7 PLANO DIRETOR DECENAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO.

A EXCEÇÃO DE DOMÍNIO E A LEI Nº 6820, DE 16/09/1980

SIMÃO ISAAC BENJÓ

1. Desde o início da vigência do Código Civil Brasileiro até o advento do nosso Cód. Proc. Civil de 1973, o direito pátrio tratou da alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa, em face das ações possessórias, mediante a confusa disposição do artigo 505 daquele primeiro diploma, a saber:

> "Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio."

1.1. A doutrina e a jurisprudência se dividiam.

Entendiam uns que a segunda parte do citado artigo consagrava uma exceção de domínio, de modo a autorizar a vitória daquele que demonstrasse ser titular, em toda sua plenitude, da propriedade ou do direito real, até mesmo em face do possuidor, que dele não houvesse recebido a posse direta.

Entendiam outros que tal disposição só se aplicaria na hipótese em que ambos os litigantes pleiteassem a posse com base no domínio. E aí não haveria que falar em exceção de domínio, porque não haveria litígio possessório propriamente dito.

1.2. O Supremo Tribunal Federal deu à norma legal interpretação que veio a se consolidar na Súmula, verbete nº 487:

> "487. Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada."

De acordo com esse posicionamento, só se decidiria a favor do titular do direito quando:

a) houvesse dúvida quanto à posse dos litigantes;

b) tivessem eles invocado a titularidade de seu domínio ou de outro direito real sobre a coisa;

c) tivesse sido feita a prova inequívoca do direito invocado por um deles.

A prova da propriedade evidente contribuía para "colorar" a imprecisão da prova da posse.

Embora se falasse em exceção de domínio, nada se decidia sobre o domínio, e sim sobre a posse, na ausência de produção de prova correspondente por qualquer dos litigantes.

2. Como a Suprema Corte, até então, tinha a última palavra sobre o direito infraconstitucional, o enunciado nº 487 da Súmula acabava sendo aplicado às hipóteses nele previstas.

Não haveria, portanto, risco de admitir-se a exceção de domínio nas ações possessórias.

3. Surpreendentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, surgiu, inserida na segunda parte de seu artigo 923, de modo expresso, com todas as letras, a exceção de domínio no direito possessório brasileiro, pois se autorizou a vitória do proprietário ou titular de outro direito sobre a coisa, nas ações de manutenção ou de reintegração de posse, uma vez provado o domínio evidente:

> "Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio.
>
> Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio."

4. Inconformados com a inovação legal, fizemos publicar um estudo na "Revista da Ordem dos Advogados do Brasil", nº 1, sob o título "A Exceção de Domínio perante o Código de Processo Civil", que serviu de fundamentação ao Projeto oferecido pelo Deputado ERASMO MARTINS PEDRO, que se converteu na Lei nº 6.820, de 16/09/1980, sendo o Deputado JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE NETO e o saudoso Senador ALOYSIO CHAVES relatores do Projeto na Câmara e no Senado, respectivamente.

4.1. Nesse estudo, com a revogação da parte final do art. 923 do C.P.C., pleiteávamos a exclusão da exceção de domínio e afinal vimos nossa pretensão atendida, como depõe CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

> "O Código de Processo Civil de 1973, no art. 923, em redação um tanto confusa, admitiu a *exceptio domini*, ao estabelecer que 'a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio'.
>
> Modificação advinda da Lei nº 6820, de 16 de setembro de 1980, cancelando a segunda parte do artigo, fixou-o com esta redação: "Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio". A redação não é feliz, pois a questão não reside na faculdade de recorrer à via petitória. Do seu espírito, porém, conclui-se que a redação do art. 923 do C.P.C. repele a *exceptio domini*." (ob. cit., nº 296, p. 55).

5. Eliminada a 2ª parte do artigo 923 do C.P.C., surgiram as seguintes:

INDAGAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL:

1ª) Teria o artigo 923 do C.P. C., em sua redação primitiva, revogado o artigo 505 do Código Civil, em sua totalidade, ou apenas na 2ª parte?

2ª) Em caso afirmativo, com a eliminação da 2ª parte do artigo 923 do C.P.C., ter-se-ia repristinado total ou parcialmente o artigo 505 do Código Civil?

6. Impõe-se enfrentar as questões suscitadas.

No desenvolvimento de referido estudo sobre a "Exceção de Domínio perante o Código de Processo Civil", admitimos que à 2ª parte do artigo 923 do C.P.C. só se poderia dar um significado capaz de conciliar as duas orações, qual seja:

> "Não impede, porém, que na manutenção ou reintegração na posse se faça a alegação de domínio, caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio."

E, em conseqüência, afirmamos que desse entendimento se chegaria à conclusão inequívoca de *ter o C.P.C. acabado com a tão discutida 2ª parte do artigo 505 do Código Civil e consagrado, pela 1ª vez, no direito pátrio, a verdadeira exceção de domínio nas ações possessórias*: uma defesa indireta, do proprietário contra o possuidor.

Mas não é menos certo que nesse mesmo estudo verberamos contra o absurdo da indébita introdução do petitório no *possessório*.

6.1. Insurgimo-nos:

Primeiro, porque se põe contra toda uma estrutura social, que tem na posse um de seus valores mais ponderáveis e responsáveis pela estabilidade da vida econômica do País. Numa época em que se impõe a preservação da ordem contra a turbulência e a subversão, permitir-se que o proprietário desrespeite a posse, só por ser proprietário, será retroceder aos primórdios da justiça pelas próprias mãos, e até mesmo mediante criminosa violência.

Segundo, porque, assim ocorrendo, teria a posse perdido qualquer significação, à míngua de uma proteção específica, que o próprio Código de Processo Civil lhe deu nos artigos 920 e seguintes.

ORLANDO GOMES, em plena vigência da primitiva redação do artigo 923 do Código de Processo Civil, põe-se frontalmente contra a *exceção de domínio* nas ações possessórias, demonstrando, precisamente, o absurdo de sua invocação:

> "Ainda, porém, que tal exceção fosse conseqüente, seria, sob outro aspecto, absurda. Para admiti-la, a alegação do domínio por parte de quem investe contra o possuidor há de ser comprovada de modo *evidente*. Reconhecem todos os escritores dificuldades da prova do domínio — *probatio diabolica*. Mesmo os imóveis não têm, de modo absoluto, proprietários inequívocos, pois a presunção que o registro estabelece é *juris tantum*. Como admitir-se, pois, que numa ação possessória, do rito especial de finalidade limitada, se possa reconhecer, com segurança, que o possuidor não tem domínio porque este pertence evidentemente ao outro? Acolher a *exceptio domini* será, em última análise, estimular o proprietário a reaver, pela força, o bem de que se julga dono, na certeza de que se o possuidor intentar ação possessória ele, proprietário, consolidará a apropriação, exibindo seus títulos de domínio. Além do mais, como nota ESPÍNOLA, para que se apure não pertencer, o domínio ao autor, é necessário que o réu prove, de modo evidente, esse fato, isto é, que o autor não é proprietário da coisa ou titular do direito, ou, precisamente, que é ele, réu, o *titular*." Em conseqüência, o *possessório* se converteria em *petitório*, porquanto a controvérsia judicial passaria a ter por objeto o domínio (ob. cit., p. 87).

E por isso mesmo, ainda no mesmo trabalho, sugerimos que, de pronto, nossos tribunais adotassem o entendimento de não considerar escrita a parte final do artigo 923 do Código de Processo Civil, a *simile* da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, no Julgamento da Sentença Estrangeira nº 2.085, Relator o Min. LUIZ GALOTTI, que considerou não escrito o parágrafo 3º do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil e, portanto, inaplicável, eis que resultado de um equívoco evidente, por ter o legislador "esquecido de que, enquanto a lógica não for sepultada, a validade ou invalidade de um ato só pode ser aferida em face da lei a que ela obedeceu" (Rev. T. de Jur., vol. 63, p. 609).

Mas nossa sugestão não foi acolhida pelos Tribunais, que continuaram decidindo com base na 2ª parte do artigo 923 do Código de Processo Civil.

6.2. Felizmente foi acolhida, pelo Congresso Nacional, a 2ª sugestão, isto é, a supressão da 2ª parte do dispositivo processual com a edição da Lei 6.820/80.

6.2.1. Penetrando no exame da elaboração da Lei nº 6.820, de 16/09/1980, vamos ver, claramente, que o legislador teve em conta a distinção entre a regra do Código Civil (2ª parte do artigo 505) e a do C.P.C. (2ª parte do artigo 923).

Isso é facilmente demonstrado pela leitura do Diário do Congresso Nacional (Seção II), de 19/08/1980, p. 3.768/3.770, por onde se comprova toda a discussão travada em torno do Projeto de Lei da Câmara nº 105, de 1979 (nº 3.935/77, na Casa de origem), que deu nova redação ao artigo 923 do Código de Processo Civil, nos termos preconizados em nosso estudo sobre a matéria.

E na manifestação vencedora do Sen. ALOYSIO CHAVES, Relator do Parecer favorável ao Projeto, encontramos, claramente, a prova de que o Senado Federal deliberou em face da nítida distinção entre as 2 regras acima enunciadas.

É que S. Exª acolheu e fez transcrever, integralmente, nossas objeções sobre as dúvidas levantadas pelo então Senador PAULO BROSSARD, quanto à aprovação do Projeto, dentre elas a inutilidade de revogação da norma processual, quando subsistente ficaria a norma equivalente, *mutatis mutandi*, do artigo 505 do Código Civil.

Disse, na oportunidade, o Senador ALOYSIO CHAVES que tais considerações, que bondosamente entendeu extremamente judiciosas, pareciam espancar qualquer dúvida sobre a matéria e, por isso, as reproduzia, usando da faculdade que o Regimento lhe concedia.

Eis o trecho, pertinente, de nossa manifestação:

> "3ª) Diz o Senador BROSSARD que a segunda parte do artigo 923 do Código de Processo Civil seria *mutatis mutandi* a regra constante da segunda parte do artigo 505 do Código Civil.
>
> *Data venia*, não é bem assim.
>
> A segunda parte do artigo 505 do Código Civil estabelece, apenas, um critério negativo sobre a apreciação da prova da posse. Havendo dúvida sobre quem seja o possuidor, por não terem as partes feito prova do exercício relativamente autônomo de um senhorio de fato sobre a coisa, presume-se possuidor quem pode ser o proprietário, afastando-se quem evidentemente não tiver o domínio."

É a lição de Pontes de Miranda:

> "O que a lei quer é que somente não vença, na dúvida sobre a posse, quem, evidentemente, não tem o domínio. E *A* e *B* lutam pela posse

e o Juiz tem dúvida a respeito, mas *A* evidentemente não é o dono da coisa, prefere-se *B*, porque o *B* é o dono, ou há proba- bilidade de ser o dono'' (Tratado de Direito Privado, Tomo X, Ed. Borsoi, RJ, 1955, § 1.117, p. 323).

Reconhecendo a hipótese de dúvida sobre a posse foi que, na interpretação da 2ª parte do artigo 505 do Código Civil, a Súmula do Supremo Tribunal Federal, verbete nº 487, assentou:

''Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.''

Se houver disputa de posse com base no domínio, e não na posse propriamente dita, isto é, se houver discussão sobre o direito de possuir (*ius possidendi*), e não sobre a posse (*ius possessionis*), já não estará em jogo a prova da posse e sim do domínio. Então, vencerá o que fizer a prova de seu domínio evidente.

Tal pressuposto (dúvida sobre a posse) já não ocorre na regra contida na 2ª parte do artigo 923 do Código Processo Civil:

''...a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.

Consagra-se, aí, um absurdo: a vitória indubitável da propriedade sobre a posse, em tema de ação possessória.

Tal disposição resulta de uma interpretação errônea do artigo 505, 2ª parte do Código Civil, como advertia o consagrado Pontes de Miranda:

> ''Alguns intérpretes têm negligenciado, no estudo, a leitura da lei. Nela não se diz que 'não se deve, entretanto, julgar a posse em favor de alguém se a outrem evidentemente pertence o domínio'.''
>
> ''A dúvida pode ser quanto à posse, não quanto ao domínio, por parte de ambos os figurantes, posto que possa haver dúvida quanto ao domínio de algum figurante se o outro evidentemente não é o titular do domínio. Aqui, a probabilidade a favor do figurante pesa para se decidir quanto à posse, porque quanto ao domínio não se decide na ação possessória, ainda que se aplique o artigo 505, 2ª parte. Razão porque é erro o juiz dizer que entrega a coisa a quem evidentemente é o dono, ou a quem pertence a coisa'' (ob. cit., p. 323).

Ora, se já se chegou a uma razoável interpretação da segunda parte do artigo 505 do Código Civil, relativamente à alegação de domínio (que deve ficar no campo do direito substantivo), por que criar-se uma segunda regra, paralela, que textifica uma errônea

> interpretação daquela norma, justamente num Código de Processo Civil onde ela não tem qualquer pertinência?
>
> É um erro de fundo e de colocação, que se impõe corrigir.''

6.2.2. E é por isso que, no particular, e só aí, tem inteira procedência a lição de OSCAR TENÓRIO, aplaudida por SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, 1º vol., I, p. 97/8, 3ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1961), citada no acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos embargos infringentes nº 06/86, na apelação cível nº 1.495/87, Relator o Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES:

> ''...o problema da repristinação se transforma numa questão de interpretação, cabendo ao intérprete considerá-lo, ao verificar se a lei anterior foi ou não revogada. Na verdade se admitirmos a aplicação integral, fatal e intransigente da não restauração da lei revogada, chegaremos a conclusões absurdas e até em contrário à ostensiva vontade do legislador. Sobretudo, em se tratando de uma disposição especial de nosso Código Civil, que haja sido revogada por uma lei posterior, sendo essa lei, posteriormente, por seu turno revogada, cumpre que o intérprete estude perfeitamente se foi propósito ou não do legislador restaurar a sistemática de um Código, cuja revogação parcial de qualquer de seus dispositivos sempre produz um desajuste no seu arcabouço. Conseqüentemente, é uma questão de interpretação e não de aplicação geométrica, a do § 3º, do artigo 2º da Lei de Introdução, que ressalva a possibilidade de repristinação.''

7. Pois bem: ao adotar nossas ponderações, o legislador teve o propósito expresso de eliminar a exceção de domínio, colocada na 2ª parte do artigo 923 do C.P.C., em confronto com a 2ª parte do artigo 505 do Código Civil, que não tinha qualquer conotação petitória, apesar de grande parte da doutrina insistir, com CLÓVIS BEVILÁQUA, que aí estava inscrita a própria exceção de propriedade.

É bom repetir o que dissemos na oportunidade:

> ''A segunda parte do artigo 505 do Código Civil estabelece, apenas, um critério *negativo* sobre a apreciação da prova da posse. Havendo dúvida sobre quem seja o possuidor, por não terem as partes feito prova do exercício relativamente autônomo de um senhorio de fato sobre a coisa, presume-se possuidor quem pode ser o proprietário, afastando-se quem não tiver o domínio.''

Logicamente, portanto, o legislador não teve como equivalentes a 2ª parte do artigo 505 do Código Civil e a parte final do artigo 923 do C.P.C.; ao contrário, considerou esta disposição antagônica àquela.

Ora, se duas disposições sobre a relação posse *versus* propriedade se sucedem no tempo e são contraditórias, é óbvio que a disposição processual revogou a norma de D. Civil:

> "Assiste inteira razão ao v. decisório, pois, tendo o C.P.C. regulado a exceção do domínio em ação possessória de maneira diferente do artigo 505 do Código Civil, houve a derrogação ou revogação parcial deste último dispositivo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.
>
> Quer isto dizer que, a partir da vigência do C.P.C. de 1973, a exceção de domínio, em ação possessória, passou a ser regulada pelo seu artigo 923 e não mais pelo artigo 505 do Código Civil." (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in *Ações Possessórias*, ADV, p. 21).

8. O mesmo não se pode dizer da 1ª parte do artigo 505 do Código Civil, repetida literalmente pelo 1º período da 2ª parte do artigo 923 do C.P.C.

Sendo idênticas as disposições, a última não revogou a primeira. Coexistiram.

E a revogação do 1º parágrafo do artigo 923 de um diploma não importou revogação da norma idêntica de outro diploma, tanto mais que a *ratio* daquela revogação era, apenas, de caráter topológico: não havia motivo para manter uma norma de direito material em um C.P.C.

Bastaria a norma de direito substantivo.

É a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

> "Na verdade, à lei de fundo cabe conceder o direito, fixar as normas de sua constituição e disciplinar o seu exercício. Às de forma é relegada a discriminação do rito e dos trâmites a seguir, para a efetivação da defesa.
>
> Acontece que, algumas vezes, a tutela do direito associa intimamente o fundo e a forma, por tal arte, que, sem esta, sofre a própria substância, e sacrifica-se na sua essência o sistema defensivo.
>
> A posse é desses institutos, cuja unidade é fundamental à eficácia da técnica de proteção, em razão da ligação íntima existente entre o direito e a sua defesa. A peculiaridade desse direito está em que se acha permanente e indissoluvelmente ligado à situação de fato. Qualquer distúrbio que sofra esta, afeta-o na própria essência. Daí a conveniência de que a lei, que define o direito, conceda desde logo a sua tutela, no reconhecimento de que, faltando a defesa que assegura ao seu possuidor aquela exteriorização da conduta análoga à do proprietário, o que vem a sacrificar-se é o próprio direito, e sucumbirá a posse. Em conseqüência, cabe à lei de fundo — Código Civil — conceder e definir desde logo ao possuidor o direito de agir contra o turbador e o esbulhador" (ob. cit. nº 296, p. 50).

9. Revogada a 2ª parte do artigo 923 do C.P.C., não se repristinou a 2ª parte do artigo 505 ao Código Civil:

> "Com a revogação, pela Lei nº 6.820/80, da parte do artigo 923 do Código Civil que cuidava da questão dominial no interdito possessório, não se pode pensar em ressurreição da regra similar do artigo 505 do Código Civil, porque, à falta de disposição expressa na lei nova, "a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência (Lei de Introdução, artigo 2º, § 3º)" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 21).

O que, de qualquer forma, não se pode aceitar é que a 2ª parte do artigo 923 do C.P.C. fosse *mutatis mutandi* a regra constante da segunda parte do artigo 505 do Código Civil.

São coisas diferentes, como se vê da exposição que fizemos ao Relator do Projeto, no Senado, que se converteu na Lei 6.820/80.

E como tais foram consideradas no processo de votação no Legislativo, conforme trecho acima transcrito.

A norma inserida na 2ª parte do artigo 505 do Código Civil, não tinha qualquer efeito petitório, sendo, como salienta PONTES DE MIRANDA, acima citado, errônea qualquer interpretação nesse sentido.

10. A 2ª parte do artigo 505 do Código Civil só encontra sua razão de ser no campo do direito de *saisine*, regulamentado pelo artigo 1.572 do Código Civil e, quando muito, dele poderia ser um parágrafo.

TEIXEIRA DE FREITAS e CLÓVIS BEVILÁQUA, que o seguiu, não se deram conta da natureza civil da posse tratada nas Ordenações de 1603 e na Lei de 09/11/1754, e interpretada pelo Assento da Casa da Suplicação de 16 de fevereiro de 1786.

Ao introduzirem norma de posse civil no capítulo da posse natural, criaram um fantasma que até hoje confunde gerações de juristas.

11. É certo que, embora a rotulasse de exceção de domínio, CLÓVIS só a admitia em hipótese que nada tem a ver com tal exceção.

Veja-se, a propósito:

"2 — A segunda parte do artigo, reproduzindo o assento de 16 de fevereiro de 1786, é que consagra um princípio modificativo da regra geral, princípio que era, diversamente, entendido pelos nossos juristas. Cumpre atender ao pensamento do Código, a fim de não se reproduzirem os dissídios de outrora.

O *Projeto primitivo* adotara a lição de TEIXEIRA DE FREITAS, dizendo (artigo 582, 2ª parte): "Todavia não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra, evidentemente, não pertencer a propriedade." O Revisor alterou, ligeiramente a redação desse dispositivo, sem lhe tocar na substância. A Câmara também aceitou essa exceção, que, entretanto, passou a ser de *domínio*. Alguns entenderam, porém, que, tendo o Código adotado a doutrina de IHERING, quanto à posse, era incongruente manter a exceção em favor do domínio. Encontrou essa opinião agasalho no Senado, cuja Comissão propôs e obteve que se suprimisse esta parte do artigo (*Diário do Congresso*, de 22 de setembro de 1912).

Mas, segundo bem notou JUVENAL LAMARTINO, se no pensamento de IHERING, é o interesse da propriedade que justifica a defesa da posse, em vez de contrária à doutrina do grande remanista, é um corolário dela a exceção em favor do domínio. Atendendo a estas ponderações, o Congresso a restabeleceu.....

.....

4 — A exceção de domínio, porém não pode ser utilmente invocada, senão quando: a) A posse disputada se apresentar como exterioridade do domínio do possuidor. A posse indireta é estranha à exceção do domínio. b) Evidentemente o domínio não pertence ao contendor. O Código prevê a hipótese em que duas PESSOAS PRETENDEM A POSSE A TÍTULO DE PROPRIETÁRIAS, E MANDA QUE, SE, EM RELAÇÃO A UMA DELAS, FALHAR, EVIDENTEMENTE, ESSE PRESSUPOSTO, A FAVOR DELA NÃO SE JULGUE A POSSE, POIS LHE FALTA O FUNDAMENTO.

Não sendo evidente o direito dominial de um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao fato da posse, sem referência ao domínio, aplicam-se os preceitos comuns, que formam a teoria da posse, e dizendo-se várias pessoas possuidoras do mesmo objeto, aplicar-se-á o estabelecido nos artigos 500 e 507." (*Código Civil dos E.U.B. Com.*, 2ª Tir., ed. histórica, Ed. Rio, p. 986/987.)

12. Também não foi feliz a remissão da SÚMULA do S. T. F., verbete 487, à 2ª parte do artigo 505 do Código Civil.

Deveria tal verbete ser fonte de interpretação do artigo 524, com o qual guarda mais afinidade.

É que, por ele, defere-se a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base nele for disputado.

Assim sendo, ele prevê a disputa da posse entre proprietários que não podem ou não querem invocar sua posse.

Ora, disputa para reaver a coisa própria, que se acha em poder do réu, é reivindicação, à luz do artigo 524 do Código Civil.

Não havendo dúvida sobre a posse de um dos contendores, a ação possessória lhe é julgada favoravelmente e continua possessória.

13. Ressalte-se, porém, que não está dito nesse verbete 487 que, por economia processual, o dono do bem deve sair vencedor na ação possessória, mesmo que o adversário demonstre sua posse, para evitar que se perca tempo, no caso de sucumbência, tendo posteriormente de propor ação de reivindicação.

13.1. É certo que esse é o entendimento que o julgado do S.T.F. (Rev. T. Jur., vol. 118, p. 1.126) deu ao verbete 487, contrariamente ao acórdão padrão em que se baseou o mesmo verbete, como se verá a seguir.

13.1.1. E, *data venia*, não é o que está escrito nesse verbete.

Cogita a jurisprudência sumulada de resolver conflito entre partes que não provam ter a posse da coisa e que disputam a posse, apenas com base na propriedade.

Logo, não se pode ver aí inserida a exceção de domínio em interdito possessório.

Para haver exceção, é preciso haver defesa indireta.

Se as 2 partes negam os respectivos direitos a defesa é direta, não é exceção.

O que, está no verbete 487 da Súmula não é exceção de domínio, é, repita-se, uma interpretação complementar do artigo 524 do Código Civil.

Não é demais repetir que o acórdão (Rec. Extraordinário nº 63.080), que lhe serviu de padrão, era expressamente contrário à procedência da ação possessória movida pelo proprietário, mesmo sendo indubitável a sua propriedade.

Entre o fato evidente do domínio e o fato evidente da posse, prevaleceu a força desta, porque a ação era possessória.

Tivesse a Suprema Corte querido adotar a exceção de domínio, a Súmula teria um verbete diferente.

Diria, por exemplo:

> "Diante do domínio evidente de um dos litigantes em ação possessória, a ele se deferirá a posse, não obstante tenha o outro provado sua posse."

Mas não foi isso que se sumulou.

Encontrou-se uma fórmula para decidir sobre direito à posse, entre proprietários que apenas invocam seu *ius possidendi*.

O mais adequado, portanto, repita-se, teria sido relacionar o verbete 487 da Súmula com o artigo 524 do Código Civil.

13.2. Se vier a prevalecer a tese sustentada por acórdãos mais recentes do Supremo Tribunal Federal e de alguns colegiados de nosso Tribunal de Justiça, como o proferido, pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis nos Embargos Infringentes nº 6/88, teremos chegado à frustração no campo da teoria da posse.

14. Em nada terá adiantado lutar para eliminar, como foi eliminada, a *exceção de domínio* nas ações possessórias, que, em evidente absurdo, a 2ª parte do artigo 923 do C.P.C. consagrara.

Sob o pretexto da economia processual, e invocando-se uma errônea interpretação do verbete 487 da Súmula do S.T.F., ter-se-ia introduzido, via direito pretoriano, a exceção de domínio que a Lei nº 6.820/80 expressamente eliminou.

15. Absurda é a invocação ao artigo 1.033 do C.P.C. português:

> "O réu pode, na contestação, alegar que tem o direito de propriedade sobre a coisa, objeto da ação e pedir que lhe seja reconhecido esse direito."

Era, precisamente, isso o que se continha na 2ª parte do artigo 923 do nosso C.P.C. de 1973.

E foi isso que a Lei 6.820, de 16/09/1980, revogou.

16. Sem razão, portanto, o acórdão proferido pelo 1º grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do RJ, nos embargos infringentes nº 6/88, na Apelação Civil nº 1.495/87.

Nem se diga que CLÓVIS BEVILÁQUA interpreta autenticamente a 2ª parte do artigo 505 do Código Civil, ao mencionar que aí se inseriu a exceção de domínio coerentemente com a teoria de IHERING, pois este jamais admitiu a exceção de domínio nos interditos possessórios:

> "IHERING de tal modo se preocupou em excluir a exceção de domínio do âmbito dos interditos possessórios que acabou concluindo não ser o *precário* um interdito possessório, não sem antes confessar:
>
> "Uma das proposições mais comumente adotadas na teoria possessória é que o interdito *de precario* é um interdito *recuperandae possessionis*; eu mesmo fui desta opinião na primeira edição deste livro, depois da qual me convenci do contrário." (*Fund.*, p. 134).

E o principal entre os argumentos erigidos por IHERING foi o de que se pode opor, ao referido interdito, a exceção de domínio (Ib., p. 136).

A nosso ver, trata-se, porém, de uma observação equivocada do grande romanista, pois o texto invocado (D. 43.26, 4, 3) não contém a argüida exceção de domínio.

O texto tem a seguinte redação:

Item si rem meam precario rogavero, rogavi guidem precario sed non habeo, idirco guia receptum est rei suae precarium non esse.

Temos aí, portanto, uma simples afirmação de que não pode haver precário, quando a coisa pertence ao próprio concedente, por isso que ninguém pode pedir em precário aquilo que é seu.

IHERING vislumbra aí um caso de exceção de domínio, dizendo:

"É certo que a jurisprudência romana mais recente adotou a doutrina de que o próprio proprietário pode tomar a coisa em precário do possuidor atual (*precarium possessionis* por oposição a *precarium proprietatis*), mas abstração feita deste caso (quando se estipulou um simples precário, ou, como dizem as fontes, quando o precarista, durante a sua posse, descobre que ele é o proprietário, tem contra o interdito a exceção de propriedade em seu favor). Como conciliar essa exceção com a natureza do interdito possessório? Pois a que a essência de *todos* os interditos possessórios é serem alheios à questão de direito." (Ob. cit., p. 137.)

Esqueceu-se o grande romanista de que a referência ao domínio nem sempre é exceção de domínio, que tem os característicos próprios de uma exceção.....

.....

Se o precarista apura ser ele mesmo o verdadeiro dono da coisa e resolve não devolvê-la a quem, inicialmente, acreditava ser o dono, torna-se inexistente o precário, segundo diz o texto transcrito, porque ninguém pode receber em precário o que é seu.

Fenômeno semelhante ocorre na hipótese prevista no D. 41, 3, 21, quando o proprietário, sem o saber, toma de locação o seu próprio terreno.....

No caso do precário, ocorrendo a insubsistência do mesmo, pela circunstância apontada, o primitivo concedente perde o direito de pedir a restituição da posse concedida precariamente. A posse do réu não é mais, e no caso nunca foi, precária.

Acionado o réu, através de um interdito possessório, duas hipóteses podem ocorrer: ou o demandante ignora a circunstância, ou a conhece e a afirma. No segundo caso, o magistrado lhe nega o

interdito, sumariamente; no primeiro, cabe ao réu negar diretamente a pretensão do autor, dizendo inexistir precário, porque veio a saber que a coisa lhe pertence. Então será o demandante, afinal, vencido, não por força de exceção de domínio, mas pela ausência de direito para pedir o interdito de precário.....

Outro argumento, que prova não se tratar de exceção de domínio, decorre do simples fato de que mesmo *in iudicio* o réu poderá argüir a inexistência do precário e ver sua defesa acolhida, por isso que o juiz absolve o réu quando fica provado que o demandante não tem o direito que invoca, ou quando inexistente a relação jurídica invocada (nº 49, deste trabalho).

Falha, portanto, o principal argumento empregado por IHERING para excluir o precário dos interditos possessórios, ficando, de outro lado, demonstrado que tais interditos não admitiam a exceção de domínio." (SIMÃO ISAAC BENJÓ, *in* Exceção de Domínio, p. 59/61).

Em seu "Ensaio sobre a Posse" (Rev. de Dir.; volumes 5 e seguintes), EDMUNDO LINS, ao resumir as considerações feitas por IHERING às objeções à sua teoria, no pertinente à de que a proteção concedida ao ladrão e ao salteador até contra o proprietário, expõe:

"Entretanto: essa conseqüência má só se manifesta raramente, pois, em regra, o proprietário é o possuidor, ela é menos prejudicial na posse que nos exemplos citados, pois não é irreparável, uma vez que o proprietário vencerá, afinal, na reivindicação. E ainda: se o possuidor é que tiver a propriedade, terá a vantagem do gozo da coisa na pendência da lide e de ficar isento do ônus da prova. Há, por outro lado, entre o ladrão e o proprietário, uma série de situações intermediárias que são dignas de proteção: tal o caso daquele que se apodera de um campo abandonado e o cultiva; embora ele não se torne proprietário do mesmo, todavia não é justo que seja expulso pelo primeiro que se lhe apresentar arrogando-se o direito de propriedade, quando ele é que, pelo seu trabalho, cultivou a terra e lhe deu um valor, que, antes, ela não tinha." (SIMÃO ISAAC BENJÓ, Exceção de Domínio, p. 52/53.)

CONCLUSÕES

16. 1ª) Se o réu alega ter cometido a agressão ou ameaça à posse do autor,

por ser o proprietário, isso é uma exceção de domínio, que, como tal, deve ser rejeitada (1ª parte do artigo 505 do Código Civil).

2ª) Se, porém, é o autor da ação possessória que pede lhe seja deferida a posse, invocando e demonstrando, para tanto, o seu direito de propriedade, é preciso distinguir:

a) se, concomitantemente, alega *ius possessionis* (ou *factum possessionis*):

b) se, apenas, invoca e prova o *ius possidendi*.

2ª.1) Na hipótese (a), a prova da posse lhe é facilitada, bastando que produza evidências da mesma, traduzidas na aparência de um procedimento que todo proprietário tem com suas coisas.

E, além do mais, num litígio contra o esbulhador, obterá, até mesmo, a proteção *liminar*, uma vez preenchidos, para tanto, requisitos legais, saindo, afinal, vencedor.

Se, porém, não faz prova alguma de posse, perde a ação, se o réu faz prova da sua posse.

2ª.2) Na hipótese (b), a situação se desdobra, embora, de qualquer modo, não lhe seja deferida a proteção *liminar*.

Pode ocorrer que:

(b1) — o réu, ao se defender, alegue e prove ter posse e, nesse caso, a pretensão autoral será rejeitada;

(b2) — o réu invoque *ius possidendi* e uma posse que não tenha e que, portanto, não demonstre, e, igualmente, não prove a existência daquele direito de possuir.

Nessa hipótese, embora a ação tenha sido rotulada de possessória, o que está em juízo é uma ação de reivindicação (artigo 524 do Código Civil), em que ambos os contendores se dizem donos e não têm posse.

Vencerá, então, o autor.

É aí que incide a Súmula do S.T.F., verbete nº 487, no seu verdadeiro sentido:

"Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada."

DA PRESCRIÇÃO

ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO

1 — Etimologia, Origem e Fundamento da Prescrição. 1.1 — Etimologia. 1.2 — Origem. 1.3 — Fundamento Jurídico da Prescrição. 2 — Considerações Sobre o Conceito de Prescrição. 3 — Distinção Entre Prescrição e Institutos Afins. 3.1 — Distinção Entre Prescrição e Decadência. 3.2 — Distinção Entre Prescrição e Mera Faculdade (Direitos Facultativos).

1. Etimologia, Origem e Fundamento da Prescrição

1.1. Etimologia

A palavra prescrição vem do vocábulo latino "praescriptio, substantivo feminino (*de praescribere*). Cicero. Tacitus. Ação de pôr no frontispício d'um escripto, título", sendo *praescribere* verbo transitivo, significando "1º Escrever na frente, no começo, no frontispício, pôr por título; ter por título; 2º Escrever antes (?); 3º tratar antes, marcar; 4º Fig. marcar, designar, prescrever, ordenar, dictar; 5º Apresentar, valer-se de; 6º Apresentar uma exceção (ter. juríd.)".[1]

Da leitura do texto transcrito, a primeira impressão que se tem é de que o conceito etimológico da prescrição está no 6º significado: "Apresentar uma exceção (ter. juríd.)", contendo o parêntesis a abreviação de terminologia jurídica. Isto porque a prescrição consubstanciava uma das exceções de direito

1 As transcrições foram extraídas IPSIS LITTERIS do "DICCIONARIO LATINO-PORTUGUEZ", de F.R. dos Santos Saraiva, p. 936/93 —, Edição s/d da Typographia Garnier Irmãos — Paris.

material que os Pretores Romanos admitiam nas FÓRMULAS, as quais, ainda que reconhecidos os fatos em que se fundavam as ações, implicavam no impedimento, modificação ou extinção do direito do autor, ou na paralisação da pretensão.[2]

Câmara Leal, entretanto, reportando-se a ORTOLAN, "Explication Historique des Institutes, vol. I", afirma que "é a história do direito romano que nos esclarece o conceito etimológico dessa expressão jurídica".[3]

1.2. Origem

A origem do instituto remonta ao Direito Romano, onde as ações do direito quiritário eram PERPÉTUAS, sendo que as ações não previstas no direito honorário foram criadas pelos Pretores, que introduziram "o uso de fixar um prazo para a sua duração dando origem às ações chamadas TEMPORÁRIAS".[4]

Como contam diversos historiadores[5], 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., quando ocorreu a queda do império.

Durante esse tempo, o processo civil romano passou por dois Sistemas, o primeiro, da ORDO JUDICIORUM PRIVATORUM e o segundo, da COGNICIO EXTRA ORDINEM.

No primeiro sistema, houve dois períodos, o primeiro, de 754 a.C a 149 a.C., denominado de período das LEGIS ACTIONES — ações da lei —, e o segundo, de 149 a.C. a 209 d.C., denominado período do direito FORMULÁRIO (PER FORMULAS).

No segundo sistema, houve um único período, de 209 d.C. até o ano de 568 d.C., com a queda do Império Romano.

A prescrição tem origem no período FORMULÁRIO.

No período das LEGIS ACTIONES, assim chamadas porque relacionadas com a Lei das XII Tábuas (450 a.C.), a mais importante do antigo direito[6], o procedimento se dividia em duas fases, sendo o primeiro — IN IURE — isto

2 A criação dos Pretores Romanos é que, talvez, tenha dado origem ao princípio disposto no art. 326 do Código de Processo Civil: "Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental."

3 LEAL, Antônio Luiz Câmara. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA, 2ª ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 17.

4 LEAL, Antônio Luiz Câmara, op. cit., p. 18.

5 Reproduzimos de memória.

6 SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 36.

é, perante o Pretor, diante do qual as partes compareciam, com testemunhas que assistiam a fixação do litígio, pois o procedimento era exclusivamente oral. A esse ato se dava o nome de LITISCONTESTATIO (LITIS CUM TESTATIO). A segunda fase — IN IUDICIUM — se passava parente IUDEX PRIVATUS, para julgamento, pois o Pretor não exercia função judicativa, limitando-se a adiantar a regra que o IUDEX deveria aplicar ao caso concreto, depois que este fizesse a cognição da matéria de fato. Se ficasse provado que Caio devia a Tício determinada quantia, aquele deveria ser condenado; caso contrário, Tício perderia a demanda.

No período FORMULÁRIO, introduzido pela "LEX AEBUTIA DE FORMULIS" (149 a.C.) em que o procedimento oral foi substituído pelo escrito, o Pretor escrevia um documento, a FÓRMULA, daí o nome do período, e do qual constava a DEMONSTRATIO — narrativa dos fatos; a INTENTIO — intenção do autor e a norma jurídica em que se fundava; e a CONDEMNATIO — atribuição ao IUDEX PRIVATUS do poder de condenar o réu, caso ficasse comprovada a matéria de fato alegada pelo autor. O procedimento, como se pode ver, tinha, também, as mesmas duas fases: IN IURE, perante o Pretor, e IN IUDICIUM, perante o IUDEX PRIVATUS.

Nesse período do Processo Formulário, "a posição do pretor, depois da LEX AEBUTIA DE FORMULIS, era, além de subtrair ou de colocar sob a ação do IUS CIVILE, como já procedia até 130 a.C. (?), também — sempre que a justiça ou a eqüidade assim o exigirem — 1) — a de neutralizar a ACTIO CIVILE (ou recusando a concessão da ACTIO ["DENEGATIO ACTIONES"] ou inutilizando a sua eficácia concedendo uma "EXCEPTIO") e 2) — a de criar ACTIONES próprias.

Desta forma, o pretor passou a integrar e a corrigir diretamente o IUS CIVILE por via processual"[7].

Se a ação era TEMPORÁRIA, o Pretor, após a lei Ebúcia, inseria no frontispício da FÓRMULA uma parte introdutória, denominada PRAESCRIPTIO, em que, usando do seu poder de criatividade, determinava ao IUDEX PRIVATUS "a absolvição do réu, se estivesse extinto o prazo de duração da ação"[8] e se tivesse sido alegada em defesa pelo interessado.

Esse termo — PRAESCRIPTIO — nenhuma relação direta tinha com o conteúdo da determinação do pretor, essa derivava do caráter introdutório dessa determinação, porque era escrita antes, ou no começo da fórmula.[9]

Em seguida, "por uma evolução conceitual, passou o termo a significar,

7 CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, V. I, 2ª ed., Coimbra, Portugal, Gráfica de Coimbra, 1973, p. 335.

8 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 18.

9 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 18.

extensivamente, a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, e daí sua nova acepção de extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração."[10]

1.3. Fundamento Jurídico da Prescrição

Há intensa controvérsia na doutrina sobre o fundamento da prescrição, sendo que Câmara Leal relaciona sete motivos, mas, remontando às fontes romanias aponta: a) o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando as controvérsias; b) o de castigo à negligência; e c) o do interesse público.[11]

Aryon Sayão Romita[12] também relaciona diversos motivos, e, no campo do Direito do Trabalho, identifica duas correntes principais: uma, denominando a prescrição de "quitação de caloteiro", rejeita a própria noção da prescrição trabalhista; outra, em campo diametralmente oposto, "afastando" os pruridos morais, destaca o fundamento jurídico social do instituto. Embora reconhecendo, como nós, que a prescrição trabalhista beneficia, lamentavelmente, a parte mais forte — o empregador —, Romita justifica-a como de interesse público, que deve prevalecer sobre qualquer interesse de classe ou particular, afirmando que, no campo das relações de trabalho, as ações imprescritíveis são repudiadas pelo interesse público, por isso que, concluímos nós com apoio da grande maioria dos autores, desse fundamento jurídico "facilmente se deduz o caráter público do preceito legal que a instituiu".[13]

2. Considerações Sobre o Conceito de Prescrição

Há muita discrepância entre os autores na conceituação da prescrição. Diversas são as correntes doutrinárias a esse respeito. Para uns, a prescrição é a perda do próprio direito material em conseqüência do seu não exercício durante certo lapso de tempo. Em outras palavras, a prescrição ataca o próprio direito, que fica sem ação para se fazer valer. Filiam-se a esta corrente, dentre outros, os eminentes De Plácido e Silva[14] e Caio Mário da Silva Pereira[15].

10 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 18.
11 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 30.
12 ROMITA, Aryon Sayão, *A Prescrição dos Créditos Trabalhistas na Constituição*, Rio de Janeiro, Impresso em offset nas Oficinas da Folha Carioca Editora Ltda., 1989, p. 11.
13 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 32.
14 SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, V. III, São Paulo, Forense, 1963, p. 1209.
15 PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, V. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 589.

Para outros, a prescrição atinge, não o direito, mas sim a ação. São seus adeptos, Clóvis Beviláqua[16], Câmara Leal[17] e outros.

Uma terceira corrente conceitua a prescrição como "o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que fica sem ação para assegurá-lo". Seu expoente entre nós é Orlando Gomes, para quem ela extingue, não somente a AÇÃO, mas também o DIREITO[18].

Para nós, a prescrição não extingue o direito, nem a ação. Ela paralisa a PRETENSÃO[19]. O direito subjetivo, quando se torna exigível por força de sua lesão pelo devedor, faz nascer para o credor a PRETENSÃO, que é a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio[20]. A resistência do devedor à pretensão do credor gera o conflito de interesses a ser composto pelo Judiciário. O credor deverá, então, deduzir a sua pretensão em Juízo. "Se o tempo decorrer longamente, sem que o dever secundário, a responsabilidade, seja cumprida, então, não será mais possível invocar a proteção do Estado, porque a lesão do direito estaria curada. A prescrição, nada mais é do que a convalescença da lesão do direito pelo não exercício da ação"[21]. A prescrição, portanto, não extingue o direito subjetivo a ela correspondente e sim exonera o devedor do cumprimento do comportamento devido (PRESTAÇÃO). Tanto ela não atinge o Direito "que o pagamento de obrigação prescrita não atribui ao devedor o direito de repetir do credor o que lhe deu em pagamento"[22], e se o devedor não argüi-la na defesa, o juiz deverá reconhecer por sentença o DIREITO do credor. Se ela atingisse o direito, não só o credor ficaria sujeito à repetição do indébito, como o juiz não poderia reconhecer um direito extinto.

Ela, também, não atinge a ação, pois o direito de ação é imprescritível, existe sempre. E, no sistema do nosso Código de Processo Civil, o pronunciamento judicial sobre a prescrição constitui matéria a ser apreciada como MERITUM CAUSAE, conforme art. 269, inciso IV, fora, portanto, de exame das condições ao legítimo exercício do direito de ação.

16 BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V. I, Edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975, p. 435.
17 LEAL, Antônio Luiz da Câmara, op. cit., p. 26.
18 GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 450.
19 GLANZ, Semy. Atualização da obra de G.M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, V. XXXIV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982, p. 19.
20 BUZAID, Alfredo, *Agravo de Petição*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956, p. 92.
21 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, *Programa de Direito Civil*, V. I, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 399.
22 GUIMARÃES, Luiz Machado, *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro — São Paulo, Jurídica e Universitária, 1969, p. 102.

Se a prescrição atingisse a ação, o juiz teria que julgar o autor carecedor dela, sem julgamento do mérito, pela configuração de uma CONDIÇÃO NEGATIVA a impedir o legítimo exercício do direito de ação. E o juiz faria independentemente da argüição pelo devedor, pois inserir-se-ia dentre as questões a serem conhecidas DE OFFÍCIO, como é o caso das condições ao legítimo exercício do direito da ação, sejam elas positivas ou negativas, genéricas ou específicas, logo, ela não atinge a ação.

E o prazo da incidência da prescrição começa a correr no momento em que o direito se torna exigível. E esta exigibilidade é a PRETENSÃO, que os autores tedescos chamam de ANSPRUCH. Ultrapassando o prazo fixado em lei para dedução em Juízo da pretensão, o devedor, se quiser argüir a prescrição, fica exonerado do dever jurídico de cumprir a obrigação, porque a lesão do direito ficou convalescida pelo não exercício da ação no prazo legal. A pretensão fica com sua eficácia paralisada, por força da alegação, em defesa, do devedor. Assim, ela não extingue coisa alguma do credor; apenas, acrescenta um reforço na defesa do devedor, que ele usará, se quiser, com o objetivo de paralisar a eficácia da pretensão do credor, tendo em vista que ele a deduziu após o decurso do prazo que a lei lhe estabeleceu.

Esse conceito de prescrição, extraído das lições de Pontes de Miranda[23], de Santiago Dantas[24] e de José Carlos Barbosa Moreira[25] é que formulamos para os efeitos do trabalho que se segue, valendo destacar que, ainda que os dispositivos legais se refiram expressamente à "prescrição do direito", *ou* "prescrição da ação", cuida-se de prescrição da pretensão.

3. Distinção Entre Prescrição e Institutos Afins

3.1. Distinção Entre Prescrição e Decadência

Neste ponto, antes de tudo, faz-se necessário distinguir a prescrição da decadência, tendo em vista que às vezes são confundidos, ao ponto de haver quem afirme[26] que aquela pode ser conhecida DE OFFÍCIO por se tratar de questão de ordem pública. Ora, tal afirmação, DATA VENIA, só é adequada,

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratato de Direito Privado*, T. VI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1979, p. 98.
24 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, *id. ibid.*
25 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Lições de Apostilas*. Sem revisão do autor e s/d. Ressalte-se que a exposição aqui está calcada nas lições dos autores tedescos, adotada entre nós por Pontes de Miranda e difundida em aulas do Prof. José Carlos Barbosa Moreira.
26 Diversos autores.

de forma absoluta, em relação ao instituto da decadência, pois a prescrição contém aspectos privados. Ela tem fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse PRIVADO do favorecido.

É a seguinte a distinção entre prescrição e decadência, de acordo pelo menos com a orientação predominante na Alemanha e já adotada entre nós, já exposta entre nós por alguns autores, entre eles Pontes de Miranda, e bastante difundida pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira aos seus alunos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da qual é Professor Titular da cadeira de Direito Processual Civil. Ela se baseia na distinção entre as duas espécies de direitos às quais podem referir-se. Vale relembrar aqui a distinção que se fez e que teve muita importância na teoria do Processo. Referimo-nos àquela adotada por Chiovenda[27] para explicar aquilo que ele achava que era a natureza da ação: é aquela distinção entre os chamados DIREITOS SUBJETIVOS e os chamados DIREITOS POTESTATIVOS.

Existem certos direitos subjetivos que para serem satisfeitos precisam (no sentido de depender) de um comportamento alheio; por exemplo: Romário tem um direito de crédito; ele é credor do Vasco da Gama de valor correspondente a 15%[28] do valor da cessão definitiva do seu *passe*[29] ao PSV da Holanda; este direito de Romário, para ser satisfeito, necessita de que o devedor manifeste determinado comportamento, consistente em pagar-lhe, uma vez vencida, a dívida, ou seja, no momento em que a dívida se torne exigível; no exemplo, na data da cessão do seu *passe*.

Esses são os direitos a uma *prestação* e entre eles está a grande maioria dos direitos, cuja estrutura é assim: a ele direito correspondente no pólo passivo da relação jurídica um dever, ou uma obrigação — IUS ET OBLIGATIO CORRELATA SUNT. Esse comportamento que o devedor tem de manifestar, que vinculou a manifestar, é exatamente o que se chama PRESTAÇÃO. É o objeto da obrigação.

Então, isso é que é a prestação — a prestação é o COMPORTAMENTO DEVIDO — e pode consistir, de acordo com a famosa divisão tricotômica

27 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil.* [*Instituzioni di Diritto Processuale Civile*]. V. I, 2ª ed., tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 20.
28 "O atleta terá direito à parcela de, no máximo, 15% (quinze por cento) do montante do *passe*, devidos e pagos pelo empregador cedente" (§ 2º do art. 13 da Lei 6.354/76).
29 PASSE é um anacronismo que subsiste à libertação da escravatura, pois mantém um atleta preso ao seu clube e sem poder trabalhar. Está com os seus dias contados. O passe é o vínculo que mantém o jogador de futebol preso ao Clube empregador, mesmo que este não lhe pague salários. O art. 11 da Lei 6.354/76, entretanto, entende passe... "a importância devida por um empregador a outro, pela cessão de atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes".

das obrigações, em entregar uma coisa, dar, obrigações de dar; pode consistir em fazer alguma coisa, obrigações de fazer e até pode consistir num OMITTERE, em um NÃO FAZER. No momento em que a prestação se torna exigível, surge para o CREDOR — a palavra credor é aqui usada LATO SENSU, pois seu uso, aqui, não se limita ao campo dos direitos obrigacionais —, surge para o sujeito ativo da relação jurídica, para o titular do direito, aquilo que a doutrina alemã chama de ANSPRUCH (PRETENSÃO).

A pretensão é isto: é a exigibilidade, é alguma coisa de transitivo, é alguma coisa que emana do direito e se dirige ao sujeito do dever correspondente; é o que a doutrina italiana chama de LA PRETENSA e define como a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio[30]. O direito, quando se torna exigível, segrega este produto, que se chama PRETENSÃO.

Ora, assim como esse tipo de direito exige, para satisfazer-se, um comportamento alheio, por essa mesma razão esse direito é suscetível de ser violado; basta para isso que o devedor — o sujeito passivo da relação jurídica — não exterioze o comportamento devido, isto é, não cumpra o seu dever jurídico.

Há, porém, outro tipo de direitos cuja estrutura difere; são direitos que podem ser satisfeitos sem necessidade de um comportamento alheio. Basta um comportamento do próprio titular do direito. Este produz o efeito jurídico a que se propôs com o próprio ato e com esse ato ele satisfaz seu direito; por exemplo: o direito de revogar o mandato (art. 1316 do Código Civil); o mandante pode revogar um mandato outorgado a terceiro, sem que, para isso, precise de qualquer comportamento da parte do mandatário. O titular do direito pratica um determinado ato, emite uma manifestação, uma declaração de vontade, e com isto obtém aquele resultado jurídico que ele pretendia, independentemente da colaboração da outra parte. Outros exemplos: o direito de resgatar um aforamento (art. 693 do Código Civil); o direito de arrepender-se, quando convencionado no contrato; o direito de escolha nas obrigações alternativas (art. 884 do Código Civil); o direito de revogar a doação (art. 1.181 do C. Civil); o direito de resgate do imóvel vencido com cláusula de retrovenda (art. 1.140 do Código Civil); o direito de separar-se ou divorciar-se e assim por diante.

Ora, esses direitos têm variadas denominações na doutrina; trata-se de Poder Jurídico para Hélio Tornaghi[31], porém a mais comum é a de *direitos potestativos*, uma vez que eles se caracterizam porque para serem exercidos não precisam de colaboração de ninguém; basta que o próprio titular aja; em

30 BUZAID, Alfredo, op. e p. cits.

31 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal.* V. III, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 210.

contrapartida, eles não podem ser violados, são direitos invioláveis. Se a satisfação deles não exige, não se caracteriza por um comportamento alheio, então ninguém pode violar um direito deste tipo. O mandatário não pode violar o direito de o mandante revogar o mandato; não está no poder dele, mesmo que ele queira; por quê? porque não há da parte dele qualquer dever a cumprir — neste sentido, sob este ponto de vista, evidentemente. O mandante pode revogar o mandato sem que o mandatário participe disto; ele fica apenas em estado de sujeição; em vez de haver como no outro tipo, do lado passivo da relação jurídica, um dever de obrigação, existe apenas uma sujeição; ele fica sujeito às conseqüências da declaração de vontade do mandante, sem fazer nada e sem poder também para impedi-la, ou para impedir que ela produza efeitos.

Este segundo tipo ou classe de direitos, por sua vez, se subdivide em duas modalidades. Às vezes, o resultado jurídico, que o titular do direito pretende atingir, é conseguível através de uma simples declaração de vontade dele na esfera privada. O mandante pode revogar o mandato sem precisar de recorrer ao juiz. O titular do direito pode escolher entre duas prestações de uma obrigação alternativa, se lhe cabe a escolha, sem recorrer ao juiz; basta que ele comunique à outra parte a sua escolha — escolhe o pastor alemão Tôgo, ou então, escolhe a cadela Sabá — pronto, obteve, atingiu aquele resultado jurídico.

Mas em outros casos, a lei exige que quem queira exercer o direito, faça-o pela via judicial; por exemplo: nenhum cônjuge pode separar-se do outro, ainda que ocorra um daqueles casos geradores do direito; se houve por parte de um cônjuge conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em uma grave violação dos deveres do casamento e torne incompatível à vida em comum, então surgiu para o outro cônjuge o direito; mas esse direito ele não pode exercê-lo simplesmente deixando um aviso para o outro. Ele tem de ir ao juiz, provar que ocorreu o fato e obter uma sentença constitutiva. As sentenças constitutivas todas correspondem ao direito potestativo. Sempre que um processo terminar em sentença constitutiva, o direito concretizado foi um direito potestativo.

Os outros direitos dão lugar às sentenças condenatórias ou declaratórias, e esses dão lugar às sentenças constitutivas; a correlação é muito importante.

Assim se manifestou Chiovenda sobre a distinção entre os dois tipos de direitos:

> "Se aludirmos à lesão dos direitos, tivemos presentes exclusivamente os direitos a uma prestação; e isso porque só estes podem ser lesados. Os direitos potestativos, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder

jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém."[32]

No primeiro caso, temos os direitos a uma prestação e, portanto, os direitos que geram pretensão — porque os direitos potestativos não geram pretensão alguma. Os direitos a uma prestação geram pretensão quando a prestação se torna exigível. Nestes direitos, a lei marca um prazo para que o credor exija judicialmente a prestação não solvida, a prestação não paga, e, terminado este prazo, a lei permite — pelo menos em matéria patrimonial é assim — a lei permite que o devedor, aquele que se obrigou a ter um determinado comportamento e não teve, se defenda através da exceção substancial da prescrição. Do exposto, percebe-se como parece falsa a colocação do problema, tanto quando se diz que a prescrição extingue o direito, como quando se afirma que ela mata a ação.

Tanto é falsa que o titular do direito subjetivo, mesmo depois de ocorrida a prescrição, vai fazê-lo valer; e, se o devedor não opuser aquela defesa, o juiz o condenará; se não houvesse o direito, o juiz não poderia jamais julgar procedente o pedido.

Os civilistas antigos tinham uma expressão: destrói o elemento protetor — eles gostavam muito destas metáforas; uma casquinha que envolve o direito — encontra-se muito isto na literatura civilística, sobretudo na menos recente[33]. A prescrição, do lado ativo, não tira coisa alguma. Numa guerra, como ensina Barbosa Moreira[34], alguém pode favorecer uma das partes de duas maneiras: ou aumentando o seu poder defensivo, ou diminuindo o poder ofensivo do adversário. Em um duelo, se alguém quiser proteger um dos duelantes, pode fazer uma dessas coisas: ou diminui o poder ofensivo do adversário, tira-lhe uma arma, ou então entrega ao outro uma nova arma; aumenta o seu poder defensivo. O que a prescrição faz é essa segunda coisa e não a primeira. Ela opera do lado passivo e não do lado ativo; ela não tira ao autor da ação — vamos já usar o termo processual — nem o direito nem muito menos a ação. O autor continua íntegro, com todas as armas defensivas intatas.

E quanto ao réu?

O réu ganhou um escudo que ele pode ou não utilizar; e está aí a prova de que é a situação dele que se modifica, e não a do autor. A situação que se modifica é a do devedor, ele é que ergue o escudo se quiser. O autor propõe

32 CHIOVENDA, Giuseppe, op. e loc. cits.
33 Citamos de memória.
34 MOREIRA, José Carlos Barbosa — *Lições de Apostilas* cit.

a ação da cobrança do débito e o réu ergue o escudo: prescrição; mas pode não erguer, e se ele não erguer, será ferido em cheio pela lança do autor que não perdeu em nada o seu poder mortífero. Isso é a prescrição — nada tem a ver com o direito nem com a ação. Então, só há prescrição neste direito que gera a pretensão, e ela começa a correr no momento em que surge a pretensão, sempre.

A *prescrição começa a correr no momento em que o direito se torna exigível*, no momento em que há uma *actio nata*, uma ação nascida. Mas que *actio* era essa? não era ação; o direito de ação existe sempre. O direito de ação é imprescritível, não acaba jamais, existe sempre; nós o temos desde que nascemos até que morremos. Agora, a pretensão também continua a existir — não é que ela morra não — mas é que ela fica sujeita a ter a sua eficácia paralisada, como ocorre em qualquer exceção de direito material. A prescrição é uma exceção material como é a do direito de retenção. Como é a EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS. O credor não pode fazer valer a sua pretensão em face do devedor se este utilizar-se desta defesa. Se ele *não* se utilizar, pode ele ter benfeitorias, pode o autor haver descumprido cláusula do contrato, e será como nada.

Como se vê, o credor não perde direito algum, muito menos a ação. É isso a prescrição.

E o que é a decadência?

A decadência é o seguinte: naqueles casos em que a lei impõe que o titular do direito potestativo o exerça judicialmente, ela pode marcar um prazo também, sob pena de perda do direito na hipótese de o prazo decorrer IN ALBIS. Aí, o titular perde o direito e não pode mais obter a satisfação do mesmo. O direito à renovação de contrato, por exemplo, direito à ação rescisória, direito de anular os atos jurídicos em geral.

Esses direitos, quando precisam ser exercidos judicialmente, podem ficar sujeitos a um prazo, findo o qual eles desaparecem; o titular perde o direito se não o exercer naquele prazo; a decadência é isso, desfaz o direito. Pontes de Miranda, que não gosta de dizer decadência, chama de *prazo preclusivo*[35], mas o conceito é o mesmo. Então a distinção é muito fácil; basta ver se trata de um direito cuja satisfação dependa de comportamento alheio, isto é — direito a uma prestação, ou se se trata de um direito potestativo. Agora, as conseqüências são diferentes, porque na decadência desaparece o direito, de modo que não precisa o réu de alegar; o juiz pode conhecer de ofício, pois não há direito, não pode jamais julgar o pedido procedente. Deve conhecer EX-OFFÍCIO. Já a prescrição não. Prescrição é defesa; defesa que o réu utiliza se quiser.

35 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 137 e seguintes.

Só há decadência em direito potestativo, como só há prescrição de direito a uma prestação. Com certa facilidade podemos perceber a distinção entre os institutos lá no art. 177 do Código Civil com este critério.

E há outro critério que é a conseqüência deste e é muito prático também. Decorre do exame da natureza jurídica da ação. Cuida-se de saber se a ação é constitutiva ou não. Se for constitutiva, então é porque o direito a ser postulado é um direito potestativo; neste caso, só pode haver decadência. Não pode haver prescrição em ação constitutiva. Toda ação constitutiva é incompatível com o instituto da prescrição. Agora, se a ação não for constitutiva, ou, em outros termos, se a ação for declaratória ou condenatória, é porque o direito a ser postulado é um direito subjetivo, cuja concretização depende de um comportamento do devedor, depende do cumprimento da prestação; nesta hipótese, só pode haver prescrição.

Apontam, ainda, os autores, diversas características que diferenciam os dois institutos: a prescrição pode ser suspensa e interrompida, a decadência não; "a prescrição é instituída com fundamento em um MOTIVO de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência é criada não só por motivo, mas no INTERESSE também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até EX-OFFÍCIO"[36]. A prescrição é renunciável e resulta exclusivamente da disposição e a decadência é irrenunciável e advém não só da lei, como do contrato e de testamento[37].

3.2. Distinção Entre Prescrição e Mera Faculdade (Direitos Facultativos)

Verificamos que, tanto, no caso de prescrição quanto no de decadência, a decorrência de um lapso de tempo de inércia do título de um direito, fatalmente, acarreta-lhe uma punição: Paula tem, supostamente, o direito de anular seu casamento, entretanto não ajuíza a ação para anulá-lo. Caio é suposto credor de dívida vencida de Tício, mas não ajuíza a ação de cobrança em face deste. A faculdade que o direito põe em mãos de ambos os titulares é punida pela inércia de ambos. Em relação a Paula, a decadência, por se tratar de direito potestativo; a Caio, prescrição, por se cuidar de direito subjetivo.

Ocorre, entretanto, que há outros direitos subjetivos sobre os quais o

36 PEREIRA, Caio Mario da Silva, op. cit., p. 596/597, sendo os destaques do original.
37 MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, V. 1º, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1970, p. 303.

fenômeno da passagem do tempo, aliado à inércia de seus titulares, jamais acarretam a prescrição.

Dispõe o nosso Código Civil:

> "Art. 623 — Na propriedade em comum, co-propriedade ou condomínio, cada condômino ou consorte pode:
> .....
> III — Alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la (art. 1.139).
> Art. 569 — Todo proprietário pode obrigar o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se, proporcionalmente, entre os interessados, as respectivas despesas.
> Art. 629 — A todo tempo, será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum."

Em todas as hipóteses, vemos que, ao titular do direito subjetivo, é facultado, respectivamente, alienar a coisa, exercer a ação FINIUM REGUNDORUM e a ação COMMUNI DIVIDUNDO, regulamentadas nos artigos 1.117 e seguintes, e 946 e seguintes, respectivamente, do Código de Processo Civil, mas se não ajuizarem a correspondente ação em 1, 5, 10, 20, 30, 50 ou mais anos, não ficarão obstados de promovê-la no momento em que isto lhes interessar, pois o lapso de tempo em que ficaram inertes não lhes acarreta a paralisação da pretensão (Prescrição).

Como os dos exemplos acima, há *n* direitos subjetivos, cuja inércia de seus titulares não é punida por qualquer prazo fatal, não se lhes acarreta a incidência da prescrição, porque não são afetados pelo tempo, tendo em vista, que são direitos facultativos, são coisas meramente facultativas.

Não é fácil explicar esta categoria de direito, estabelecendo-se uma distinção em virtude da qual se possa, validamente, afirmar que o Direito *x* é prescritível, o direito *y* é facultativo, pois o nosso IUS POSITUM não os distingue, não discrimina taxativamente cada espécie de PER SI. Como explicar?

San Tiago Dantas[38] explica:

> "É a teoria dos direitos facultativos. Diz que todas as vezes em que o nosso direito consiste numa faculdade que fica ao arbítrio usar ou não, não se verifica a prescrição; todas as vezes em que isto não se dá, então, se tem a ocorrência da prescrição. A originalidade do

38 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, op. cit., p. 398.

critério está em que quase todos os direitos subjetivos acarretam consigo uma faculdade de usar ou não usar, ao arbítrio do titular."

Só que, no caso da prescrição, continua o saudoso civilista, existe o ônus de proteger-se o próprio direito subjetivo contra sua lesão, que é "aquele momento em que o direito subjetivo vem a ser negado pelo não cumprimento do dever jurídico que a ele corresponde".[39] No caso do direito facultativo, o direito subjetivo é imune a qualquer lesão:

> "O que se tem aí são casos em que o direito não se contrapõe a uma lesão e não pede reparação e, por conseguinte, não se poderá, com justiça, falar de prescrição."[40]

E exemplificando:

> "Os condôminos de um prédio qualquer; um deles pode dividir o prédio no momento em que quiser. Passam-se 2, 3, 20 anos, nenhum promove esta divisão e não se verifica a prescrição. Por quê? Porque é um direito meramente facultativo; porque não há uma lesão do direito; se a coisa é comum e se estamos sentindo bem em condomínio, não há porque dividir, por conseguinte, não se pode cogitar de prescrição."[41]

39 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, op. cit., p. 399.
40 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, op. cit., p. 400.
41 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de, op. cit., p. 400.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A ASSINATURA PELO BRASIL DO PROTOCOLO À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS REFERENTE À ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE DE 1990

ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE*

Direitos Humanos. Constituição Federal Brasileira de 1988 e Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte de 1990. Assinatura do Protocolo pelo Brasil: Fundamentos Jurídicos.

O Ministério das Relações Exteriores, por meio de sua Divisão da Organização dos Estados Americanos (DEA), solicita, por mensagem de fax de ontem, 15 de abril de 1994, meu parecer, como perito em matéria de direitos humanos, sobre a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a fim de orientar e fundamentar uma tomada de posição do Brasil quanto à assinatura do referido Protocolo. Este último encontra-se aberto à assinatura e ratificação ou adesão de todo Estado Parte na Convenção Americana (artigo 3)[1].

2. O Brasil é Parte na Convenção Americana, cujo artigo 4 consagra o direito à vida como um direito fundamental e *inderrogável*. Como tal, este

1 O Protocolo, adotado em Assunção em 08 de junho de 1990, no XX período ordinário de sessões da Assembléia Geral da OEA, já foi firmado pela Nicarágua (em 30.08.1990) e pelo Equador (em 27.08.1990). Cf. OEA, doc. OEA/Ser.A/48(SEPF) (Série sobre Tratados nº 73, Documentos Oficiales), p. 17.

* Parecer que contém os fundamentos jurídicos para a decisão tomada pelo Brasil de firmar o segundo Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativos à abolição da pena de morte.

direito, e suas garantias, não admitem suspensão ou qualquer tipo de restrições (artigo 27(2) da Convenção). Enquanto o primeiro parágrafo do artigo 4 define o propósito geral de proteção ao direito à vida, os cinco parágrafos seguintes dedicam-se à questão da pena de morte; o artigo 4(3) é peremptório ao proibir o estabelecimento da pena de morte nos Estados Partes que já não a aplicam.

3. Não há mais possibilidade de reservas ou declarações interpretativas relativas a disposições da Convenção Americana, uma vez que o derradeiro momento para isto, o da manifestação do consentimento (ou seja, da adesão do Brasil à Convenção, em 25 de setembro de 1992), já passou[2]. Tampouco teriam qualquer sentido tais reservas ou declarações, porquanto há uma alentadora coincidência no propósito básico e último tanto do direito internacional como de nosso direito público interno no tocante à proteção do ser humano, de que dá testemunho o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988, ao agregar, ao elenco dos direitos básicos constitucionalmente consagrados, os direitos e garantias expressos em tratados internacionais em que o Brasil é Parte[3]. E o artigo 5(1) da Constituição acrescenta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (como a que consagra a inviolabilidade do direito à vida, no artigo 5) têm aplicação imediata[4]. Assim, as disposições do artigo 4 da Convenção Americana, dentre outras, são diretamente aplicáveis (*self-executing*), no Brasil, por força inclusive de nossa Constituição.

2 Diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, os tratados de caráter humanitário, dotados de mecanismos de supervisão próprios, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano: como tais, requerem interpretação e aplicação próprias. Assim, em nada surpreende que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ao dispor sobre a extinção ou suspensão de um tratado em decorrência de sua violação, excetua expressamente as "disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário" (artigo 60(5)). Trata-de se uma cláusula de salvaguarda ou defesa dos seres humanos. Ademais, a Convenção de Viena (de que é signatário o Brasil, com processo de ratificação em curso, e cujos preceitos têm de modo geral sido observados em nossa prática) proíbe que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27).

3 Para minha proposta original, subseqüentemente aceita, de inserção desta cláusula na Constituição Brasileira de 1988, concomitantemente com a pronta adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, cf. A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", *in Assembléia Nacional Constituinte — Atas das Comissões*, vol. 1, Brasília, nº 66 (supl.), 27.05.1987, p. 111, e cf. p. 109-116.

4 Para que uma norma convencional internacional possa ser diretamente aplicável, considera-se necessária à conjunção de dois elementos, quais sejam: primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem necessidade de um ato legislativo ou de medidas administrativas subseqüentes.

4. Impõe-se uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana *em seu conjunto*, o qual revela uma inequívoca tendência restritiva do âmbito de aplicação da pena de morte mesmo nos países em que esta subsiste, de modo que continue se reduzindo até sua supressão final. Enquanto o artigo 4(4) da Convenção busca suprimir a pena de morte para determinados delitos (políticos e comuns conexos), o artigo 4(2) estabelece a proibição absoluta de estender no futuro a aplicação da pena de morte (para toda classe de delitos). Há, pois, como assinalou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (em parecer sobre *Restrições à Pena de Morte*, de 8 de setembro de 1983), uma proibição absoluta, *ipso jure*, não só de restabelecimento da pena capital (artigo 4(3)), como também da extensão de sua aplicação (ou de legislação *a posteriori* nesse propósito) a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente pelo direito interno dos Estados Partes[5].

5. Esta tendência internacional proibitiva da pena de morte não se limita a nosso continente, como o demonstra a adoção, nos últimos anos, a par do [Segundo] Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), do [Segundo] Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas sobre a Abolição da Pena de Morte (1989), e do Protocolo nº 6 à Convenção Européia de Direitos Humanos sobre a Abolição da Pena de Morte (de 1983, em vigor desde março de 1985). No âmbito de aplicação da Convenção Européia, em importante sentença de 07 de julho de 1989 (caso *Soering*), a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que o próprio "risco real" de o reclamante (um nacional alemão) ser extraditado pela Grã-Bretanha (onde, detido em uma prisão, aguardava a decisão da extradição) aos Estados Unidos e ali (em Virgínia) ser julgado por homicídio e condenado à pena de morte, e ser submetido a um "sofrimento intenso e prolongado" aguardando a execução (o chamado "*death row phenomenon*"), impedia o Reino Unido de extraditá-lo aos Estados Unidos; caso contrário, agregou a Corte, estaria o Reino Unido incorrendo em violação do artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos (por tratamento desumano). Segundo a construção jurisprudencial sob o artigo 3 daquela Convenção, por "tratamento desumano" (aliás, também proibido pelo artigo 5(III) da Constituição Federal brasileira) há de entender-se ao menos o tratamento que "deliberadamente cause sofrimento grave, mental ou físico"[6].

6. O artigo 5(XLVII)(a) de nossa Constituição de 1988 proíbe a pena de

5 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la Pena de Muerte*, Opinión Consultiva OC-3/83, del 08 de setiembre de 1983, p. 3-45.

6 Cf. European Court of Human Rights, *Soering Case* (Judgment), Strasbourg, Council of Europe, 07 de july 1989, p. 1-42.

morte, salvo em caso de guerra declarada. O Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte não admite reservas, salvo apenas "em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar" (artigo 2). Ainda assim, não há que perder de vista que, até mesmo em situações de conflitos armados (internacionais e não-internacionais) e de "distúrbios e tensões" internos, próprias do direito internacional humanitário, tem-se manifestado a forte tendência restritiva e proibitiva da pena de morte.

7. O Brasil é Parte tanto nas quatro Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário como nos dois Protocolos Adicionais de 1977 àquelas Convenções. Assim, há que ter sempre em mente suas normas humanitárias que impõem proibições e restrições à pena de morte, particularmente as seguintes: Convenção III, artigo 101; Convenção IV, artigo 68(1) e (4), e artigo 75(1), (2) e (3); Protocolo I, artigo 77(5), e artigo 76(3); Protocolo II, artigo 6(2), (4) e (5); e artigo 3 (1) (1) (d) comum às quatro Convenções de Genebra —, disposições estas que obrigam o Brasil. A prática tem registrado intervenções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no propósito de impedir ou evitar execuções, em situações cobertas pelas disposições supracitadas[7].

8. Do exposto, não pode restar qualquer dúvida quanto à clara e inexorável evolução limitativa e abolicionista da pena de morte sob o direito internacional contemporâneo dos direitos da pessoa humana. Tal tendência abolicionista encontra-se indissoluvelmente ligada ao próprio movimento dos direitos humanos[8]. Com efeito, as restrições à pena de morte têm alcançado até mesmo Estados que não ratificaram determinados tratados de direitos humanos. Ilustra-o um caso recente (nº 9647) relativo aos Estados Unidos, em que os peticionários (J.T. Roach e J. Pinkerton) ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foram sentenciados e executados sob pena de morte por delitos pelos quais haviam sido julgados e que haviam cometido

7 No âmbito do direito humanístico (*Le CICR et les condamnations à mort*, 1982 rev. 1987), o CICV tem intervindo para impedir as execuções em massa, para evitar as execuções sumárias e às de determinadas categorias de pessoas (menores de 18 anos no momento do delito, mulheres grávidas, mães de crianças com pouca idade, condenados mediante flagrante denegação de justiça). O CICV tem também intervindo para assegurar as garantias de um julgamento justo (*fair trial, procès équitable*) e para evitar condenações à morte por delitos que não sejam de "extrema gravidade"; tem, ademais, realizado visitas a condenados à morte (com o assentimento destes), essencialmente para examinar as condições de detenção.

8 Cf. Amnesty International, *When the State Kills... — The Death Penalty v. Human Rights*, London, Amnesty International, 1989, p. 1-268. A par de situações específicas do direito humanitário (*supra*), impõem-se restrições e proibições à pena de morte em quaisquer circunstâncias, como revela um substancial relatório apresentado às Nações Unidas; Roger Hood, *The Death Penalty — A World-Wide Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989 (reprint 1990), p. 1-167.

antes de completar os dezoito anos de idade. A CIDH viu-se na posição de dirimir se, na legislação norte-americana, a ausência de uma proibição federal relativa à execução de delinqüentes menores de idade constituía ou não uma violação das normas de direitos humanos aplicáveis. Não sendo os Estados Unidos Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a CIDH examinou a questão à luz da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e de seus próprios Estatuto e Regulamento[9].

9. Ponderou a CIDH que a diversidade da prática nos Estados da União (alguns ainda aplicando a pena de morte e outros já a tendo abolido) levava à aplicação fortuita de "sentenças totalmente distintas" em decorrência do local de comissão de um mesmo delito; configurava-se, assim, por esta "legislação arbitrária", uma "aplicação arbitrária da privação dos direitos à vida e à igualdade perante a lei". Por conseguinte, concluiu a CIDH, o Governo dos Estados Unidos violou o artigo I (direito à vida) e o artigo II (direito à igualdade perante a lei) da Declaração Americana ao executar os dois menores de dezoito anos de idade[10]. O fato de não serem os Estados Unidos Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos não os eximiu de responder, pela aplicação da pena de morte aos dois menores, perante a CIDH, e tampouco inibiu ou impediu esta última de responsabilizar o Governo dos Estados Unidos no presente caso por violação dos direitos humanos.

10. À luz da evolução acima referida, de restrições à pena de morte tendentes à sua supressão final, e sobretudo à luz das obrigações que vinculam o nosso país, o debate sobre a pena de morte reaberto no Brasil, nos termos em que se tem tentado conduzi-lo, afigura-se, como já tive ocasião de advertir publicamente, extemporâneo, retrógrado, ocioso e pernicioso, se não patéti-

9 Isto porque, no entendimento da CIDH (em resolução sobre o caso adotada em 1987), em decorrência das obrigações internacionais contidas nos artigos 3(j), 16, 51, 112 e 50 da Carta da OEA, as disposições de "outros instrumentos da OEA sobre os direitos humanos" — no caso, a Declaração Americana e seus próprios Estatuto e Regulamento — "adquiriram força obrigatória". Mais recentemente, em parecer de 1989, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou que a Declaração Americana de 1948 contém e define os direitos humanos a que se refere a Carta da OEA, de modo que não se pode interpretar e aplicar esta última em matéria de direitos humanos sem integrar suas normas pertinentes com as disposições correspondentes da Declaração, como resulta da prática seguida pelos órgãos da OEA. Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, "Formación, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *XVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (1990)*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1991, p. 18-19 e 28.

10 OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987*, p. 158-187 (resolução nº 3/87 sobre o caso nº 9647).

co[11]. Trata-se de um falso tema: não há como conduzir com seriedade um debate como o atual em que se faz abstração das obrigações internacionais do Brasil. O não-estabelecimento da pena de morte é uma clara obrigação convencional contraída pelo Brasil (em virtude do artigo 4(3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

11. O Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte dá um passo adiante, ao determinar que os Estados Partes "não aplicarão em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição" (artigo 1). O Protocolo dá novo ímpeto à tendência "favorável à abolição da pena de morte", expressamente reconhecida em seu preâmbulo. À obrigação convencional internacional soma-se a obrigação constitucional: a Constituição Federal de 1988 determina que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5(XLVII)(a)). O direito internacional dos direitos humanos, que vincula o Brasil, e nosso direito público interno, apontam, pois, na mesma direção. Não vejo qualquer óbice constitucional à assinatura pelo Brasil do Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte; ao contrário, a pronta assinatura pelo Brasil do referido Protocolo tem o mérito de esclarecer de uma vez por todas e enfatizar nosso comprometimento irreversível com o dever de não-aplicação da pena de morte no Brasil. Com a referida assinatura, assume o Brasil o dever adicional de não frustrar o objeto de propósito do Protocolo antes de sua [futura] entrada em vigor[12].

12. Resta-me um último aspecto a considerar, atinente ao atual processo de revisão constitucional em nosso país. Poder-se-ia perguntar se não seria conveniente aguardar a conclusão dos trabalhos correntes do Congresso Revisor, estabelecido em virtude do artigo 3 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Constituição de 1988), antes de proceder à decisão quanto à assinatura do Protocolo. Tampouco vejo como este ponto poderia afetar ou prejudicar minha recomendação de pronta ou imediata assinatura pelo Brasil do supracitado Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte. O artigo 60(4) (IV) da Constituição Federal de 1988 determina que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais". Esta questão encontra-se, pois, fora de discussão, por determinação da própria Constituição. Entendo que o atual Congresso Revisor estabeleceu-se como poder constituinte *derivado*, desprovido por conseguinte da faculdade de impor restrições — por emendas ou por revisão — aos direitos individuais consagrados em nossa Constituição e nos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte.

11 A.A. Cançado Trindade, "A Pena de Morte e o Brasil", *Folha de São Paulo*, SP, 15 de março de 1993, p. 3.

12 Artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

13. A matéria foi tratada de modo *definitivo* pelo poder constituinte *originário*. E vou mais além: a partir do momento em que o Brasil, pela adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se comprometeu a não mais sequer cogitar da aplicação da pena de morte no país (*supra*), no futuro nenhum poder constituinte, nem mesmo originário, estaria facultado a proceder a uma revisão da posição tomada —, exceto se se ousasse cogitar de uma denúncia bizarra da Convenção Americana[13], o que exporia o país ao opróbrio da comunidade internacional. Os direitos e garantias consagrados na Convenção Americana constituem, em última análise, uma conquista definitiva da civilização.

14. Como venho sustentando nos últimos 17 anos[14], no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno*. No que diz respeito ao âmbito de ação precípua do Itamarary, importa ter sempre presente que a violação da obrigação de não-aplicação da pena de morte no país configuraria a responsabilidade internacional do Brasil. Ao proceder à pronta assinatura do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, estará o Governo brasileiro não só fortalecendo os compromissos já assumidos, como também prestando um grande serviço ao país e aos brasileiros, em plena conformidade com a Constituição Federal vigente, ademais de contribuindo, com este novo passo, à causa da prevalência dos direitos humanos em nosso meio social.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

13 A qual tampouco teria efeito imediato: expirado um prazo de 5 anos a partir da data da entrada em vigor da mesma, requereria um aviso prévio de um ano e não desvincularia o Estado em questão das obrigações convencionais no tocante a qualquer ato delas violatório cometido anteriormente à data na qual a denúncia produzisse efeito (cf. artigo 78 da Convenção Americana).

14 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) p. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos", 46 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1993) nº 182, p. 27-54.

ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS: O PROBLEMA NO BRASIL

ANTÔNIO CELSO ALVES PEREIRA

I) Um dos fatos mais importantes a destacar no processo de evolução e de democratização de Direito Internacional neste século é a consagração, pela melhor doutrina, da personalidade internacional do homem. Dentre as controvérsias que ainda persistem nessa matéria está o problema do acesso individual aos tribunais internacionais. A Corte Internacional de Justiça, refletindo a conceituação de soberania nacional vigente à época de sua criação, e preocupada em não invadir o chamado ''domínio reservado do Estado'' registra no artigo 34 do seu Estatuto que somente os Estados poderão ser partes em questões submetidas a julgamento em seu âmbito. Contudo, merece especial relevo o fato de que, no processo de evolução do direito internacional em matéria de proteção dos direitos humanos, caminhou-se na direção do reconhecimento da capacidade processual individual, ou seja, foram criados mecanismos que permitem aos indivíduos, independentemente do sistema clássico da proteção diplomática, argüir seus direitos por meio dos instrumentos internacionais de implementação dos direitos humanos, expressos no sistema de petições individuais dos órgãos de supervisão internacional. Devemos registrar a existência de órgãos de supervisão erigidos diretamente de resoluções e dos próprios textos de Cartas instituidoras de organismos internacionais e, obviamente, aqueles oriundos de tratados e convenções relativos aos direitos humanos. A título de exemplo, citemos, dentre outros, o Comitê de Direitos Humanos do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê contra Tortura da Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, os órgãos criados pela Convenção Européia de Direitos Humanos — a Comissão e Corte Européia de Direitos Humanos — e, no Continente Americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos — artigo 112 da Carta da OEA e artigo

33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica — 1969 — e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também criada pela referida Convenção.

Convém assinalar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de conformidade com o art. 41, tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos dos povos da América. O artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece:

"Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, (OEA) pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte". Consulte-se, também, o artigo 25 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

É bom deixar claro que este sistema de petições só pode ser acionado pelo indivíduo, uma vez esgotados todos os recursos da jurisdição interna ou quando não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados. (Art. 46, nº 1, letra *a* e nº 2, letra *a* da referida Convenção.)[1]

II) Convém destacar que, na linha histórica moderna, o ponto de partida da luta pelos direitos do homem foi determinado pelo movimento cultural-filosófico do Iluminismo, sobretudo no que diz respeito à liberdade de pensamento. A pioneira "Declaração da Vírginia", de 1776, a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789, da Assembléia da Revolução Francesa, são elementos fundamentais do processo evolutivo que, realmente, só alcançaria amplitude internacional com a concretização de alguns dos principais objetivos da lutas sociais do século XIX, decorrentes dos problemas intrínsecos às relações capital/trabalho surgidos com a 1ª Revolução Industrial. A Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, outorgada em 1891, teve esse tema como ponto central e lançou as bases da Doutrina Social da Igreja Romana. Já no século XX, a criação do OIT — Organização Internacional do Trabalho, pelo Tratado de Versalhes, em 1919, é outro marco a destacar nesse processo evolutivo, que traria a consagração da expressão "direitos sociais" chamados de segunda geração na classificação didática

1 "O direito de *petição individual*, pelo qual um particular — distintamente da proteção diplomática — vê-se capacitado a interpor uma reclamação perante um órgão internacional mesmo contra o seu próprio Estado, juntamente com a noção de *garantia coletiva* (mais realçada nas petições interestatais) constituem dois dos traços mais marcantes do novo sistema de proteção internacional dos direitos humanos". Cançado Trindade, Antônio Augusto — *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 7.

geral dos direitos humanos. Contudo, neste contexto, procede a observação de Antonio Augusto Cançado Trindade[2] e que, na ordem internacional, os direitos sociais podem ser listados como sendo os de primeira geração.[3]

A criação da ONU, em 1945, e a promulgação da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", em 1948, trouxeram, de forma definitiva, o problema dos direitos humanos às grandes discussões internacionais, com profundos reflexos na ordem interna das sociedades nacionais.

"A Declaração Universal — afirma Bobbio — contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela é concreta, dos direitos positivos universais... A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas as suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre."[4]

Assim, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma série de instrumentos internacionais vieram à luz abordando os temas mais variados do elenco dos direitos inalienáveis da pessoa humana, cada um resultante de um movimento e de uma realidade política e histórica, todos, contudo, convergentes e, ao cabo, marcados pela indivisibilidade:

Diante do que acabamos de discutir, cabe-nos apontar que, neste final de século, como ensina o já citado Norberto Bobbio, o problema central dos direitos humanos, "não está em saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados."[5]

III) A partir das idéias acima expostas, acreditamos estar bem claro o fato de que o ponto central da questão dos direitos humanos, sobretudo no âmbito do Terceiro Mundo, concentra-se, sobretudo, na efetividade dos mecanismos internos e internacionais de implementação desses direitos e no papel do

2 Consulte-se a respeito, Cançado Trindade, Antonio Augusto — *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos — Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos* — Editora Saraiva: São Paulo, 1991, p. 3/8 e 25/29 e 410.

3 *Apud*, Mello, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público* — Editora Renovar, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1º vol., 1992, p. 625.

4 Bobbio, Norberto — *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 30.

5 Idem, idem, p. 25.

Estado e das organizações não-governamentais, nessa questão. O Estado, ao assumir, pela ratificação, o compromisso de garantir aos indivíduos sob sua jurisdição o gozo dos direitos consagrados em uma convenção internacional sobre direitos humanos, obriga-se, é óbvio, não apenas a assegurar o fiel cumprimento do dito compromisso, mas tem também, o dever de prevenir e diligenciar para que o tratado não seja letra morta. As convenções internacionais versando sobre a proteção dos direitos da pessoa humana, pela natureza dos temas que elas consagram e considerando a titularidade dos direitos protegidos, consubstanciam matérias claramente capituladas no rol dos temas relativos à ordem pública. Como ensina Antonio Augusto Cançado Trindade, os tratados de direitos humanos "são distintos dos tratados do tipo clássico que incorporam restritivamente arranjos e concessões recíprocos, os tratados de direitos humanos prescrevem obrigações de caráter essencialmente objetivo, a serem garantidos ou implementados coletivamente, e enfatizam a predominância de consideração de interesse geral ou *orde public* que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes. A harmonização de suas normas com o direito interno dos Estados Partes, assim como a posição que possam vir a ocupar neste último, dependerão não apenas de considerações de ordem constitucional interna, mas também de desenvolvimentos confiados aos órgãos internacionais estabelecidos pelos tratados de direitos humanos".[6]

As diversas convenções internacionais sobre direitos humanos, sejam aquelas voltadas para o plano universal, sejam outras direcionadas ao plano regional, todas insistem no dever inquestionável do Estado-Parte de respeitar e fazer respeitar os direitos da pessoa humana submetida à sua jurisdição doméstica.

IV) A Constituição Brasileira de 1988 avançou bastante nas questões pertinentes aos direitos humanos. Elaborada numa fase muito importante da vida nacional, quando o país transitava dos anos do regime autoritário para o Estado de Direito, a Carta de 1988 consagra em seu Título II, Capítulo I, o problema dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Expressos no artigo 5º e em seus 78 incisos, esses direitos aparecem na legislação brasileira de forma realmente inovadora, trazendo garantias até então inexistentes no Brasil: o mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado

6 Ver texto da excelente Conferência pronunciada pelo Professor Antonio Augusto Cançado Trindade: "Evolução e Fortalecimento da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana em sua Ampla Dimensão" in *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* — IIDH — Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, p. 43/80. Da mesma forma consulte-se do mesmo autor: *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos — Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, p. 3/11.

por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, bem como por partido político com representação no Congresso Nacional, *o habeas data*, que será concedido com o propósito de assegurar o conhecimento, pelo interessado, de informações relativas à sua pessoa contidas em arquivos ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou, se for o caso, para retificar dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, o mandado de injunção passou a ser o instrumento legal a ser utilizado pelo indivíduo quando faltar norma regulamentar que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, a ação civil pública, que pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União Federal, pelos Estados-Membros, pelos Municípios e respectivas autarquias e entidades paraestatais, por fundações e por associações comunitárias. É importante assinalar que a Constituição de 1988, em seu artigo 103, IX, confere às Confederações Sindicais ou entidades de Classe de âmbito nacional, o poder de propor ação da inconstitucionalidade. Além desses dispositivos renovadores, a Carta de 1988 manteve as garantias que vigoravam nas Constituições anteriores, *o habeas corpus*, o julgamento pelo Tribunal do Júri e o mandado de segurança individual. Registre-se, também, o papel que o Ministério Público recebeu da Constituição de 1988, isto é, deu-lhe a função única de fiscal da sociedade, ao contrário do que acontecia no direito constitucional anterior, quando acumulava os papéis antagônicos de advogado do Estado e de fiscal do povo. O artigo 129 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, confere a este importantíssimo órgão papel relevante na defesa dos direitos humanos.

Os direitos sociais são amplamente protegidos pela Constituição de 1988. Os artigos 6º, 7º, 8º, 10, e 11, regulam os aspectos fundamentais dos direitos econômicos e trabalhistas. Os artigos 12 e 14 tratam da nacionalidade e dos direitos políticos. Pelo exposto, podemos deduzir que a lei maior brasileira cobre de forma ampla a proteção dos direitos humanos e, em assim sendo, o problema do desrespeito a esses direitos no país não decorre da inadequação de nossa legislação aos instrumentos internacionais versando sobre o assunto. É bom lembrar que o já citado artigo 5º, em seu parágrafo 2º, ordena: "Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" — O Brasil completou recentemente — 1992 — o quadro ratificações dos tratados e convenções que formam o elenco internacional de instrumentos fundamentais à proteção da pessoa humana em seus mais variados aspectos.

Assim, o ponto central da proteção dos direitos humanos, em escala nacional, está não somente na necessária interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, mas, principalmente, na falta de vontade política, na incompetência burocrática, no rancor ideológico das elites e no fracasso do Estado brasileiro desorganizado e ausente no cumprimento de seus deveres constitucionais mais elementares.

V) Dentre os vários entraves ao pleno exercício dos direitos humanos universalmente consagrados, por parte de indivíduos submetidos à jurisdição brasileira, destaca-se o grave problema do acesso à Justiça. Direitos inalienáveis da pessoa humana são cotidianamente violados, por ação ou omissão do próprio Estado, ou em decorrência das relações privadas.

Embora dotado, como já se falou, em seu aparato, de legislação adequada, o Estado brasileiro fracassou redondamente em suas políticas de proteção às camadas mais carentes de sua população. Uma série de fatores econômicos, políticos e culturais decorrentes das condições históricas em que se deu a consolidação da nação brasileira, fazem aflorar o corte autoritário e exacerbam as contradições de classe, que impedem o desenvolvimento da cidadania em nosso país. Embora se apresente da forma mais cruel nas sociedades nacionais que formam a grande lista das nações pobres, como assinala Mauro Cappelletti, "o movimento por acesso à Justiça tem representado, nos últimos decênios, talvez, a mais importante expressão de uma radical transformação no pensamento jurídico e das reformas normativas em um número crescente de países.

Como movimento de pensamento, o acesso à Justiça expressou uma potente reação entre uma impostação dogmático-formalística que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma, essencialmente de derivação estatal, de um determinado país... Quanto ao plano do método de pensamento, o movimento do acesso à Justiça não se contenta com uma mera descrição do ato jurídico positivo, propõe também uma grande responsabilidade do jurista no plano da elaboração, ou da proteção, das reformas, de modo a responderem a contento aos critérios de acessibilidade".[7]

Na matéria em questão, acesso à Justiça como instrumento eficaz à garantia dos direitos humanos, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXXIV, expressa que o "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Comentando este dispositivo constitucional, José Carlos Barbosa Moreira registra: "A primeira observação, um tanto óbvia, é de que "Estado" designa aí toda e qualquer

7 Cappelletti, Mauro — *O Acesso à Justiça* e *A Função Jurista em Nossa Época* — in Syntheses — Direito do Trabalho Material e Processual — Revista Semestral — 15/92 — Resumo de Francesco Edmondo de Ruggero do artigo publicado na Rev. Proc. 61/ano 16 — p. 26.

entidade político-administrativa: não apenas a União e os Estados-Membros. 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... 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 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[8]. Convém, ainda, assinalar que a Constituição assegura, também, gratuidade aos reconhecidamente pobres do registro civil de nascimento e da certidão de óbito. "São gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei aos atos necessários ao exercício da cidadania" — art. 5º, LXXVII.

Pelo exposto, podemos inferir que a legislação brasileira nessa matéria está amplamente adequada, por exemplo, ao espírito do artigo 43 da Carta da OEA que estabelece obrigação dos Estados-membros de realizar todos os esforços possíveis para desenvolver políticas eficientes e disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos (letra i). Da mesma forma o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que trata das garantias judiciais e que em sua letra *e* expressa o "direito irrenunciável da pessoa humana de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei". Na letra *e* do mesmo dispositivo está claro que se deve conceder ao acusado o tempo e os meios adequados para preparação de sua defesa. O artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) diz: "1-Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil." A letra *d* do mesmo artigo estabelece ainda que toda pessoa terá direito a um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios de remunerá-lo.

A legislação interna brasileira, como vimos, conforma uma gama satisfatória de normas voltadas à possível concretização do acesso à Justiça por

8 Barbosa Moreira, José Carlos — *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo* — in Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 1, Volume 1, 1992, p. 167/168.

parte de pessoas que não dispõem de recursos mínimos para custear batalha judicial para garantir seus direitos. De novo, cito Barbosa Moreira, quando o notável jurista afirma que, no tema em questão, o Brasil conta com textos normativos adequados. "O panorama dos fatos projeta, sem dúvida, imagem muito menos satisfatória: aqui, como alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição do 'país legal' e '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".[9]

São várias as causas que impedem as populações carentes postularem direitos violados nos tribunais. De pronto, aparece a total falta de informação, a ignorância dos próprios direitos, fatos que inibem considerável parcela da população brasileira de procurar a via judicial. Num país com uma massa considerável de analfabetos — 18,9% da população —, torna-se realmente difícil informar o cidadão sobre os seus direitos. Esta é, por si, uma realidade advinda do não-cumprimento, por parte do Estado, de um de seus deveres fundamentais — o direito à educação — universalmente consagrado em vários textos internacionais, sobretudo, no artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e no artigo 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Por falta de informação, milhões de brasileiros não têm sequer, registro civil. Não sabem da obrigatoriedade e da gratuidade do serviço para as pessoas carentes. Segundo o artigo 7º da citada Convenção sobre os Direitos da Criança, 1969 — a criança deverá ser registrada imediatamente após o nascimento e os Estados Partes deverão assegurar a implementação desse direito conforme suas leis nacionais. Pelo que se vê, este é outro compromisso internacional que o Brasil não cumpre a contento.

Os elevados custos judiciais funcionam, também, como obstáculos ao acesso à Justiça. Nas causas de pequeno valor econômico o problema fica solucionado se o demandante procurar os Juizados Especiais de Pequenas Causas, onde ele terá isenção das custas e de outras despesas judiciais. De novo aparece o fator desinformação. A maioria da população carente não sabe, nunca ouviu falar desses Tribunais Especiais e da gratuidade dos seus serviços. Outro elemento determinante é a morosidade e o formalismo dos órgãos judiciários.

"A justiça brasileira é, antes de tudo, demasiadamente lenta. A solução dos litígios requer, geralmente, bastante mais tempo do que seria razoavelmente necessário para o seu término. Processos que poderiam ser solucionados em horas ou dias levam meses e anos, demandas que a boa técnica

9 Op. cit., p. 172.

processual recomendaria finalização em meses e anos demandam décadas... Essa excessiva demora frustra a reparação dos direitos lesados e subtrai do sistema jurisdicional milhões de lesões ao direito. A demora retringe enormemente o âmbito de atuação objetiva da justiça."[10]

Na Justiça do Trabalho, o cerceamento do acesso aos tribunais não é tão gritante, em razão das campanhas e da ação direta dos sindicatos. Talvez seja aí onde haja melhor divulgação e maiores incentivos, entre os segmentos mais desfavorecidos da nossa população, para a busca do direito violado através da via judicial. Apesar disso, a Justiça do Trabalho não funciona adequadamente em razão da lentidão e do acúmulo de ações em suas Juntas e Tribunais. São distribuídas mensalmente 12 mil ações trabalhistas às 54 Juntas de Conciliação e Julgamento da Cidade do Rio de Janeiro. Causas com recursos da decisão da Junta às instâncias superiores têm levado, em média, oito anos para serem resolvidas.

São apontadas várias soluções para minorar esses problemas. Além dos Juizados de Pequenas Causas, é fundamental a criação de mecanismos que prestem assistência jurídica pré-processual, através de conciliação extrajudicial de natureza pública ou privada. Tramita no Congresso Nacional projeto de lei para a criação de comissões paritárias dentro das empresas, para a solução de conflitos trabalhistas. Esse mecanismo, se aprovado, será utilíssimo para a agilização da Justiça, uma vez que ele poderá impedir a transformação do litígio patrão-empregado em processo judicial. Outros "Juizados Especiais, providos por Juízes togados, ou togados e leigos competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos em lei, e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau", podem ser criados pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados e Territórios, conforme o texto do artigo 98 - I, da Constituição de 1988. Assim, sob o mesmo espírito das comissões paritárias acima citadas, deve-se pleitear a criação dos tribunais de vizinhança para dirimir divergências no seio das comunidades, tribunais especiais para resolver pequenas demandas dos consumidores, litígios entre inquilinos e locadores, tudo isso ao lado de outras medidas que possam facilitar ao indivíduo o acesso à Justiça, como campanhas de informação via mídia eletrônica, melhor distribuição de renda e melhores condições de educação para o povo.

VI) Concluindo estas observações acerca do acesso à Justiça como forma de assegurar a implementação dos direitos humanos, registramos mais uma vez, o dever internacional do Estado de respeitar e garantir o pleno exercício

10 "Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público" — apud — Baracho, José Algredo de Oliveira — *Democracia e Poder Judiciário* — Revista da Faculdade de Direito — UFMG, Belo Horizonte — V. 32 — 1989, p. 53/54.

dos direitos da pessoa humana reconhecidos e protegidos por uma ampla lista de tratados e convenções que formam direito internacional dos direitos humanos.

Cançado Trindade discorrendo sobre a "Evolução e Fortalecimento da Proteção Internacional dos Direitos de Pessoa Humana em sua dupla Dimensão", registra o fato de que no caso Irlanda vs. Reino Unido, a Comissão Européia de Direitos Humanos, em Relatório de janeiro de 1976, comentava que o artigo 1º da Convenção Européia sobre Direitos Humanos estabelece que as Partes Contratantes devem assegurar a qualquer pessoa sob sua jurisdição os direitos nela consagrados, e, da mesma forma, têm o dever não só de abster-se de qualquer ato envolvendo uma violação dos direitos consagrados na Convenção, mas igualmente assegurar o gozo de tais direitos em seus ordenamentos jurídicos internos de modo a "proibir qualquer ato, da parte de órgãos e agentes do Estado ou de indivíduos ou organizações privadas". Nessa mesma perspectiva, Cançado Trindade comenta, também, a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentenças de 1988 e 1989 — Casos Velasques Rodriguez e Godinez Cruz, onde a Corte deixou bastante claro "o dever jurídico do Estado de prevenir, investigar e sancionar as violações dos direitos humanos no âmbito de sua jurisdição... Se o aparato de Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos o mais cedo possível, pode afirmar-se que o Estado deixou de cumprir com seu dever de assegurar o livre e pleno exercício de seus direitos às pessoas sob sua jurisdição".[11]

O acesso à Justiça é, portanto, uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos. Como quer a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 25 "toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais".

Portanto, não basta adequar a sua legislação aos compromissos assumidos internacionalmente se, internamente, o governo brasileiro não puder assegurar os meios para que sua população possa, quando for o caso, buscar a proteção dos tribunais, e, da mesma forma, fazer cumprir toda decisão judicial em que se tenha considerado procedente o recurso. A situação dos direitos humanos no Brasil é gravíssima. O modelo econômico concentrador é responsável pelo

11 *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, p. 56/57.

acelerado empobrecimento do povo — milhões de brasileiros passando fome, milhões de analfabetos e de desamparados de toda a sorte. Como buscar, por exemplo, proteção individual nos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos se grande parcela da população brasileira não tem conhecimento de seus direitos constitucionais mais elementares. A mídia eletrônica, que poderia exercer papel preponderante nessa questão, está a serviço dos grupos dominantes e pouco faz para levar às populações carentes o mínimo de informações sobre seus direitos. Com uma população economicamente ativa de 64 milhões de pessoas, apenas 16 milhões têm carteira de trabalho assinada. Não podemos nos esquecer dos 10 milhões de brasileiros que perambulam pelos campos à procura de terra e de trabalho — os chamados sem-terra — e são vítimas constantes da violência e da discriminação por parte dos proprietários agrícolas.

No quadro geral da crise brasileira o Poder Judiciário aparece com destaque. Como já observamos, a morosidade e o formalismo estão presentes no cotidiano dos órgãos judiciários. Corrupção, aplicação de verbas monumentais na construção de prédios faraônicos para instalar tribunais, corporativismo excessivo, ausência de controle externo, tudo isso afasta o Judiciário do povo. A organização administrativa dos tribunais é arcaica, ineficiente, resulta de antigos métodos burocráticos herdados da processualística colonial portuguesa, no espírito do velho sistema inquisitorial ibérico usado, na América Latina, como disse o jurista argentino Alberto Binder, "há séculos para perseguir as bruxas e hereges de forma totalmente arbitrária".[12]

Sabemos que neste final de século, com a incrível aceleração do tempo histórico e a complexidade dos conflitos sociais, os procedimentos processuais tradicionais já não respondem com eficácia às exigências da nova realidade. No caso brasileiro precisamos, urgentemente, efetivar a reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal. Os interesses difusos e coletivos estão a requerer novas atitudes, novos métodos e novas formas processuais. Cappelletti ensina "que se têm demonstrado bastante eficazes as associações privadas instituídas com a finalidade de tutelar determinados interesses difusos. Esse fenômeno levou a uma 'metamorfose' do direito processual, com a legitimação de um indivíduo (ator de classe) ou de uma associação em promover um juízo no qual estão interessados um número muito grande de 'partes anuentes', com a possibilidade de obter decisão judiciária envolvendo milhões de pessoas. O obstáculo processual consiste no fato de que a solução processual — o processo ordinário contencioso — mesmo quando são supe-

12 Apud Marcio Moreira Alves — A Reforma do Judiciário — in "O Globo", Edição de 18/02/94, p. 4.

rados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano do interesse das partes, nem naqueles dos interesses mais gerais da sociedade''.[13]

Flagrante e continuado desrespeito aos direitos humanos está patente na desorganização nas Varas de Execução Penal, principalmente no Rio de Janeiro. Dezenas de detentos, cujas penas já foram totalmente cumpridas, permanecem presos, outros, que poderiam gozar dos benefícios da lei — prisão aberta, redução de pena etc. — da mesma forma não têm como buscar esses direitos, por não terem condições econômicas para contratar advogado e por não haver defensores públicos em número suficiente para atendê-los. O artigo 9 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é claro quando afirma que ninguém poderá ser privado de sua liberdade arbitrariamente e que qualquer pessoa terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento.

Por último registramos a nossa convicção de que os segmentos de baixa renda da população brasileira só terão, de fato, condições de livre acesso à Justiça quando, ao lado da vontade política dos governantes para fazer cumprir as leis, para reformar o Estado, para criar mecanismos que promovam uma justa distribuição de renda nacional e a executar reformas profundas na estrutura educacional do país, seja feita uma ampla reforma do Poder Judiciário, para simplificar os ritos, afastar o corporativismo e democratizá-lo para que possa abrir-se aos pobres e desvalidos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem — 1948 — diz:

''Artigo VIII — Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.''

13 Cappelletti, op. cit., p. 27.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E ADVOCACIA CRIMINAL

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

À luz dos valores constitucionais, a mais preciosa e elevada missão do advogado criminal é a *defesa da liberdade individual*, cumprindo-lhe resguardá-la, quer em face de uma prisão manifestamente arbitrária, fruto do capricho da autoridade, e executada sem qualquer base em normas do direito positivo, quer diante de uma prisão que pretenda se revestir de legalidade, mas que traduza, na essência, um intolerável abuso de poder.

É no desempenho desta tarefa protetora da liberdade que o criminalista haverá de se transformar no *guerreiro*, a que Justiniano equiparava todo advogado (Bielsa, ''La Abocacia'', 3ª ed., 1960, p. 26).

No estágio atual da civilização, a liberdade individual alçou-se a um patamar de maior relevância, no elenco dos direitos humanos, secundando de perto o próprio direito à vida. Daí, a extrema responsabilidade de seus guardiães, e a nobreza do mister que lhes é confiado.

A sempre louvada Constituição Espanhola de 1978, logo na primeira linha de seu artigo inaugural proclama: ''Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.''

Nossa Carta, de 1988, também em seu artigo de abertura, coloca, dentre os cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E sem respeito à liberdade individual, não há cidadania, nem dignidade da pessoa humana.

Esta ascensão da liberdade como valor exponencial no ordenamento jurídico reflete-se na aplicação de um dos princípios básicos do Direito Penal — o princípio da proporcionalidade entre a pena e o crime — descortinado desde o iluminismo por Beccaria. Nesta ordem de idéias, os penalistas modernos, com destaque para Franco Bricola, sustentam que qualquer limitação da liberdade pessoal há de ser considerada como *extrema ratio*. A pena de

prisão somente terá cabimento quando o ilício penal traduzir uma significativa lesão de valor constitucionalmente relevante, que autorize sacrificar-se a liberdade do infrator (vide Bustos Ramirez, "Introducción al Derecho Penal", 1986, p. 203).

Apesar desta magnitude do valor liberdade e da proeminência do mister de ampará-la que nos é confiado, bem sabemos — nós advogados criminais — dos percalços que sofremos para desempenhá-lo, e de como é afanoso superar as barreiras das incompreensões e dos preconceitos que, muitas vezes, procuram sufocar nossos clientes e desacreditar nosso trabalho.

Nas ditaduras, por exemplo, as primeiras vítimas são sempre a liberdade individual, e os que ousarem tentar protegê-la.

Em regra, logo que se instala o regime do arbítrio, os editos iniciais atingem os denominados *direitos-garantia*, que resguardam o direito à liberdade individual. Assim, sucedem-se prisões sem o devido processo legal, ainda mais porque efetuadas à míngua da prática de um crime que lhes sirva de suporte. O *habeas corpus* é emasculado em seu alcance, ou, simplesmente, posto em estado de hibernação.

Durante quase 20 anos fomos submetidos, no Brasil, a um destes impérios das trevas.

Graças a solércia, que parece amalgamada ao caráter de muitos brasileiros, ao eclodir o movimento armado de abril de 1964, o direito a *habeas corpus* não foi, de logo, suspenso ficando mantido, pelo menos de fachada, até o AI-5, de dezembro de 1969.

Entretanto, os leguleios, que sempre se apressam em colocar-se a serviço dos detentores do poder, arquitetaram, de imediato, uma forma fraudulenta de ferir mortalmente a liberdade individual.

A pretexto de existirem suspeitas da prática de delitos militares, ou de crimes contra a segurança externa do País, todos de competência da Justiça Militar, foram instaurados, por este país afora, dezenas de IPMs — Inquéritos Policiais Militares. Com este artifício, tornou-se possível, nos idos de 1964, a prisão de qualquer cidadão brasileiro, ordenada pelos oficiais encarregados das investigações, tendo por base o artigo 156, do então vigente Código da Justiça Militar. Este encarceramento, praticamente insuscetível de controle, no seu mérito, pelo Poder Judiciário, poderia prolongar-se pelo prazo total de 50 dias.

Posteriormente, o AI-2 e a Constituição de 1967 transferiram, em definitivo, para a Justiça Militar a competência para o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, sendo que o Dec.-lei nº 510/69, reproduzindo o Código da Justiça Militar, deu ao oficial encarregado do inquérito poderes para prender o indiciado até 30 dias, prorrogáveis, facultando-lhe manter incomunicável o prisioneiro durante os primeiros 10 dias.

Por fim, o AI-5, de forma direta e sem disfarces, guilhotinou de vez a liberdade individual, ao suspender a garantia do *habeas corpus* para "os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular".

Entretanto, mesmo despojados da mais importante ferramenta de defesa da liberdade individual, os *guerreiros* de Justiniano prosseguiram na luta, usando, ainda, o proscrito *habeas corpus* como uma de suas armas. Só que agora, já que não mais se prestava para colocar as pessoas em liberdade, o *habeas corpus* passou a contribuir para aliviar-lhes dos padecimentos das torturas, ou até para salvar-lhes a própria vida.

Naquela época, as pessoas eram presas em suas casas, locais de trabalho, ou quando, simplesmente, andavam pelas ruas. E isto se executava como verdadeiros seqüestros, praticados por militares, à paisana, ou por policiais civis, todos sem identificação. Depois as vítimas eram levadas para locais ignorados, onde permaneciam vários dias, sem qualquer comunicação da prisão à autoridade judiciária. Era a fase da incomunicabilidade absoluta, das torturas e do desespero das famílias.

Não se deixando imobilizar pela impotência a que lhes queriam submeter, os advogados impetravam *habeas corpus*, mesmo sabendo que o pedido iria, por fim, ser declarado prejudicado, por força do AI-5. Porém, a simples impetração ensejava o pedido de informações às autoridades militares, o que as obrigava a tornar pública uma prisão até então clandestina. Secundariamente, a partir das informações, cessavam as torturas e a vida do preso era resguardada, eis que ele não mais poderia engrossar o rol dos *desaparecidos*.

Por força das incompreensões e dos preconceitos, nós criminalistas sofremos, naquela época, nossos ferimentos ao longo das batalhas. No Rio de Janeiro, dentre os poucos advogados que se dispuseram a defender os perseguidos políticos, quase todos foram submetidos à prisão, tais como Sobral Pinto, Heleno Fragoso, Augusto Sussekind Moraes Rego, George Tavares, Modesto da Silveira, Vivaldo Vasconcellos e Marcelo Alencar, sendo que este último chegou a responder processo perante a 1ª Auditoria da Aeronáutica, em que foi absolvido, e no qual tive a honra de ser escolhido para defendê-lo.

De minha parte, recordo-me que fui libertado do Presídio Naval numa tarde de sábado. Já dois dias depois, na 2ª-feira, deveria estar presente na 2ª Auditoria do Exército, para defender três inimigos figadais do regime, dentre eles, o ex-Senador João Amazonas, então vivendo na clandestinidade.

O fim de semana foi de angústia. Pressões familiares tentando fazer com que desistisse da causa, pois, afinal, tratava-se de revés, para quem a eventual e muito provável condenação nada significaria. Encontrei forças para superar o medo. Ainda trazendo bem vivas na alma as marcas que uma prisão sempre

deixa, assomei à tribuna da Auditoria onde ouvi, com um misto de indignação e amargura, o dr. Promotor clamar pela condenação dos réus, por serem eles, "como comunistas, inimigos da liberdade, liberdade que, graças à *Revolução de 64*, reinava no Brasil..."

Esta foi uma fase da advocacia brasileira que está a exigir um historiador, inclusive para desmascarar muitos bacharéis que colocaram seu conhecimento técnico e suas funções à serviço da ditadura.

* * *

De qualquer forma, dentre as diversas lições que esta experiência legou, uma delas foi a extrema vigilância que se deve manter para a preservação e aperfeiçoamento dos *direitos-garantia*, que se destinam a proteger o direito à liberdade individual.

Por exemplo, a questão da competência para ordenar prisões é fundamental.

A Constituição de 1946 prescrevia que ninguém poderia ser preso, salvo em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente (art. 141, § 2º). Embora o sentido da Carta fosse o de considerar que a autoridade competente seria tão-só, a autoridade judiciária (vide a respeito o nosso "Lei de Segurança Nacional — Um Atentado à Liberdade", 1982, p. 78 e segs.), a legislação infraconstitucional acabou conferindo à autoridade administrativa o poder de decretar prisões cautelares. E foi por esta viela que se embrenharam, depois de 64, aqueles servis leguleios de sempre, acabando por elaborar decretos-leis, relativos à segurança nacional, que conferiram aos oficiais encarregados de IPMs o poder de decretar prisões, insuscetíveis de revisão, em seu mérito, pelo Judiciário.

Mais tarde, quando restabelecido o regime democrático, na fase de elaboração da nova Carta, foi deliberado, nos trabalhos da Comissão de Sistematização, que ficaria explicitado no texto constitucional que a autoridade competente para decretar prisões seria, exclusivamente, a judiciária.

Porém, às vésperas da votação definitiva do texto, o então Presidente da República, sr. José Sarney, em momento de má inspiração, propôs, durante um programa radiofônico ("Conversa ao Pé do Rádio"), que viesse a ser suprimida a expressão *judiciária*, que qualificava a *autoridade competente*. Numa argumentação "ad terrorem", o Chefe do Governo sustentava que aquela garantia, tal como proposta, *deixaria a sociedade indefesa*, pois "nem delegado, nem polícia, nem soldado, nem ninguém", teria mais a possibilidade de "prender qualquer criminoso". Formou-se, a partir daí, uma expressiva corrente em abono da retrógrada opinião presidencial. Foi necessário, na

época, um grande empenho dos advogados para manter o texto original, que acabou prevalecendo, embora ressalvando as prisões nos casos de "transgressão disciplinar ou de crime propriamente militar" (art. 5º, LXI, CF).

Em nossos dias, numa fase de revisão constitucional, precisamos permanecer vigilantes em relação a esta matéria.

* * *

O fundamental *direito-garantia* é o *habeas corpus* e, sobretudo, sua abrangência. Não podemos permitir que este remédio constitucional acabe se restringindo a obviar as hipóteses de prisões arbitrárias efetuadas por beleguins de polícia.

O *abuso de poder* do Ministério Público ao denunciar, não jugulado pelo juiz incumbido de receber a inicial; e o *abuso de poder* de magistrados ao decretarem prisões preventivas gritantemente incabíveis, ou ao condenarem, ao arrepio da lei, num extravagante uso do "direito alternativo" *contra o réu* — estes abusos devem ser coarctados, de imediato, através do *habeas corpus*. Representa um intolerável desprezo pela liberdade individual postegar-se a decisão, que irá fazer cessar o constrangimento, para uma ulterior e, muitas vezes, longínqua oportunidade processual, a pretexto de que o *remédio heróico* não comporta exames mais complexos.

Lamentavelmente, como assinalou a professora e Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho, vem se tornando freqüente, em relação aos despachos de prisão preventiva, a rejeição do *writ* liberatório pelos tribunais superiores, sob a alegação de que os juízes de primeiro grau, decretadores da medida, conhecem melhor o fato e o agente, ou de que o *habeas corpus* não admite produção ou exame de provas ("Fascículos de Ciências Penais", v. 6, nº 2, p. 10).

Nós, advogados criminais, devemos nos empenhar pelo restabelecimento do, hoje quase preterido, conceito amplo e generoso de *justa causa*, que veio a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando da fulgurante passagem de Nelson Hungria por aquela Corte.

Neste sentido, deve-se ter presente a advertência de notável juiz norte-americano de que "a Constituição é o que a Suprema Corte diz que ela é" ou, como enfatizou o prof. Dick Howard, "a Constituição é o que o povo pede aos juízes dizerem o que ela é", pois "são as pessoas, nos seus pleitos judiciais, que convidam os juízes a formularem novas interpretações da Constituição" ("Simpósio sobre a Experiência Constitucional Norte-Americana", s/d, p. 23).

Na tarefa construtiva do direito, a partir do texto escrito da Carta ou das

leis ordinárias, o advogado desponta como o mais, importante elemento propulsor. É ele que descortina as veredas, sugerindo a aplicação arejada do direito positivo.

O advogado e professor Elliot Cheatham, logo no prefácio de seu "Problemas do Advogado nos Estados Unidos" (ed. bras., 1965, p. 10) enfatiza que "o direito legal, importante como possa ser, existe apenas no papel, a menos que haja advogados com ardor suficiente para dar-lhe a vida".

Entre nós, tivemos o notável exemplo de Ruy Barbosa, nos albores da República, batendo, reiteradamente, às portas do Supremo, com pedidos de *habeas corpus*, visando a garantir a liberdade individual, por ocasião dos conturbados períodos de Estado de Sítio. Durante mais de um lustro, a partir de 1892, o Patrono dos advogados brasileiros teve suas postulações rejeitadas, até que, em 1898, o Pretório Excelso curvou-se à tese de Ruy, merecendo deste a seguinte proclamação: "o acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas" (vide Edgard Costa, "Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal", 1º vol., 1964, p. 17 e segs.).

* * *

Mas, voltando aos tempos da ditadura, recordo-me que então sonhávamos — nós, advogados criminais — com o retorno à democracia, e acreditávamos que não mais seríamos vitimados pela incompreensão e pelos preconceitos.

O texto magnânimo da nova Constituição veio realimentar este nosso devaneio ao consagrar, por exemplo, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, e ao assegurar a ampla atuação do advogado, e considerá-lo inviolável no desempenho de seu mister.

Hoje, passados cinco anos, vemos, melancolicamente, que ainda sobrevivem resquícios de intolerância e de incompreensão, embora mais sutis, e paramentados com nobres roupagens, como o desígnio e a necessidade de preservar-se a segurança e a moralidade públicas.

Claro que o corpo social almeja a prevalência da ética, sobretudo nos costumes políticos. Claro que todos queremos dar um cobro na impunidade. Isto, entretanto, há de ser alcançado sem desprezar as garantias constitucionais, em matéria penal, entre elas a que impõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Ora, *devido processo legal* significa, acima de tudo chegar-se a um julgamento imparcial, em que o veredicto seja prolatado à luz da prova e do direito, isto *depois* de o julgador, com cabeça e alma arejadas, ouvir atento

acusação e defesa sem espírito preconcebido. Assegurar o direito de defesa não é apenas conceder um prazo formal ao acusado para manifestar-se, mas é contemplar, realmente, a substância de seus argumentos, para somente então formar a convicção e sentenciar.

Reina, nos últimos tempos, um clima esmagador de *obsessão punitiva*, alimentado pela ilusão de que o Direito Penal, com condenações cada vez mais severas, constituiria panacéia para todos os males. O *discurso político do crime*, sobre o qual tanto alerta o eminente prof. René Ariel Dotti, ocupa todas as tribunas, desviando a atenção das verdadeiras *raízes do crime*, de há muito denunciadas pelo não menos ilustre prof. Juarez Cirino: uma estrutura social iníqua e perversa, o individualismo e a entronização do *status* e do ter, erigidos em símbolos da suprema felicidade. Por aí é que passam as origens, tanto da *criminalidade convencional*, quanto da *criminalidade dourada*; e é por aí que devem ser buscadas as soluções.

Uma idéia distorcida de impunidade sinonimiza fazer justiça a impor condenações rigorosas, quando, na verdade, fazer justiça é, também, absolver, sempre que o fato imputado for atípico, ou quando não estiverem presentes a antijuridicidade e a culpabilidade, ou quando inexistirem provas suficientes incriminando o réu.

O juiz somente pode condenar caso não se depare com alguma *dúvida razoável* — a expressão é da jurisprudência norte-americana — acerca da responsabilidade do acusado, tanto que a lei impõe a absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VI do Código de Processo Penal).

É antiga, mas sempre verdadeira, a lição do velho Borges da Rosa: "deve-se distinguir a *prova da acusação,* da *prova da defesa.* A acusação deve apresentar *provas de certeza*, a defesa pode limitar-se a *provas de probabilidade*, de *verossimilhança*, de *simples credibilidade*, que gerem a *dúvida*, porque *in dubio pro reo*" ("Processo Penal Brasileiro", vol. I, 1942, p. 414).

Não pode o juiz criminal condenar ao arrepio da lei e da prova, mesmo que com a absolvição venha a arrostar o repúdio da opinião pública. Reconhece Titta Mazzuca, em sua "Anatomia dell' Errore Giudiziario" (1978, p. 277) ser difícil resistir "al peso psicologico della pubblica opinione", mas logo a seguir conclama: "eppure il giudice deve resistervi".

E aqui surge a mais grave seqüela da *obsessão punitiva*: a transferência da sede do julgamento para um outro poder — a imprensa — estabelecendo o que Mazzuca intitula "conflito di poteri", com a maciça "penetrazione, nel mondo della giustizia, della stampa e degli altri mezzi d'informazione" (ob. cit., p. 212).

Aliás, o professor argentino Augusto Morello, em seu recente e magnífico "Los Abogados — Desafio de los años 90" (1993, p. 14), abordando a

influência dos *lobbies* na administração da justiça, sublinhou a impotência do Poder, em face das "opulentas e espetaculares *forças de fato*, impérios econômicos que manifestam a independência dos juízes nas Democracias neste fim de século"; e identificou a existência de uma *poliarquia*, traduzida por uma pluralidade de *centros de poder*, "incluyendo el de la prensa", do que resulta uma redução na liberdade de julgar dos magistrados, "cuando son muchos los que presionan sobre ella".

Sobre as pressões exercidas pela mídia, o mestre Nelson Hungria, com a clarividência costumeira, em famoso artigo publicado há mais de 30 anos da Revista Forense (nº 198, p. 21 e segs.), sob o título "Novos Rumos do Direito Penal", lembrou que o Projeto de Pacto dos Direitos do Homem, reconhecendo o direito à liberdade de expressão, ressalvava que seu exercício não poderia comprometer "o curso regular da justiça". Adiante, o maior dos penalistas brasileiros deste século enfatizou o agravamento de um problema "cuja relevância está sendo mundialmente reconhecida: a necessidade de conciliação entre o interesse da liberdade de imprensa e o da liberdade e serenidade da justiça penal".

Por fim, invocou os exemplos da Inglaterra e da França — "países em que se respira a mais oxigenada atmosfera democrático-liberal" — onde foram editadas leis regulando a matéria, sendo que na França deu-se nova redação ao art. 227 do Código Penal, para o efeito de punir quem "publica, antes da intercorrência de sentença judiciária definitiva, comentários tendentes a exercer pressões sobre os depoimentos de testemunhas ou sobre a decisão dos juízes de instrução ou de julgamento".

De passagem, assinale-se que o novo Código Penal francês, aprovado pela Lei 92.683 de 11 de julho de 1992, entre os crimes de "entraves à l'exercice de la justice" manteve, no art. 434-16, a punição de quem desenvolve, inclusive através da imprensa "écrite ou audiovisuelle", pressões para influenciar testemunhas ou juízes.

Certamente inspirado no diploma da França, Hungria, ao elaborar o projeto que resultou no revogado Dec.-lei nº 1004/69, tipificou, dentre os "crimes contra a administração da justiça", o delito de *publicidade opressiva*, consistente em "fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários com o fim de exercer pressão relativamente a declaração de testemunha ou decisão judicial". No mesmo sentido, o anteprojeto da Parte Especial, publicado em outubro de 1987, reproduziu tipo semelhante, sob o *nomen juris* de "coação indireta no curso do processo" (art. 352).

Também no direito norte-americano esta *penetrazione* dos meios de comunicação *no mundo da justiça* é objeto de grande preocupação.

Na ausência de leis semelhantes à inglesa e à francesa, que punam o

exercício de coação sobre testemunhas e juízes, os efeitos do denominado *pretrial* ou *trial by media* são neutralizados nos Estados Unidos através de outros meios.

Ainda recentemente, no caso de um sobrinho do sen. Edward Kennedy, acusado de estupro, intenso era o noticiário em torno do processo. Porém, às vésperas do júri, a juíza suspendeu *sine die* o prosseguimento da causa, até que houvesse um clima próprio para decidi-la com isenção. E o réu acabou absolvido.

Situação análoga ocorre, entre nós, nas hipóteses de desaforamento, em que o réu é julgado fora do distrito da culpa, quando houver "dúvida acerca da imparcialidade do júri" (art. 424, "b", CPP). Assim, muitas vezes o julgamento é transferido da comarca pequena, de população reduzida, em que já possa estar enraizada uma convicção contrária ao réu, para a capital do Estado, onde as possibilidades de um veredicto imparcial são maiores (vide Magalhães Noronha, "Curso de Direito Processual Penal", 3ª ed., 1969, p. 280/1).

Atualmente, entretanto, com o mundo transformado nesta *aldeia global*, a pressão exercida pela mídia eletrônica torna quase ineficazes certos desaforamentos.

Outro meio utilizado pela justiça norte-americana é anular a decisão condenatória, se restar comprovada uma influência capital dos meios de comunicação sobre o veredicto.

Isto ocorreu no famoso "Caso Sheppard", em que a Suprema Corte, decidindo um *writ of certionari*, depois de estudar a prova e as circunstâncias externas que cercaram a condenação do réu, por homicídio contra a mulher, cassou a sentença do tribunal estadual, sob o fundamento de que os julgadores poderiam ter sofrido influência da publicidade opressiva desencadeada contra o acusado. Sobre este tema de *preterial* ou *trial by media* podem ser consultados, entre outros, John Lofton — "Justice and the Press" (p. 385 e segs.) — e Edward S. Corvin's, "The Constituition" (40ª edição).

Creio, entretanto, que o antídoto mais poderoso contra incompreensões e preconceitos que se armam contra os réus, e até contra seus defensores, quer nos regimes ditatoriais, quer nas democracias em razão da publicidade opressiva, é a *coragem dos magistrados*.

Pior que os caprichos dos tiranos, de todos os jaezes, é a pusilanimidade dos juízes que a eles se curvam.

Por falta de bravura, com medo de arrostar com represálias, e com a impopularidade, alguns julgadores violentam a própria consciência, e condenam contra a prova dos autos e a lei.

Ainda mais reprovável é o comportamento daqueles que fazem das sen-

tenças instrumentos para granjear simpatia popular, visando alcançar a notoriedade e a fama.

O respeitado prof. Jurandir Freire da Costa, num ensaio percuciente, denunciou que a "hierarquia moral vem se tornando obsoleta", em face da "recente primazia ideológica da lei do mercado, do consumo e da *avidez pelo sucesso publicitário*" (JB, 05/07/93). Das elites se pede que "consumam, ostentem, *não saiam do ar*" e alcancem o sucesso. É a "síndrome do Zeca Buzina", o desejo de ser *herói de quadrinhos*: Assim "negocia-se tudo" para galgar um posto no *galpão da fama*.

Desta forma, as pessoas deixam de pensar ou agir "em função de deliberações éticas, que levem em conta o bem e o mal, o justo e o injusto". Passam desejar apenas aquilo que o "cálculo do maior interesse publicitário recomenda". Todos os valores são sacrificados para fugir da amargura do anonimato.

E quando esta praga da notoriedade fácil contamina um magistrado, abrem-se as portas para ignominiosos erros judiciários.

O relevante, porém, é que os advogados não devem se intimidar em face do *terror punitivo*, cumprindo-lhes prosseguir na batalha em defesa de seu mais importante cliente: — a liberdade individual.

No desempenho desta missão, quer nos regimes totalitários, quer nas democracias, os espinhos sangrarão nossos pés durante a caminhada. Nas ditaduras descerá sobre nós o ódio dos donos do poder, por defendermos os "inimigos da Pátria". No Estado de Direito Democrático, por ampararmos os odiados, acabaremos por partilhar com nossos clientes do opróbrio da opinião pública.

De qualquer forma, não podemos e não devemos desanimar, mesmo porque, ao cabo de contas, a História tem sido generosa conosco.

Durante a Revolução Francesa, instalou-se na Inglaterra uma onda de pavor, com o receio de desembarcarem na Ilha as novas idéias. Todos que eram suspeitos de propagá-las granjeavam contra si o ódio da população e eram submetidos a processos na justiça. Um dos mais odiados foi Thomas Hardy, que teve a defendê-lo, na tribuna judiciária, o magnífico *lawyer* Thomas Erskine, que conseguiu, afinal, através de persuasiva eloqüência, a absolvição pelo júri.

Mais tarde, passado o período de intolerância e de *obsessão punitiva*, foi por todos reconhecido que a atuação do advogado Erskine, fazendo com que a justiça permanecesse serena e equilibrada, impedira a instalação na Inglaterra de um reinado de terror tão sanguinolento quanto o do outro lado do canal (vide Elliot Cheatham, ob. cit., p. 37). E Erskine acabou investido nas funções de Lord Chanceller, no denominado "Ministério de Todos os Talentos" (vide nosso "Um Atentado à Liberdade, cit., p. 115).

Ainda que não nos mantenhemos na luta por sonhar com futuras honrarias, alimentemos, porém, a esperança de um dia recolher, como prêmio alentador, a glória do reconhecimento de que cumprimos, com dignidade, o nosso dever, ao defendermos a liberdade dos odiados e perseguidos.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: LIMITES

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Uma das questões importantes sobre as comissões parlamentares de inquérito alcança a extensão dos seus limites materiais.

Laurence H. Tribe, na recente segunda edição (1988, The Foundation Press, Mineola, New York, p. 375 e segs.) de seu clássico *American Constitutional Law*, estudando o poder de investigação do Congresso em face do princípio da separação de poderes, mostra, com muita claridade, que o Congresso pode investigar qualquer matéria que seja alcançada pelo seu poder de legislar, sendo certo que o Congresso não pode investigar a atividade privada pelo só propósito de publicizar tal atividade. ("But more significantly, Congress may also investigate any matter concerning which the Constitution authorizes it to legislate. (...) But Congress may not investigate private activity for the sole purpose of publicizing that activity;").

Bernard Schwartz, lembrando Lord Coke, segundo o qual os Comuns *são os inquisidores gerais do reino*, noção rechaçada pelas Cortes americanas, indica que o princípio fundamental que rege o alcance do poder de investigação parlamentar foi estabelecido no caso *Kilbourn vs. Thompson*. Para a Corte Suprema a autoridade de investigação do Congresso só pode ser exercida devidamente em apoio à função de legislar, sendo um poder auxiliar, portanto, cabível para ajudar o Congresso no exercício dos seus poderes legislativos, tal qual ocorreu, por exemplo, no caso *McGrain vs. Daugherty*. Para *Bernard Schwarz*, de todos os modos, é necessário ter em conta que, pela relevância do poder de investigação parlamentar, a interpretação sobre a matéria não deve ser mesquinha. Para *Schwarz* a investigação pode alcançar toda a gama de interesses nacionais a respeito dos quais o Congresso pode legislar ou decidir, ou, como dito pela Corte Suprema no caso *Barenblatt vs. Estados Unidos*, o poder de investigar, em suma, é tão profundo e vasto como o poder potencial de sancionar leis e assinar fundos conforme a Constituição.

(The Powers of Government, Federal and State Powers, trad. mexicana, UNAM, 1966, p. 167/168.)

No caso *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, a opinião da Corte, com o voto do Justice Goldberg, alcançou a proteção do direito constitucional de associação, deixando induvidoso que o poder de investigação parlamentar é amplo, e que o Estado tem o poder de informar-se adequadamente, assim por meio do poder de investigação legislativa, mas não sem limite. (This Court has repeatedly held that rights of association are within the ambit of the constitutional protections afforded by the First and Fourteenth Amendments ... At the same time, however, this Court prior holdings demonstrate that there can be no question that the State has power adequately to inform itself — through legislative investigation, if so desires — in order to act and protect its legitimate and vital interests... It is no less obvious, however, that the legislative power to investigate, broad as it may be, is not without limit.) (Constitutional Law — Cases and Materials, Gerald Gunther and Noel T. Dowling, University Casebook Series, The Foundation Press, Inc., New York, 1970, p. 1.341.)

Segundo *Francisco Campos*, nessa "cadeia de decisões judiciárias, além de outros pontos que serão referidos mais adiante, ficou plenamente estabelecido que o poder investigatório do Congresso tem como única fonte, ou como fonte originária exclusiva, a Constituição, e que aquele poder só pode ser exercido sobre matérias compreendidas na jurisdição constitucional do Congresso, sendo, assim, a sua primeira e mais ampla limitação, a de que o poder de investigar não é um poder geral, indiscriminado e autônomo, mais um poder auxiliar ou ancilar da função legislativa do Congresso e que, em conseqüência, ao invés de ser de natureza lúdica ou esportiva, ou de não visar qualquer fim de utilidade específica, só se justifica o seu exercício quando, mediante a investigação, o Congresso tenha em mira tomar medida ou resolução que se compreenda entre as reservadas à sua específica função constitucional". (Revista Forense 195/83.)

Em admirável tese, *Fulvio Fenucci*, revelando as dificuldades do tema, examina os limites da investigação parlamentar, sob a luz do art. 82 da Constituição da Itália que confere às investigações parlamentares os mesmos poderes e limitações da autoridade judicial sobre matérias de interesse público. Assinala *Fenucci* que a investigação não se justifica em si mesma, mas, sim, como um instrumento para a formação de um ato legislativo, com o que o limite da função legislativa é o limite do poder de investigar, e, ainda, que, em geral, concorda-se que a investigação parlamentar é destinada a recolher informação necessária para estabelecer a necessidade de um ato legislativo em um dado momento ou em relação a uma dada matéria, a preparar a documentação para a redação de um projeto de lei, trazendo diversos outros

exemplos neste sentido de vinculação da investigação com o interesse público. E ao cuidar do limite derivado do direito à liberdade, *Fenucci* desenvolve a controvérsia sobre o limite material da investigação legislativa, assim a atividade privada, seja individual, seja coletiva, seja de uma associação, assim o direito pré-constituído e constitucionalmente garantido quer das pessoas naturais, quer das pessoas jurídicas, considerando esta última categoria como a mais exata, ainda que um tanto nebulosa. O autor, entrando fundo na controvérsia, entende lícito concluir que o direito à liberdade é o limite da investigação parlamentar. — Se infatti l'inquesta legislativa non si justifica in sè, ma acquista un significado nel suo preordinarsi alla formazione di un'atto legislativo, ne consegue che i limiti della funzione legislativa sono a un tempo limiti del relativo potere... Secondo alcuni costituisce un limite materiale dell'inchiesta delle Camere l'attività privata, sia dei singoli che delle società, delle associazioni, degli enti; secondo altri sono limiti generali dei poteri delle commissioni d'inchiesta i diritti precostituiti e costituzionalmente garantiti dai privati, sia che si tratti di persone fisiche che di persone giuridiche. ... Quanto alla seconda affermazione — sono limiti dell'inchiesta i diritti precostituiti e costituzionalmente garantiti dei privati, sia che si tratti di persone fisiche che di persone giuridiche — sembra che, anche se in parte esatta, la formula sia alquanto nebulosa, sacarsamente chiarificatrice dei termine della questione... É lecito concludere, quindi, che le due proposizioni ricordate — l'attività privata à un limite dell'inchiesta delle Camere; sono limite dell'inchiesta delle Camere i diritti dei privati — si debbono convertire nella seguente: i diritti di libertà sono limiti dell'inchiesta parlamentare. (I Limiti Dell'Inquesta Parlamentare, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1968, p. 84, 310, 311 e 314; v. *Alessandro Pace*, em sua monografia *Il Potere D'Inchiesta Delle Assemblee Legislative*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, p. 54), que apresenta três limites, a saber, *funcional* (limiti funzionali), segundo o qual o escopo deve ser inspetivo-legislativo (...gli scopi da perseguire possono essere solo questi ispettivo-legislativi, *material* (limiti materiali), eis que não pode alcançar a autonomia do indivíduo e das entidades locais, nem a independência dos outros órgãos constitucionais (...non si può incidere sull'autonomia di individui ed enti locali e sull'indipendenza di altri organi constitucionali), e *instrução* (limiti istruttori), na medida em que não pode ter em matéria de prova e informação poder maior ou limitação menor que aqueles da autoridade judiciária (...d'alla impossibilità di avere nella racolta delle prove e delle informazioni, poteri maggiori o limitazioni minori di quelli dell'autorità giudiziaria).

Finalmente, merece registro a definitiva lição de *Pietro Virga* sobre a compatibilidade entre a investigação parlamentar e o princípio da separação de poderes, assim porque a investigação parlamentar não pode ter função

diversa da competência do Parlamento. (Diritto Costituzionale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 6ª ed., 1967, p. 234).

Em Portugal, ensina *J. J. Gomes Canotilho*, a "letra do art. 181/4 deixa em aberto o fim ou fins das comissões parlamentares de inquérito. Daí que eles possam abranger: (1) os *inquéritos legislativos* que se destinam a colher informações com vista à preparação de projectos legislativos; (2) os inquéritos que visam assegurar e manter a reputação e prestígio do Parlamento; (3) os inquéritos tendentes a controlar abusos e irregularidades do Governo e da administração". Para o grande teórico do novo constitucionalismo português, não "é fácil delimitar o âmbito das comissões de inquérito. A regra é a de que o direito de inquérito existe em relação a assuntos para os quais o parlamento é competente, mas não para questões que são de exclusiva competência de outro órgão de soberania. Mas esta teoria — *Korollar-Theorie* lhe chama a doutrina alemã — adverte *Canotilho* — que limita as comissões de inquérito ao âmbito da competência do Parlamento, não é fácil de precisar, porque se ela pretende manter válido, também neste campo, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, há casos em que o princípio sofre entorses na própria Constituição. Líquido parece ser que as comissões de inquérito não podem incidir sobre assuntos sujeitos a segredo de justiça e já confiados aos tribunais e que a elas está vedado transformarem-se em comissões de fiscalização permanente dos atos do executivo. Dúvidas existem quanto a comissões de inquérito relativas a assuntos incluídos no âmbito da administração autônoma". Para *Canotilho* parece "também que as comissões de inquérito não podem incidir sobre a esfera privada do cidadão: a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurada vale perante os inquéritos parlamentares". (Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1991, 5ª ed., p. 751/752).

No Brasil, a prática das Comissões Parlamentares de Inquérito é muito antiga (v. *Aguinaldo Costa Pereira*, Comissões Parlamentares de Inquérito, Tese de Concurso, 1948, p. 145 e segs.; *Wilson Accioli*, Comissões Parlamentares de Inquérito, Tese de Concurso, 1980, p. 24 e segs.). Sob a Constituição de 1988, § 3º, do art. 58, as comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas em conjunto ou separadamente, para a apuração de fato determinado e por prazo certo. Como é fácil verificar, diversamente do que dispôs o constituinte italiano, que definiu o seu alcance em matérias de interesse público, o constituinte brasileiro não estabeleceu, expressamente, o limite material das comissões parlamentares de inquérito.

Já *Pontes de Miranda*, após estudar a diferença entre as regras jurídicas das Constituições de 1934, 1946 e 1967, na vigência da Emenda nº 01/69,

assinalava a vinculação do limite material das comissões parlamentares de inquérito com a competência das Casas legislativas, afirmando que a "Câmara dos Deputados não pode abrir inquérito sobre assunto que é da só competência do Senado Federal", nem, tampouco, "sobre assunto que escapa às funções do Poder Legislativo", concluindo por indicar a amplitude do poder de investigação parlamentar "porque são em incalculável extensão os fatos de que o Congresso Nacional precisa inteirar-se". (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, Forense, Rio, Tomo III, 1987, p. 57/58.)

Enquanto *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* anota que as comissões parlamentares de inquérito "constituem um recurso para tornar mais efetivo e rigoroso o controle que é deferido aos parlamentares sobre toda a máquina estatal", para ensinar que a "regra de ouro é que o poder investigatório há de estar vinculado a uma atribuição constitucional específica", eis que "não sendo da alçada da Casa ou do Congresso tomar decisão a respeito do 'fato' investigado, descabe a investigação" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, São Paulo, vol. 2, 1992, p. 70/71), *J. Cretella Junior* indica que o *fato determinado* deve "relacionar-se com o momento constitucional vivido, recaindo a investigação apenas sobre eventos que se relacionem numa sucessão encadeada de causa e efeito". (Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, Rio, vol. V, 2ª ed., 1992, p. 2.700.)

O que se verifica é que a investigação parlamentar, concretamente, está vinculada ao poder de legislar e de controlar do Congresso. Há, portanto, uma esfera própria para a comissão parlamentar de inquérito, ou seja, uma limitação material, assim a competência do Congresso sobre o objeto da investigação. *Chester J. Antieau*, apoiado nos casos *Kilbourn v Thompson*, de 1881, e no caso *McGrain v Daugherty*, de 1927, já referidos, mostra que o poder de investigar é inerente ao processo legislativo, sendo, na verdade, um auxiliar da função legislativa, não possuindo o Congresso o poder geral de investigar os assuntos privados dos cidadãos. E apoiado no caso *Hutcheson v United States*, de 1962, indica que não é possível a investigação com o só fim de punir o investigado pela exposição pública. (Modern Constitutional Law, The Lawyers Co-operative Publishing Company, New York, Bancroft Whitney Company California, vol. II, 1969, p. 273/274.)

Por outro lado, como doutrina *Raul Machado Horta*, a "competência da comissão de inquérito deve ser ainda encarada em função da distribuição de competência realizada pelo texto constitucional. Esse aspecto adquire particular relevo no Estado federal, caracterizado pela dualidade dos ordenamentos jurídicos. A Constituição Federal é a fonte das competências e ela demarca as fronteiras normativas de cada ordenamento. No caso do Estado-membro, a competência que lhe toca pressupõe a enumeração prévia dos poderes da União. (...) Comissão de Inquérito de Assembléia Legislativa estadual não

poderá investigar matéria ou entidades que se encontram sujeitas à competência legislativa e administrativa da União" (Revista de Direito Público — RDP nº 5, p. 38)

Dúvida não há, portanto, sobre a limitação do poder de investigação parlamentar.

Há, portanto, um limite em razão da matéria, isto é, não é possível avançar a investigação parlamentar de inquérito além da competência legislativa do Parlamento. Mas, há, também, uma limitação importante no que concerne ao ente a ser fiscalizado pela Comissão Parlamentar de Inquérito.

Recentemente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou mandado de segurança contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa que criou Comissão Parlamentar de Inquérito "com a finalidade de apurar o funcionamento e as irregularidades cometidas pela atual Direção da ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direito Autoral)" (fls. 125), associação civil, constituída pelas associações de titulares de direito autoral, na forma do art. 115 da Lei nº 5.988/73, sujeito à fiscalização do Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, que foi extinto no Governo do Presidente Fernando Collor. O Órgão Especial concedeu a ordem, considerando que a Assembléia Legislativa do Estado não tem qualquer competência sobre a legislação de direito autoral, que é da competência privativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal). Entendeu o Órgão Especial, na linha da doutrina dominante, que fora do âmbito do seu poder de legislar e de controlar não pode a Assembléia Legislativa criar comissão parlamentar de inquérito.

No referido julgamento, a Corte enfrentou a possibilidade da prestação jurisdicional nesta matéria. É possível a interferência do Judiciário no poder de investigar da Assembléia Legislativa? E como se põe a questão do princípio da separação de poderes? As Cortes americanas desde o caso *Hearst v Black*, de 1936, têm dado sinais de resistência quando se trata de limitar a ação do Legislativo. Mas, mesmo assim, esclarece *Lawrence Tribe*, a Suprema Corte tem determinado estrita obediência ao estabelecido pelos direitos do cidadão, assim, por exemplo, em respeito ao disciplinado nas primeira (liberdade de manifestação de pensamento e de livre reunião), quarta (o direito à segurança pessoal, da casa, dos documentos e dos bens contra as investigações e apreensões injustas) e quinta (o privilégio de não ser testemunha contra si próprio) emendas. Como anota *Tribe* a Suprema Corte tem exigido que o Congresso adote salvaguardas procedimentais no curso das suas investigações (cit. p. 377; v. tb. *Bernard Shwartz*, cit., p. 188).

No caso do Brasil, também as Cortes têm sido prudentes na interferência em questões internas de outro Poder, preservando, assim, o princípio constitucional da separação de poderes. Todavia, não pode o Poder Judiciário deixar de prestar a jurisdição para assegurar direitos previstos na Constituição, que sejam violados ou ameaçados de violação por ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Como é sabido, são amplos os poderes das comissões parlamentares de inquérito, alcançando aqueles de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas. Em geral, podem as comissões no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunhas, colher depoimentos, promover diligências, re-quisitar documentos, pedir informações a qualquer repartição pública, expedir notificações. É evidente que os atos praticados com apoio em poderes tão amplos, se decorrentes de investigação vedada ao Poder Legislativo, seja porque ao largo de sua competência, seja porque atingem direitos constitucionalmente protegidos, violam direito líquido e certo. E, desse modo, é inquestionável a competência do Poder Judiciário para prestar a jurisdição.

Na lição clássica de *Francisco Campos* "é indispensável para que se torne legítima a investigação parlamentar, se enuncie, com clareza e de modo adequado, a finalidade legislativa a que se destina. Se esta finalidade se presume em atenção à alta autoridade do Congresso, os tribunais, entretanto, na ressalva ou na defesa dos direitos individuais ameaçados ou violados, podem decidir, em face do contexto da resolução que designa o objeto do inquérito, que a investigação se destina antes a expor os negócios privados à indiscriminada e maliciosa curiosidade pública, do que a servir a um específico intento legislativo por parte do Congresso. Como a Corte Suprema já decidiu, não só em *Kilbourn v. Thompson* (103 U.S. 168), como em *John Watkins v. United States* (77 U.S. Ct. 1.173), a investigação de negócios individuais é ilegítima se não tem relação com um definido propósito de ordem legislativa" (cit., p. 88).

Finalmente, anote-se que o Órgão Especial, com o erudito voto condutor do eminente Desembargador Ellis Figueira, ao julgar o MS 179/94, decidiu no mesmo sentido, entendendo que o poder do Parlamento "não vai ao infinito, não é detentor das rédeas do absoluto, mas se delimita às atividades que lhe são inerentes, ou sejam, legislar e fiscalizar atos da administração pública em todo o seu raio de atuação e desdobramentos, mas sem romper as balizas do itinerário constitucional. Se o extrapola sua ação se alça juridicamente comprometida e se submete à poda jurisdicional, por provocação de quem se acha legitimado a fazê-lo".

O ato de criação de comissão parlamentar de inquérito para investigar matéria fora da competência legislativa ou decisória da Casa na qual foi criada

viola direito líquido e certo do investigado, merecendo a interferência do Poder Judiciário, que não pode negar a prestação jurisdicional invocada, até mesmo para preservar o princípio constitucional da separação de poderes.

DIREITO E ANARQUIA: POR UMA TEORIA JURÍDICA DO ANARQUISMO

"La Liberté est anarchie, parce qu'elle n'admet pas le gouvernement de la volonté, mais seulement l'autorité de la loi, c'est-à-dire de la nécessité" (Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la Propriété?*, 1840).

GERALDO TADEU MOREIRA MONTEIRO

1 — Anarquia e Anarquismo. 1.a — Origens filosóficas remotas. 1.b; — Rabelais e a "l'abbaye de Thélème"; 1.c — O Anarquismo como Ideologia; 1.d — O Anarquismo como Movimento. 2 — Idéias Fundamentais do Anarquismo; 2.a — Razão e Liberdade; 2.b — O Antiutopismo; 2.c — Indivíduo e Associação; 2.d — O Antiautoritarismo; 2.e — A Autogestão e o Federalismo Internacionalista; 2.f — Anarquismo e Direito. 3 — A Crítica das Leis. 4 — Sobre a Justiça. 5 — Sobre a Liberdade. 6 — A Ordem Jurídica da Sociedade Anarquista; 6.a — A Constituição Anárquica; 6.a.1 — O Direito da Autogestão; 6.b — O Direito da Esfera Civil; 6.b.1 — O Contrato. 6.b.2 — A Propriedade. 6.b.3 — O Casamento e a Família. 6.b.4 — As Sucessões. 7 — Conclusão.

O mundo jurídico aparece, à primeira abordagem, como inteiramente impermeável ao anarquismo. Afinal, o primeiro é ordem, o segundo, desordem. Em contraste com outras ideologias políticas, como o Liberalismo, o Marxismo ou a Social-Democracia, os seguidores de Proudhon e Bakunin não parecem ter exercido qualquer influência duradoura sobre o pensamento jurídico ou sobre a Legislação. No entanto, críticos vorazes da inutilidade e da perniciosidade das leis como Piotr Kropotkin, da sua violência intrínseca como Leon Tolstoy ou da sua ineficácia como Proudhon e Godwin, os anarquistas, não obstante, tinham em altíssima conta o Direito.

De acordo com o pensamento anarquista, o Direito, concebido como equivalente de Razão e de Justiça é, no dizer de Proudhon, "o astro central que governa as sociedades (...) o princípio e a regra de todas as transações"[1]. O Direito, distinto da Legislação, não é apenas *meio* de regulação das relações sociais, mas a própria *condição* da vida social[2].

O objetivo deste artigo é recuperar ou melhor, *exumar* da nebulosa teórica e política do Anarquismo suas concepções jurídicas a fim de postular a formulação, subjacente ao pensamento anarquista, de uma crítica do Direito na sociedade capitalista, assim como de uma Teoria Geral do Direito na sociedade anarquista. Este fim, contudo, não poderia ser alcançado sem uma sumária apresentação do movimento anarquista em suas origens filosóficas e em suas idéias centrais, tendo em vista não somente o caráter contraditório do Anarquismo, mas sobretudo o desconhecimento quanto à profundidade e à pertinência das reflexões de seus teóricos para a compreensão da sociedade capitalista contemporânea. Ao termo deste artigo, proporemos uma reflexão sobre a influência e a atualidade das idéias centrais do Anarquismo.

1. Anarquia e Anarquismo

O termo *anarquia* procede do grego *an* (negação) + *archè* (poder) e significa literalmente ausência de governo ou de poder. No entanto, lembra-nos Daniel Guérin, "tendo o preconceito reinado durante milênios, segundo o qual os homens não poderiam prescindir nem de um nem de outro, anarquia tem sido entendida num sentido pejorativo: um sinônimo de desordem, de caos, de desorganização" (1965:13). O *Anarquismo*, por seu turno, é um movimento político e ideológico situado em alguns países do capitalismo europeu, datado grosso modo nos cem anos que medeiam entre 1840 e 1940 e que "preconiza a instituição de uma sociedade consagrando a autonomia perfeita dos homens e das coletividades" (BRAUD, P. & BURDEAU, F., (1983:207). O anarquismo deve ser compreendido como uma nebulosa, um *carrefour*, para onde convergiram movimentos e personalidades dos mais distintos matizes, movidos sobretudo por uma comum recusa da Autoridade, como no-lo assegura Sébastien Faure: "O ponto de união [de todos os anarquistas] é a negação do princípio da Autoridade nas organizações sociais e o ódio a tudo que origina instituições baseadas neste princípio." E arremata:

1 PROUDHON, Pierre-Joseph. *Qu'est-ce que la Propriété?*, p. 69.

2 GODWIN, William afirma que a sociedade origina-se na consciência da necessidade de assistência mútua e que seu princípio dinâmico é a Justiça, definida como "a regra de conduta que se origina na conexão de um ser percipiente com outro". (On Political Justice cit. *in* WOODCOCK, George, 1963:70.)

"portanto, quem nega a autoridade e luta contra ela é um anarquista" (FAURE, Sébastien, *Encyclopédie Anarchiste*, cit. *in* WOODCOCK, 1981: 58).

1.a. Origens filosóficas remotas

Discutem-se ainda as filiações filosóficas remotas que conduzem ao anarquismo seja para ressaltar-lhe o caráter atemporal, sinônimo de aspiração à liberdade e à autonomia, chegando alguns como Max Nettlau a afirmar que "uma história da idéia anarquista é inseparável da história de *todas as evoluções progressivas e das aspirações à liberdade*" (1986:21-grifo nosso), seja, por outro lado, para enfatizar-lhe a especificidade histórica (ORY, Pascal "Anarchisme et Syndicalisme Révolutionnaire" *in* ORY, P., 1987:357-365). As duas visões não nos parecem contudo excludentes, pois se por um lado a personalidade política e ideológica do Anarquismo, definida essencialmente pela contribuição teórica de Godwin, Proudhon, Kropotkin e Bakunin, transcende largamente os limites do Movimento Anarquista, por outro lado, toda formação ideológica tende a constituir-se *a posteriori* uma genealogia intelectual. Chester Maxey concilia as duas visões, ao lembrar que o "anarquismo, uma doutrina de antiga linhagem e tradição, assumiu um caráter definitivamente proletário na segunda metade do século XIX e inspirou um movimento militante da classe operária" (1948:583).

1.b. Rabelais e a "l'abbaye de Thélème"

Podemos encontrar as origens desta "revolta visceral" (GUERIN, D., 1965:15-16) anarquista nos movimentos e nas franjas dissidentes à Modernidade que, desde o século XIV, resistem à instauração do regime capitalista de produção. A utopia de uma vida social liberta das amarras da autoridade e da coerção está presente na cultura popular como no *Gargantua* de Rabelais. O exemplo da Abadia de Thélême, erguida pelo gigante Gargantua, onde a vida era regida "não por leis, estatutos ou regras, mas segundo a vontade e o franco arbítrio", tornou-se uma referência clássica dos anarquistas, os quais fizeram sua a única regra dos Thelemitas: "Faz o que queres."[3] Em Etienne

3 A Abadia de Thélême é o protótipo da pequena comunidade anarquista autogerida e liberta do Poder Político. Rabelais descreve, em seu belo e jocoso francês renascentista, o ideal da vida natural, livre e virtuosa: "Toute leur vie estoit employée non par loix, statuz ou reigles, mais selon leur vouloir et franc arbitre (...) En leur reigle n'estoit que ceste clause: FAY CE QUE VOULDRAS parce que gens liberes, bien nez, bien instruictz, conversans en compaignies honnestes, ont par nature un instinct et aguillon, qui tousjours les poulse à faictz vertuex et

de la Boetie, outro inspirador das teses anarquistas, encontramos a veemente defesa da Liberdade humana contra as injunções do Poder assim como a advertência sobre os infortúnios da sujeição[4].

1.c. O Anarquismo como Ideologia

A delimitação do Anarquismo como ideologia política é dificultada pela extrema diversidade de perspectivas que comporta a tradição libertária. Seu nascedouro teórico é freqüentemente situado na obra de William Godwin, especialmente em seu *Enquiry Concerning Political Justice* de 1793 onde declara que "o governo é um mal, uma usurpação sobre o juízo privado e a consciência individual" (cit. *in* WOODCOCK, 1963:75). Godwin inspira-se não somente no Racionalismo das Luzes e na Revolução Francesa, mas sobretudo na tradição radical inglesa dos *Diggers* e de seu líder Winstanley, crítico contundente da autoridade e de todas as formas de poder, eminentemente corruptoras: "todo aquele que detém Autoridade em suas mãos tiraniza os outros" (WINSTANLEY, Gerrard, *The New Law of Righteousness*, 1649 cit. *in* WOODCOCK, George 1963:43). Thomas Jefferson ("o melhor governo é o que menos governa") e Thomas Paine ("o governo, mesmo no melhor Estado, é apenas um mal necessário"), embora lembrados como próximos ao pensamento anarquista, vinculam-se com efeito ao pessimismo característico da tradição liberal para a qual o governo "resulta das nossas fraquezas" (PAINE, Thomas, *Common Sense*, 1776)[5].

Do individualismo radical de um Stirner ou mesmo de um Nietzsche ao coletivismo de Bakunin passando pelo federalismo proudhoniano ou pelo reformismo moral tolstoiano, a constelação anarquista ressente-se (ou beneficia-se) da ausência de uma "Sagrada Escritura", de um corpo doutrinário inconteste, de um mito de origem. O anarquismo é talvez melhor delimitado como um movimento de idéias que empolga intelectuais como Emma Goldmann, George Orwell e Oscar Wilde, transbordando o domínio restrito da política para fundar uma atitude, uma disposição cultural.

retire de vice, lequel ilz nommoient honneur" (RABELAIS, *La Vie Trés Horrifique du Grand Gargantua, pére de Pantagruel*, 1532, chapitre LVII).

4 LA BOETIE, Etienne de: "nada é mais contrário a Deus, todo liberal e bondoso, do que a tirania" (p. 171); "é uma extrema infelicidade submeter-se a um mestre, de quem não se pode jamais assegurar que seja bom, visto que ele sempre conservará seu poder de ser mau quando quiser" (p. 131); "as feras, meu Deus! se os homens se fazem surdos, lhes exclamam: VIVA A LIBERDADE! Muitas há dentre elas que morrem desde que são presas..." (p. 141) (*Discours de la Servitude Volontaire*, op. cit.)

5 A despeito de sua desconfiança relativamente ao Poder, Thomas Paine sempre defendeu enfaticamente a centralização no debate institucional norte-americano contra Hamilton e Madison. Sobre Thomas Paine vide COLLINS, Henry (1982) "Introduction" *in* PAINE, Thomas, *Rights of Man*. Sobre Thomas Jefferson o clássico embora laudativo estudo de Saul Padover (1965), *Thomas Jefferson and the Foundations of American Freedom*, Van Nostrand, New York. Sobre as posições de Hamilton e Madison: *The Federalist Papers*, Mentor Books, New York e também o excelente estudo de Charles BEARD (1948), *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, The Mac Millan Company, New York.*

1.d. O Anarquismo como Movimento

A mesma heterogeneidade encontramos no movimento político anarquista. O espontaneísmo insurrecional, o caráter de massa e a reivindicação de abolição da propriedade e de todo governo das grandes rebeliões dos séculos XVII e XVIII constituem o modelo histórico de ação política dos anarquistas. Os *Diggers*, por exemplo um pequeno grupo dissidente dos *Levellers* da Guerra Civil inglesa, pregavam um tipo de comunismo agrário de pequenas comunidades onde "não haverá Senhores, mas todos serão senhores de si mesmos" (WINSTANLEY, Gerrard, op. cit., cit. *in* WOODCOCK, 1963:43).

Durante a Revolução Francesa, outro precursor do Anarquismo, o Movimento dos *Enragés* de Jacques Roux e Jean Varlet, denunciou o autoritarismo jacobinista, pugnou por um igualitarismo radical e pela abolição do governo representativo. Certo de sua condenação à guilhotina pelo Tribunal Revolucionário, Jacques Roux declarou, num discurso tipicamente anarquista, antes de cometer suicídio: "eu não reconheço o tribunal. Ele agiu de acordo com a lei, mas eu agi de acordo com a minha liberdade"[6].

As diferenças de organização, de propaganda e de estratégia são marcantes entre as Bolsas do Trabalho de Fernand Pelloutier, o Banco do Povo de Proudhon, a *International Brotherhood* de Bakunin, o movimento comunalista tolstoiano, o Movimento anarco-sindicalista, os conselhos de usina italianos ou as comunas livres espanholas. Se o anarquismo teórico, ao contrário do Marxismo, careceu de uma doutrina básica, a ação política libertária ressentiu-se igualmente da ausência de um organismo político centralizado. O aspecto comum ao mutualismo proudhoniano e à estratégia terrorista (a "propaganda pelos atos") é seu objetivo revolucionário, ou seja, sua rejeição categórica do sistema político e econômico vigente e sua substituição por um regime de liberdade e de participação. Pode-se creditar à própria heterogeneidade do Anarquismo, e por conseguinte à sua inarticulação, sua incapacidade histórica em fazer frente ao crescimento do marxismo no movimento operário.

6 Sobre os *Diggers* vide A.L. MORTON (1976:257-259) e HILL (1980:129-130). Sobre os *Enragés* vide GUERIN (1973:60-69).

2. *Idéias Fundamentais do Anarquismo*

Certamente, a tradição libertária não se resume a uma comum ojeriza da Autoridade. Mesmo guardando toda a cautela, podemos arriscar-nos a apresentar suas idéias essenciais; noções em torno das quais gravita o pensamento anarquista.

2.a. *Razão e Liberdade*

O Anarquismo hiperboliza do Liberalismo a idéia de Liberdade, tornando-a sinônimo de Razão. Para Godwin, a única lei justa é a lei da Razão, uma vez que "seus decretos são irrevogáveis e uniformes [pois a Razão] pode apenas declarar aquilo que a natureza das coisas já decretou" (cit. *in* WOODCOCK, 1963:73). Proudhon declara que "o poder legislativo não pertence senão à Razão" (1966:300). Ele equipara anarquia e liberdade: "esta terceira forma de sociedade (anarquia), síntese da comunidade e da propriedade, nós a chamaremos LIBERDADE" (1966:303/304). Logo, Anarquia não se concebe sem Liberdade nem, como veremos, sem Ordem. Diz ainda Proudhon que "a mais alta perfeição da sociedade encontra-se na união da ordem e da anarquia" (1966:308). A sua concepção da ordem como resultante de uma pluralidade de esferas sociais, cada uma com sua racionalidade própria, comportando equilíbrios e conflitos entre elas só pode se realizar plenamente na Anarquia (cf. GURVITCH, 1955:135-144).

O fundamento racional da moralidade, tema desenvolvido por Godwin, exibe-se na escolha de um curso de ação determinado pelo juízo humano que é, por sua vez, determinado pela nossa percepção do justo e do desejável. A Moralidade é "fixa e imutável" posto que baseada em "imutáveis verdades morais" cujo fundamento é a Razão, única verdadeira regra de conduta. Dotado de Razão, o Homem, ser naturalmente social, é conduzido espontaneamente à retidão e à bondade: "a liberdade, a moralidade e a dignidade do homem consistem precisamente em ele praticar o Bem, não por ser a isso obrigado, mas por ele o conceber, o querer e o amar" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:16).

Para os anarquistas a sociedade é um fenômeno natural. Segundo Bakunin, "o homem só se humaniza (...) no seio da sociedade", razão pela qual "uma revolta radical contra a sociedade seria (...) tão impossível para o homem como a revolta contra a natureza" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:14-15).

A cooperação entre os indivíduos não só é o princípio da vida social, mas, de acordo com Kropotkin, contestando Malthus e Darwin, verdadeiro fator de evolução: "aqueles animais que sabem melhor como cooperar têm as maiores chances de sobrevivência e de evolução futura" (KROPOTKIN, Piotr, *Mutual Aid: a factor in evolution*, London, 1902 cit. *in* WOODCOCK, 1963:200). As naturais sociabilidade e liberdade do Homem ("a lei da solidariedade social é a primeira lei humana; a liberdade é a segunda lei. Estas duas interpenetram-se e, sendo inseparáveis, constituem a essência da humanidade" BAKUNIN, 1975:17) são entretanto entravadas em seus efeitos pelas instituições políticas, pelo princípio da Autoridade social, negação da Liberdade e principal responsável pela corrupção humana.

2.b. *O Antiautoritarismo*

Carl Friedrich descarta, de início, a originalidade da contribuição do pensamento anarquista sobre o fenômeno da autoridade: "embora tipicamente [sejam] altamente teóricos em seus argumentos, os anarquistas não costumam apresentar nenhuma sofisticação significativa a respeito da autoridade". Segundo Friedrich, para eles a autoridade "*confunde-se* com o Poder e com o Governo" (1972:99-grifo nosso). Como veremos em seguida, os anarquistas não "confundem" os conceitos, mas consideram a Autoridade (crença) como constituída por um Poder (de fato) e o Governo como sua expressão institucional.[7]

Em seu comum antiautoritarismo encontram-se e deleitam-se todos os anarquistas. É no Estado que se concentram todos os males da condição humana. O Estado, para Godwin, "é incontestavelmente artificial" (GOD-

7 A resposta de Carl Friedrich é estritamente positivista ao apresentar os agentes de autoridade como "autoritativos" *a priori*: "acredito que a autoridade das entidades impessoais (constituição americana, p. ex.) é compreensível apenas nos termos do componente racional ou racionalizante (reasoning) da autoridade. Tal autoridade pode-se analisar mais facilmente no caso das comunicações autoritativas dos agentes pessoais. Assim, somos levados à conclusão de que *é a comunicação, mais que o comunicador que possui, em sentido estrito, a autoridade*" (1972:54-grifo nosso). O autor conclui: "Razão e experiência incorporados numa decisão judicial dão-lhe autoridade e através de seu pronunciamento, o juiz adquire autoridade" (Idem:55). A explicação de Friedrich é parcial primeiramente por *supor* que as decisões das autoridades sejam razoáveis e fundadas na experiência e, em segundo lugar, por não entender a gênese da autoridade como amparada em um poder. É este poder que coloca seus representantes em posições de autoridade, que os permite falar "com autoridade". A comunicação autoritativa é aquela que emana de um comunicador autorizado, como no-lo recorda Pierre Bourdieu: "o poder das palavras não é senão o *poder delegado* do porta-voz" (1982:105-grifo do autor) ou ainda: "a linguagem de autoridade é apenas o limite da língua legítima cuja autoridade [reside] nas condições sociais de produção e de reprodução da distribuição entre as classes do conhecimento e do reconhecimento da língua legítima" (Idem, p.113). Friedrich toma como "autoridade" o que Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca chamam "argumento de autoridade". Parafraseando esses autores poderíamos dizer que não é contra o argumento de autoridade que se insurgem os anarquistas (posto que admitem a autoridade fundada na Razão) mas contra as autoridades que os pronunciam (cf. PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 1988:413).

WIN, William cit. *in* WOODCOCK, 1963:58); afirmação com a qual concordaria Bakunin, para quem "o Estado nada tem a ver com a sociedade, ele não é senão uma forma histórica tão brutal como abstrata" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:15).

O Estado é por natureza opressor. Max Stirner assevera que "para o Estado é indispensável que ninguém tenha *vontade própria*" e que a organização estatal "não é pensável sem senhorio e servitude; pois o Estado deve querer assenhorear-se de tudo o que puder e esta vontade chama-se 'vontade de Estado'" (STIRNER, *Der Einzige und sein Eigentum*, Berlin, 1845 cit. *in* WOODCOCK, 1963:94). Bakunin entende-o como "a autoridade, a dominação e o poder das classes possuidoras e supostamente esclarecidas, sobre as massas" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:30). Já Kropotkin ressalta a premissa inassumidamente hobbesiana da existência do Estado, uma vez que os burgueses "consideram o povo como uma aglomeração de selvagens que se comeriam os narizes assim que o governo deixasse de funcionar" (cit. *in* GUERIN, 1965:17).

Proudhon, numa tirada digna de um Molière, declara que:

> "ser governado é ser detido, inspecionado, espionado, dirigido, legislado, regulamentado, doutrinado, persuadido, controlado, avaliado, censurado, comandado (...), anotado, registrado, recenseado, tarifado, carimbado, cotado, cotizado, patenteado, licenciado, autorizado, apostilado, admoestado, impedido, reformado, corrigido (...)" (cit. *in* GUERIN, 1965:18).

2.c. Indivíduo e Associação

A superação do Estado como forma de organização política da sociedade advirá de duas fontes principais: da afirmação da autonomia individual face aos poderes e da associação livre desses indivíduos para a autogestão.

Dentre os autores anarquistas foi Max Stirner quem mais pugnou pelo indivíduo. Segundo este autor "propriedade* é todo o meu ser e existência, sou eu mesmo. Sou livre daquilo de que eu me liberto, proprietário do que tenho em meu poder ou que controlo". A afirmação do indivíduo é a negação do Estado: "Eu e o Estado somos inimigos (...) eu devo aniquilá-lo e formar em seu lugar uma União de Egoístas" (STIRNER, Max, cit. *in* WOODCOCK, 1963:93). A apologia da peculiaridade do Indivíduo (sein Eigentum) em Stirner não o impede de considerar a associação "a espada com a qual você aprofunda e aumenta sua força natural" pois nesta união o Indivíduo traz "seu poder integral, sua competência, *faz-se contar*". Diferenciando sociedade de associação, assere que enquanto "a sociedade é *sagrada*, a união é seu *próprio*; [enquanto] a sociedade te consome, tu consomes a união" (STIRNER, Max, cit. *in* WOODCOCK, 1963:95). Aqui *união* é sinônimo de associação enquanto *sociedade* equivale a uma instituição fundada numa concepção coletiva do Homem, na subordinação do indivíduo à coletividade.

Os anarquistas rejeitam o que eles acoimam de socialismo autoritário em razão de seu viés sociocêntrico. Para Proudhon, "os membros de uma comunidade não possuem nada seu; mas a comunidade é proprietária não somente dos bens, mas das pessoas e das vontades" (PROUDHON, P.J., 1966:287). Toda a obra proudhoniana é uma tentativa de equilibragem entre a força individual e a energia coletiva. Mesmo Bakunin, decididamente coletivista, reserva ao Indivíduo sua parte: "O homem é simultaneamente o mais individual e o mais social dos animais" (cit. *in* GUERIN, 1965:38). A Liberdade, para o Libertário, tem como foro supremo o indivíduo, isto é, será sempre, em última análise, uma liberdade individual.

2.d. O antiutopismo

Da associação dos indivíduos e do espontâneo instinto de revolta das massas brotaria, segundo a visão anarquista, a política revolucionária. A desconfiança libertária da autoridade vedava a formação de partidos políticos e a crença no espontaneísmo das massas inibiu as ações das elites políticas anarquistas na organização popular. "O povo", diz Proudhon, "entregue ao seu próprio instinto, é sempre mais justo do que quando conduzido pela política dos chefes". Mais explicitamente, defende a idéia de que "todas as revoluções aconteceram pela espontaneidade do povo" (cit. *in* GUERIN, 1965:39).

Esta condenação da política dos chefes e dos partidos constituirá o detonador da polêmica com os marxistas, acoimados de "socialistas autoritários". Bakunin exprime as diferenças entre anarquistas e comunistas de forma clara: "eu detesto o comunismo porque é a negação da liberdade e eu não posso conceber nada de humano sem liberdade" (cit. *in* GUERIN, 1965:26). Para os anarquistas, o comunismo conduz necessariamente à centralização estatal e à ditadura. Bakunin denuncia profeticamente os desvios leninista e estalinista dos ideais revolucionários.

O Anarquismo rejeita as utopias no sentido de Hayek de construções racionalizantes "tendentes a uma deliberada reorganização da sociedade em linhas hierárquicas com imposição de um 'poder espiritual' coercitivo"

* O termo "propriedade" não carrega seu sentido jurídico, mas o sentido de caráter, qualidade ou aquilo que é característico. Neste caso é uma tradução possível para o termo alemão "Eigentum" como equivalente de Eigenschaft (Wesen, Beschaffenheit).

(HAYEK, F.A., 1984:18). Proudhon, em carta enviada a Marx em 17 de maio de 1846, afirma categoricamente: "em público professo um antidogmatismo quase absoluto (...) depois que tivermos destruído *a priori* todos os dogmatismos, não sonhemos por nossa vez em doutrinar as pessoas (...) não nos transformemos, pelo simples fato de que somos os líderes de um movimento, em líderes de uma nova forma de intolerância; não posemos de apóstolos de uma nova religião, mesmo que seja a religião da lógica e da razão" (cit. *in* WOODCOCK, 1981:127). Bakunin é ainda mais claro:

> "não só não temos a intenção nem o mínimo desejo de impor ao nosso povo ou a qualquer outro este ou aquele ideal de organização social, lido em livros ou inventado por nós próprios, mas também, convencidos de que as massas populares trazem consigo, nos seus instintos mais ou menos desenvolvidos pela história, nas suas necessidades quotidianas e nas suas aspirações conscientes ou inconscientes, todos os elementos de sua organização normal do futuro, nós procuramos este ideal no seio do próprio povo" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:186).

Assim, a fé anarquista na natural racionalidade e na perfectibilidade humanas leva-os a um "pragmatismo esclarecido" fundado numa praxis revolucionária espontânea dos trabalhadores.

2.e. A Autogestão e o Federalismo Internacionalista

É com base nesta mesma convicção que os autores libertários defendem o princípio da autogestão ou da autoadministração dos trabalhadores, fundadora de uma profunda democracia econômica e política. Proudhon, o maior teórico da autogestão, condena a propriedade e a comunidade, elegendo a *associação* como uma forma superior de sociabilidade. O projeto proudhoniano exprime-se no *mutualismo* ou gestão democrática e cooperativa dos meios de produção pelos trabalhadores, convertidos em proprietários das empresas.

Ao nível político, a autogestão assume a forma do governo federativo das pequenas regiões. A uma democracia industrial — a autogestão das empresas — corresponde o federalismo a partir da autoadministração dos grupos de base. A unidade ótima de administração é, no entender de Proudhon, a *comuna autônoma*, este "ser soberano" que detém o "direito de se governar por si mesmo, de administrar-se, de impor-se taxas, de dispor de suas propriedades e de suas rendas etc." (cit. *in* GUERIN, 1965:69). A estrutura política dos

Estados-Nação seria substituída por uma federação de comunas livres, administradas por conselhos de delegados eleitos investidos de mandatos imperativos responsáveis e revogáveis a qualquer momento. Como veremos adiante (cf. 6.a.2), as comunas federar-se-ão em províncias (ou regiões), estas em Nações e estas últimas em federações internacionais.

O princípio federalista encaminha o pensamento anarquista ao internacionalismo, à organização federativa dos povos em confederações nas quais disporão do "direito de livre reunião e de secessão igualmente livre [que] é o primeiro, o mais importante de todos os direitos políticos, sem o que a confederação não seria mais que uma centralização mascarada" (BAKUNIN, Mikhail cit. *in* GUERIN, 1965:80). O Internacionalismo libertário deriva de seu Humanismo que considera a humanidade como universal ou o Homem como dotado da mesma essência, independemente de sua nacionalidade, raça, cor ou sexo. "O homem é um habitante do universo" — afirma Proudhon para concluir: "cada nação do globo representa a humanidade e age em favor dela" (PROUDHON, *Idée Générale d'une Révolution au XIXe siècle* cit. *in* WOODCOCK, 1981:290).

A despeito de seu internacionalismo, o Anarquismo não despreza as nações como realidades culturais: "A França existirá onde quer que seu idioma seja falado, sua Revolução encontre seguidores, seus costumes, arte e literatura (...) tiverem sido adotados" (PROUDHON, Idem:292). No entanto, os libertários condenam veementemente o nacionalismo por ser o fundamento ideológico da expansão militarista e imperialista dos Estados.

2.f. Anarquismo e Direito

Os temas maiores do pensamento libertário que vimos expondo (autogestão, federalismo, liberdade, o papel do Estado, etc.) apresentam-se não como devaneios de espíritos revoltados ou como imprecações irresponsáveis; ao contrário, os principais teóricos anarquistas estiveram debruçados não somente sobre alguns dos maiores princípios gerais de Direito, mas também sobre os princípios diretores de um reordenamento da sociedade. Há, portanto, entre Anarquismo e Direito muito mais pontos em comum do que pareceu-nos à primeira vista.

A abordagem do Direito pelo Anarquismo tem três aspectos correlatos e logicamente necessários. Em primeiro lugar, procede-se à crítica das leis positivas como cristalizadoras de privilégios e como expressão da opressão política. Em segundo lugar, fundamenta-se a concepção jurídica libertária pela afirmação do princípio Geral do Direito na Anarquia: a Justiça. Finalmente,

esboça-se a Ordem Jurídica de uma sociedade anárquica com o desenvolvimento de duas esferas interdependentes: o direito da esfera pública, ou constituição da Anarquia, e o direito da esfera civil. Foram ainda os anarquistas os primeiros a clamar pela constituição de um *Direito Social*, direito emergente das próprias organizações sociais e regulador das relações contratuais na Ordem da produção. E nesta ordem que procuraremos delinear a Teoria Geral do Direito na Anarquia.

3. A crítica das leis

A Ordem Jurídica resumida ao Direito Positivo não tem valor para os anarquistas porquanto fixa relações de opressão e de espoliação oriundas de um poder de fato. Kropotkin, ao comentar "a inutilidade e a perniciosidade das leis" não hesita em afirmar que "elas (as leis) foram criadas para despojar o produtor de uma parte daquilo que ele produziu e para garantir a outras pessoas a posse daquela porção do produto que foi roubado" (KROPOTKIN, Piotr cit. *in* WOODCOCK, 1981:101). E prossegue:

> "como todas as leis sobre propriedade, que enchem grossos volumes de Códigos de Direito e fazem as delícias de nossos advogados, não têm outro objetivo senão o de proteger a apropriação injusta (...) não há nenhuma razão que justifique a sua existência. No dia da Revolução, os revolucionários sociais estão firmemente decididos a acabar com todas elas" (Idem, p. 103).

Demais, as leis positivas são viciadas porque são leis do Estado, isto é, de uma organização criada para ser a negação da Liberdade. Se o Estado é princípio de corrupção da vida social pela imposição, pela força da sua vontade, suas leis também apresentar-se-ão como instrumentos desta violência. León Tolstoi, em *A Escravidão de nosso tempo*, proclama que: "em toda a parte e sempre, as leis são impostas utilizando os únicos meios capazes de fazer com que algumas pessoas se submetam à vontade de outras, isto é, pancadas, perda de liberdade e assassinato" (TOLSTOI, Léon cit. *in* WOODCOCK, 1981:106).

A inabalável crença dos anarquistas na natural perfectibilidade humana conduz à apreensão do crime como resultado necessário da desigualdade econômica e social. De acordo com Kropotkin, até 3/4 dos "assim chamados crimes" são "instigados pelo desejo de apossar-se da fortuna alheia". Como conseqüência lógica, arremata, "esta imensa classe de 'crimes e delitos'

desaparecerá no dia em que a propriedade privada deixar de existir" (KROPOTKIN, Piotr cit. *in* WOODCOCK, 1981:104). Godwin atribui às condições sociais o egoísmo (selfishness) e o vício, os principais móveis do crime (cit. *in* WOODCOCK, 1965:72).

Finalmente, da consideração da inutilidade das leis passa-se à convicção da inocuidade da punição como meio de controle do crime. Errico Malatesta, anarquista italiano, propõe, em artigo publicado em *l'Umanitá Nuova* de 1922 e liberalização da venda de cocaína alegando que "a experiência sempre demonstrou que a lei, por mais bárbara que seja, jamais conseguiu suprimir um vício ou desencorajar um delito" (MALATESTA, Errico, 1979:335). Da mesma opinião é Kropotkin, que acredita que "no dia em que os criminosos não sofrerem mais qualquer castigo, o número de crimes não aumentará e é extremamente provável que, pelo contrário, sofra o decréscimo de todos aqueles crimes que são hoje cometidos por criminosos reincidentes, homens que a prisão embruteceu" (KROPOTKIN, Piotr cit. *in* WOODCOCK, 1981:105).O Humanismo otimista dos anarquistas sugere que, extirpada a injustiça inerente à organização social vigente, o ser humano recuperará naturalmente seu sentido de Razão e de Justiça.

Não somente a punição jurídica é inócua, mas é ela mesma corruptora porque manifestação de uma autoridade política por natureza ilegítima: o Estado. Ainda é Kropotkin quem nos lembra da "corrupção e depravação que existem entre os homens, alimentadas pela idéia da obediência — que é a própria essência da lei" (idem, ibidem). A obediência à lei já é em si mesma uma desnaturação do Homem, uma vez que implica na renúncia à sua Liberdade.

Impedidos de punir, os anarquistas pensam poder resolver o problema do cometimento de crimes com uma arma, no dizer de Bakunin, "mais poderosa do que os (...) códigos criminais, do que os (...) carcereiros e os carrascos": a força do sentimento coletivo. Afinal, "nenhum homem, por muito forte que se julgue, jamais será capaz de suportar o desprezo unânime da sociedade" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:20).

Considerando a visão geral do Direito Positivo na teoria anarquista, nada mais lógico que preconizar-se a destruição de todos os ordenamentos jurídicos existentes como solução para a opressão. Kropotkin é particularmente contundente: "queimem as guilhotinas, destruam as prisões, expulsem os juízes, os policiais e os informantes — a raça mais imunda que existe sobre a face da terra" (cit. *in* WOODCOCK, 1981:106). Para Bakunin o programa revolucionário impõe "abolição da magistratura do Estado (...); [e] abolição dos códigos criminais e civis que estão em vigor atualmente na Europa" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:208). Em seu esboço de sociedade livre, Proudhon asse-

gura-nos que "em lugar das leis, poremos contratos; nada mais de leis votadas pela maioria ou mesmo unanimemente. Cada cidadão, cada cidade, cada sindicato fará suas próprias leis..." (PROUDHON, P.J. cit. *in* WOODCOCK, 1963:124).

E preciso salientar que a crítica anarquista reporta-se às leis positivas, ou políticas, "essas prodigiosas mentiras", como dizia Tolstói (cit. *in* WOODCOCK, 1965:209), e não ao Direito, entendido como Contrato e como Justiça. Nesta acepção o Direito representa na tradição libertária o próprio fundamento da vida social. Não existe vida em sociedade sem Direito.

4. Sobre a Justiça

Ao escrever *Political Justice*, William Godwin pretendeu refutar o tradicionalismo das *Reflections on the Revolution in France* de Edmund Burke que postulava a necessidade da sujeição dos homens para o bom funcionamento da sociedade e da legitimidade da desigualdade social e do corporativismo medieval (cf. BURKE, Edmund, 1979:149-151). Burke concebia a justiça da realeza como *a* Justiça, a Lei como *o* Direito e ambas como uma outorga do Poder aos homens. Na visão de Godwin a Justiça radica na sociedade e origina-se na consciência dos homens da necessidade da assistência mútua. O princípio ativo da Sociedade é um princípio moral — a Justiça; justiça que, para Godwin, equivale à Razão. Assim, não cabe propriamente à Sociedade fazer a lei (que é uma "declaração" da Razão Humana), mas apenas interpretá-la, isto é, descobri-la. Proudhon, que formulou sua concepção de Justiça antes de conhecer os escritos de Godwin, entende que "a Justiça é o produto desta faculdade: é o respeito, espontaneamente sentido e reciprocamente garantido, da dignidade humana", explicando ainda que "o conhecimento do Justo e do Injusto resulta do exercício duma faculdade especial e do Juízo que a Razão formula depois sobre os atos" (PROUDHON s.d.:173 e 178). A autoridade da sociedade é portanto apenas executiva, não legislativa, e limita-se ao "apoio público à Justiça" (GODWIN, William cit. *in* WOODCOCK, 1963:74). Mais uma vez Proudhon aproxima-se de Godwin ao dizer que "o povo é o guardião da lei, o povo é o *poder executivo*" (PROUDHON, 1966:301-grifo do autor).

A Justiça é também fraternidade, pois a "justiça ordena que todo homem (...) deve contribuir para o cultivo da colheita comum, da qual receberá uma porção. Esta reciprocidade (...) é a essência mesma da Justiça" (GODWIN, William cit. *in* WOODCOCK, 1963:79/80). Esta mesma concepção encontramo-la em Proudhon, para quem "a Justiça supõe uma reciprocidade"

(PROUDHON, s.d.:173) na qual "o homem, em virtude da razão de que é dotado, tem a faculdade de sentir a sua dignidade na pessoa de seu semelhante como na sua própria pessoa, de se afirmar ao mesmo tempo como indivíduo e como espécie" (idem:178). Em Proudhon, a Justiça torna-se idéia-força, princípio regulador da sociedade: "nada se faz entre os homens senão em virtude do *direito*; nada sem a invocação da justiça" (PROUDHON, P.J., 1966:69). Em outra obra, *De la Capacité Politique de la Classe Ouvrière*, resume: "a Justiça é a fórmula da Sociedade" (PROUDHON, P.J. cit. *in* Idem, s.d.:174).

Concordando com Godwin, Proudhon não separa o Direito da Moralidade, afirmando que a Justiça é "o princípio de uma moralidade superior" (PROUDHON, P.J., s.d.:177). Coerentemente, distingue Lei de Direito, sustentando que "a justiça não é de modo algum obra da lei: ao contrário, a lei não é senão uma declaração e uma aplicação do *justo*..." (PROUDHON, P.J., 1966:69).

A afirmação da Liberdade dos indivíduos face aos poderes constituídos é, para o Anarquismo, o próprio Direito. Uma sociedade anárquica, síntese da propriedade e da comunidade, na expressão de Proudhon, encerra quatro princípios basilares, a saber: a igualdade, a lei (o Direito), a independência e a proporcionalidade. A esta sociedade, Proudhon chama simplesmente de "Liberdade", explicando-nos que "a sociabilidade dentro do homem, tornando-se justiça pela reflexão, eqüidade pela engrenagem das capacidades, tendo por fórmula a liberdade, é o verdadeiro fundamento da moral, o princípio e a regra de todas as nossas ações" (PROUDHON, P.J., 1966:304). Logo, Igualdade, Justiça, Eqüidade e Liberdade formam os pilares da Anarquia.

Em resumo, na base do pensamento jurídico anarquista repousa o conceito de Justiça que se revela como o princípio necessário e regulador da vida social porquanto é condição do equilíbrio entre as forças sociais, o equilíbrio entre as antinomias. A Justiça é expressão da Razão Humana. A Moralidade é também resultado da livre pesquisa dos ditames da Razão. Eis porque os anarquistas consideravam o Direito como um conceito moral porque fundado em "imutáveis verdades morais" enquanto a lei política era vista como desprovida de valor, uma vez que resultava de falíveis decisões das instituições políticas. Razão, Justiça, Moralidade, Direito são portanto conceitos sinônimos que pretendem todos apreender a "naturalidade" da conduta jurídica fundada em percepções de direitos e deveres, as quais residem nos próprios indivíduos. Assim, na concepção libertária, *o Direito não nasce propriamente da sociedade, mas é a própria vida social prática.*

6. *A Ordem Jurídica da Sociedade Anarquista*

Os anarquistas não se limitaram, no entanto, à crítica das leis positivas ou à definição do conceito de Justiça. Embora antidogmáticos por convicção e sinceros entusiastas da organização espontânea da classe trabalhadora, não faltou-lhes interesse e disposição para pensar a arquitetura jurídica da Nova Sociedade. Não somente pensaram o Direito Público da Anarquia, mas chegaram precariamente a praticá-lo nas ricas e fugidias experiências de autogestão das comunas espanholas, dos conselhos de usina italianos ou na *Makhnovitchina*.[8]

Buscaremos extrair do pensamento anarquista seu Direito de Gestão, a Organização Federalista, a Administração da Coisa Pública e a Administração da Justiça, isto é, o Direito que nomearemos "da Esfera Pública".

Os libertários não descuidaram tampouco do Direito que chamaremos "da Esfera Civil", muito embora a distinção entre Público e Privado seja desprovida de sentido no pensamento anarquista. Nesta rubrica examinaremos as concepções anarquistas de Contrato, Propriedade, Casamento e Sucessões, numa tentativa de delinear os fundamentos de uma vida jurídica na Sociedade Anárquica.

6.a. *A Constituição Anárquica*

Chamaremos "Constituição Anárquica", num evidente paradoxo para o pensamento anarquista, ao *conjunto de princípios e de normas que devem regular a gestão dos recursos comuns.* Toda a dificuldade em expor as idéias libertárias sobre o que convencionamos chamar de "Esfera Pública" reside na dissolução da equação entre *Estado* e *Público* pelo desaparecimento daquele em proveito deste. Com efeito, o Anarquismo considera que o Público não só prescinde do Estado, bem como só se constitui verdadeiramente pela sua abolição: "a insurreição vitoriosa é o fato mais eficaz para a emancipação popular porque o povo, após haver rompido o jugo, *torna-se livre* para forjar-se as instituições que lhe parecem as melhores" (MALATESTA, Errico, 1979:85-grifo nosso).

6.a.1. *O Direito da Autogestão*

Autogestão é a chave-mestra do Ordem Anárquica. E menos um procedimento e mais um princípio de organização econômico e político. Se o pensamento libertário funda-se na negação do princípio de autoridade, deve opor-lhe um princípio que seja, a um só tempo, legítimo e eficaz.

Por Autogestão podemos entender um sistema de organização da produção e do poder, constituído pela cooperação de várias pessoas e cujas decisões são tomadas por todos aqueles que, numa coletividade determinada, participam das atividades sociais nela implicadas. Há autogestão (ou mutualismo, na expressão de Proudhon) quando "numa indústria, todos os trabalhadores, em vez de trabalharem para um empresário, que lhes paga e guarda o seu produto, resolvem trabalhar uns para os outros e concorrem assim para um produto comum, de que repartem os lucros" (*Manuel d'un Spéculateur à la Bourse* cit. *in* PROUDHON, s.d:69).

A teoria da mutualidade, que pretende ser a síntese da propriedade e da comunidade, implica o princípio federativo: "o princípio federativo é sinônimo de mutualidade" (PROUDHON, *De la Capacité Politique des Classes Ouvri'res* cit. *in* PROUDHON, s.d:75). O mutualismo federativo é portanto princípio e norma da associação dos produtores agrícolas, industriais, de serviços e também de consumidores. De um lado, estruturar-se-ia a produção com base nas federações, livres associações dos produtores, fundadas na socialização da propriedade e, por outro, os agrupamentos de consumidores federados em um sindicato. Esses órgãos responderiam pela gestão associativa da produção econômica. A autogestão política implicaria na descentralização e no federalismo nacional e internacional.

A teoria constitucional do Anarquismo dissemina o poder constituinte pelas várias formas de associação. Nas palavras de Proudhon,

> "o poder constituinte é fundamentalmente o povo. Depois dele, a Câmara dos Deputados, os conselhos municipais e departamentais: por último, as assembléias associativas como outras tantas frações inteiras do soberano. Os colégios eleitorais, as assembléias comunais, as sociedades industriais, etc., são poderes constituintes" (cit. *in* PROUDHON, s.d:141).

Esta aparente indistinção entre os vários níveis de exercício da Soberania explica-se pela crítica dos anarquistas ao princípio da hierarquia das leis. Com efeito, o direito de legislar pertence a todas as associações humanas:

> "O Legislador é o Ser coletivo, o trabalhador indiferenciado que estuda as suas próprias leis, promulgando-as e controlando-as depois. A lei é a expressão das relações que nascem entre os homens,

8 Sobre as experiências autogestionárias dos anarquistas podem ser consultados com proveito WOODCOCK (1965), caps. 10 a 14 e GUERIN (1963:126-168).

do trabalho e da troca." (*De la Création de l'Ordre dans la Société*, cit. *in* PROUDHON, s.d:65.)

Esta competência legislativa não deriva, no entanto, de uma Lei, mas da própria "objetividade do direito" posto que "as leis da economia social são independentes da vontade do homem, do legislador. O nosso privilégio é reconhecê-las, a nossa dignidade é obedecer-lhes" (*Idée Générale de la Révolution*, cit. *in* PROUDHON, s.d:64).

No que concerne a organização da esfera pública, os anarquistas divergem. Para Proudhon, de espírito mais detalhista, o soberano divide-se em quatro poderes iguais e paralelos: os poderes consular, executivo, arbitral e docente. O primeiro, encabeçado pelo "procurador supremo da república", exerceria um tipo de coordenação dos demais poderes com atribuições de propor, requerer, relatar, denunciar, vigiar, "sem nunca se imiscuir nem na administração nem na justiça". O poder executivo compreenderia o domínio público, a agricultura, a indústria, o comércio e as relações exteriores, isto é, "a produção propriamente dita". Encarregado de aplicar a lei e o direito, o poder arbitral, dividido em especialidades e conhecendo somente dois graus de jurisdição, será encimado por um tribunal supremo. Enfim, o poder docente resume-se à educação da juventude e "compõe-se de todas as escolas de artes, ciências e ofícios, de todos os graus..." (*De la Création de l'Ordre dans la Société*, cit. *in* PROUDHON, s.d:140-141).

Bakunin, menos teorizante, propõe apenas dois princípios: que toda organização processa de baixo para cima, a partir da Comuna e que entre esta e o nível nacional exista um nível intermediário: departamento, região ou província. A base de toda a organização política reside na Comuna "absolutamente autônoma, representada sempre pela maioria dos sufrágios de todos os habitantes — homens e mulheres" e dotada do "direito incontestável de criar independentemente de qualquer sanção superior a sua própria legislação e a sua própria constituição". As comunas "nomeiam e destituem por eleição todos os seus funcionários: administradores e juízes" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:220). As comunas poderão constituir entre si uma federação provincial, criando um parlamento provincial que, por sua vez, promulgará uma Carta Provincial. Também neste nível seria criado um Tribunal Provincial, eletivo como no nível comunal, cuja função seria a de julgar, em grau de recurso, todas as causas entre indivíduos e comunas, entre as comunas ou entre comunas e a província. As causas opondo a comuna e o parlamento da província seriam julgadas por este tribunal em primeira instância. Das decisões do Tribunal Provincial cabe recurso ao Tribunal Nacional. Pelo mesmo processo, seriam criadas a "federação nacional de comunas livres", compor-

tando igualmente Parlamento e Tribunal e, em seguida, a "federação internacional dos povos revolucionários" nos mesmos termos.

Com efeito, a "Constituição" que propõem os anarquistas não se assemelharia aos modelos atuais. Este documento deveria conter apenas os direitos e deveres de cada um dos níveis face ao outro. Nenhuma determinação quanto à forma de organização das comunas ou quanto ao funcionamento de seus órgãos de deliberação poderia figurar neste texto sob pena de vilipendiar a sagrada autonomia comunal.

Os anarquistas concordam, quaisquer que sejam seus matizes, na necessidade de preservar as chamadas liberdades fundamentais, à exceção evidentemente da propriedade. O direito de todo o cidadão ou coletividade de ingressar ou retirar-se de qualquer associação, assim como o direito à livre associação, é considerado basilar.

A Liberdade, como bem inalienável dos indivíduos, não pode ser restringida sob qualquer pretexto, especialmente o de preservá-la: "a liberdade, diz Bakunin, não pode e nem deve defender-se senão pela liberdade" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:216). Assim, nem mesmo o crime justificaria a privação da liberdade posto que, a pena só podendo ser imposta por um poder, consistiria numa contradição a defesa da liberdade pela sua negação: a autoridade. A sociedade contudo não pode estar desarmada contra os "indivíduos malfeitores, parasitários e prejudiciais". Às comunas atribui-se o poder de privar esses indivíduos de seus direitos políticos. Ainda em nome da liberdade individual, cada condenado conservará "o direito de não se submeter à pena que lhe tiver sido imposta, declarando que já não quer fazer parte desta sociedade" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:218), o que concede à sociedade o direito de expulsá-lo de seu seio.

O modo de acesso às funções de gestão é o sufrágio direto. Em que pesem as imprecações de Bakunin contra o sufrágio universal como *meio* para atingir a revolução social ("o sufrágio universal é a contra-revolução"), sua posição é de que as condições sociais e econômicas vigentes no capitalismo impedem que o voto se transforme num instrumento de libertação (cf. BAKUNIN, Mikhail, 1975:174). Em Proudhon, o sufrágio universal é "a própria constituição da democracia (...) a salvaguarda da liberdade". E, para que não restem dúvidas, conclui: "nós pensamos que, de todas as formas de governo, uma única é verdadeira e que esta forma é precisamente a que resulta da constituição ou organização do sufrágio universal" (*Lettre à Mr. Rouy, 29/05/1863* cit. *in* PROUDHON, s.d.:142). Apenas acrescenta Proudhon que o sufrágio universal deve ser exercido com base na distribuição dos cidadãos por categorias de funções, isto é, segundo suas posições respectivas no processo produtivo.

Estes preceitos foram postos em prática em pelo menos duas ocasiões na

história política recente: na Comuna de Paris e durante a Revolução Espanhola de 19 de julho de 1936. No primeiro caso, a insurreição popular contra a capitulação dos monarquistas face aos prussianos levou à fuga do governo e à organização de um governo autônomo da comuna de Paris. Dirigida por um Comitê Central eleito por sufrágio universal, a Comuna tinha um programa claramente anarquista: autonomia absoluta da Comuna, organização de sua magistratura, direção dos serviços locais, controle permanente sobre funcionários e magistrados e garantia absoluta da liberdade individual. Nos seus pouco mais de dois meses de vida, o Comitê Central organizou uma polícia, uma guarda nacional, a Justiça, o Ensino Público, as empresas e o Trabalho, decretando as primeiras "leis trabalhistas" da História.[9] Por sua efemeridade e por seus inúmeros erros, a experiência da Comuna de Paris não terá deitado raízes, mas persiste como um exemplo do vigor do programa anarquista.

Na Espanha, a partir do confisco, pelo governo central republicano, dos bens de industriais e fazendeiros, as coletividades agrícolas do Aragão, da Catalunha e de Castela puseram em prática a autogestão das terras e posteriormente das indústrias. Em muitas aldeias camponesas, a ausência de autoridade em decorrência das desordens do verão daquele ano abriu caminho para a instalação de "comitês administrativos" que dirigiam as municipalidades sob constante supervisão da população. As decisões políticas eram tomadas e os serviços públicos geridos no modelo de comuna livre imaginado por Kropotkin.[10]

Em resumo, parece-nos claro que o pensamento anarquista formulou, ainda que precariamente, delineamentos de um Direito da Esfera Pública, de um Direito da Autogestão federativa. São princípios basilares deste Direito: a centralidade e a inalienabilidade da liberdade, a disseminação da Soberania, a autogestão, a descentralização e o federalismo.

O povo — e suas formas de associação — é o detentor permanente da Soberania, que ele não aliena senão instável e provisoriamente aos seus comissários. O poder de legislar não pertence a nenhum órgão do Estado, mas a toda a sociedade uma vez que o Direito não se inventa, descobre-se-o na sua objetividade. A Liberdade, supremo bem da humanidade, radica no indivíduo e nas suas formas de associação. Nenhuma destas pode, entretanto, impor-se coativamente aos indivíduos, foros últimos e definitivos da Liberdade. A descentralização e o federalismo são faces de uma mesma moeda: a organização da Esfera Pública a partir da sua base: a comuna autogerida. A

9 Sobre a Comuna de Paris ver a obra clássica de Lissagaray, *Histoire de la Commune de 1871* (cit. na Bibliografia), especialmente os caps. XVI e XVIII.

10 Sobre a experiência libertária na Espanha vide WOODCOCK (1965:365-375) e GUERIN (1963:132-165).

autogestão, enfim, não é apenas o meio eficaz de garantia da Democracia, é princípio geral de Direito, é garantia de Legitimidade.

A Teoria do Direito Libertária não se cinge porém à definição do Estatuto da Esfera Pública. Mais que qualquer outro movimento de idéias políticas, o Anarquismo é uma teoria *da sociedade* pois é na sua emergência e na conseqüente dissolução do Estado que reside o *telos* libertário. Portanto, resta-nos examinar os fundamentos de um Direito Civil anarquista.

6.b. O Direito da Esfera Civil

Entenderemos, assim, como Direito da Esfera Civil o conjunto dos princípios relacionados com as interações interindividuais não diretamente constitutivas da Esfera Pública. E de se lembrar que os anarquistas, pela sua convicção quanto à objetividade do Direito e à disseminação do poder legislativo, não estipulam a forma das normas, o que lhes pareceria um contra-senso. Com efeito, o Direito a que se referem os anarquistas é apenas um conjunto de princípios.

6.b.1 O Contrato

Proudhon é, dentre os autores libertários, o que mais enfatizou a importância na noção de contrato na Anarquia. Para ele, contrato era mesmo sinônimo de sociedade livre: "a justiça comutativa, o regime dos contratos — noutros termos, o regime econômico e industrial — substituindo o velho sistema de justiça distributiva, o regime das leis (...) o futuro da humanidade está nesta substituição" (PROUDHON, *Idée Générale d'une Révolution* cit. *in* PROUDHON, s.d.:65).

O Contrato, em Proudhon, é a expressão jurídica perfeita dos princípios que Justiça e de Liberdade nas relações sociais. O contrato vale para a Esfera Pública assim como para a Esfera Civil: "no lugar das leis, colocaremos contratos. Não haverá mais leis votadas pela maioria, nem mesmo por unanimidade. Cada cidadão, cada cidade, cada sindicato industrial fará suas próprias leis" (PROUDHON, *Idée Générale d'une Révolution* cit. *in* WOODCOCK, 1981:272). O Estado na Anarquia será "livre, contratual e democrático" assim como toda federação, fundada que é no contrato.

Os anarquistas todavia não esposam a teoria do contrato social visto que o acordo aqui é tácito:

> "um contrato tácito!", diz Bakunin, "isto é, um contrato sem palavras e, por isso, sem pensamento e sem vontade — uma revoltante

falta de juízo! (...) pois supõe que [eu] não estava em condições de querer, nem de pensar, nem de falar — porque (...) consenti, para mim e para toda a minha descendência, numa escravatura eterna" (1975:25).

O contrato é a forma jurídica primordial na Anarquia posto que pressupõe indivíduos livres e conscientes, sua igualdade *real* e sua liberdade de revogar. O contrato representa pois a *clé de voûte* da sociedade de organização mutualista. Malatesta, formulando o programa de reivindicações do movimento anarquista, afirma: "[queremos a] organização da vida social mediante associações livres e de federações de produtores e de consumidores, criadas e modificadas segundo a vontade de seus membros..." (1979:67). Desde a família até o Estado e a federação internacional todas as associações humanas deverão fundar-se no contrato, isto é, no acordo livre e sempre revogável entre iguais.

6.b.2. A Propriedade

Nenhuma instituição jurídica foi mais acusada, mais hostilizada pelo pensamento libertário que a propriedade privada. De par com a virulenta crítica ao Estado, a Propriedade tem merecido dos anarquistas a mais categórica condenação. Proudhon não hesita em afirmar, contrariamente a toda a tradição jurídica ocidental, que "A Propriedade é o Roubo" (1966:58). León Tolstói acreditava que a abolição do Estado não seria efetiva sem a abolição da propriedade. Para Godwin, "a opressão, o servilismo e a fraude são os frutos imediatos da atual forma de administração da propriedade, tão hostil ao progresso moral quanto ao desenvolvimento intelectual do ser humano" (GODWIN, William cit. *in* WOODCOCK, 1981:119). A abolição de toda propriedade privada é condição da edificação de uma sociedade livre, de uma Anarquia.

Proudhon, sem dúvida o mais produtivo dos teóricos anarquistas, dedicou um livro célebre à Propriedade: *Qu'est-ce que la Propriété*?, publicado em 1840. Neste brilhante trabalho, Proudhon empreende uma análise profunda deste instituto jurídico e procura demonstrar, em aparente paradoxo, que a propriedade é impossível por ser a negação da liberdade, do trabalho, da igualdade, da justiça além de conduzir a sua autodestruição. A Liberdade, a Segurança e a Igualdade são direitos naturais, porquanto sociais, pois são fundados no princípio social de justiça, de reciprocidade (Proudhon, 1966:93). A Propriedade, por seu turno, é anti-social pois que o direito do proprietário sobre a coisa *exclui* necessariamente o direito de outros homens. De acordo

com Proudhon somente a dois títulos pode haver propriedade: pelo trabalho e pela ocupação. Este último recurso, Proudhon admite-o como corolário do direito de viver: "o direito de viver implica no direito de buscar-se os meios para tal" (1966:99). Demais, o ocupante não pode ocupar senão aquilo que lhe basta enquanto a propriedade "existe mesmo sem o proprietário", permitindo a um só ocupar e (excluir do usufruto) um número indefinido de homens. O trabalho, lembra-nos Proudhon, "não é senão o signo sensível, o ato material pelo qual a ocupação se manifesta" (1966:148). Em outras palavras, a posse não basta para a gênese da propriedade, é necessário que intervenha o trabalho. Somente pelo labor acede-se à verdadeira propriedade.

Percebemos assim que na Anarquia existirá um tipo de propriedade diverso da propriedade capitalista: individualista, exclusivista, perene e passível de transmissão *intervivos* ou *causa mortis*. Na sociedade anárquica haverá, no dizer de Proudhon, "uma síntese da comunidade (propriedade comum) e da propriedade (propriedade individual) que nós chamaremos de LIBERDADE" (1966:305/306). A forma jurídica será a da "posse individual", pois "o direito de ocupar sendo igual para todos (...) a propriedade não pode se formar" (1966:307). A um título que assegura *contra* todos (*erga omnes*) o direito do proprietário sobre a coisa, Proudhon opõe a ocupação sempre precária, a posse individual e efetiva porque laborativa.

6.b.3. O Casamento e a Família

O mesmo princípio — o contrato livre e ativo — aplica-se às relações conjugais. Segundo Godwin, a interação humana é condição do amadurecimento do pensamento e do caráter, o que recusa, por esta mesma razão, toda relação de propriedade exclusivista sobre os atores deste intercurso. Donde sua solene condenação do casamento, que busca dar permanência a uma escolha passada que não é senão "a pior das propriedades" (GODWIN, William cit. *in* WOODCOCK, 1965:83). Bakunin preconiza a "abolição não da família natural, mas da família *legal*, baseada no direito civil e na propriedade. O casamento religioso e civil é substituído pelo casamento *livre*" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:213-grifo do autor). A permanência da relação conjugal dependerá assim apenas do "respeito mútuo e da liberdade de duas pessoas que se amam" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:214).

Os anarquistas, compreendendo que não poderia haver contrato matrimonial livre sem emancipação feminina, lutaram pelos direitos políticos e sociais das mulheres. Hostis ao princípio da autoridade nas relações sociais, combateram o *pátrio poder*: "as crianças — assevera Bakunin — não são proprie-

dades de ninguém: nem dos pais nem da sociedade. Elas só pertencem à sua liberdade futura". Ele precisa ainda que "a sociedade, cujo futuro depende totalmente da educação e da instrução das crianças (...) é a única *guardiã* das crianças dos dois sexos". (BAKUNIN, Mikhail, 1975:214).

6.b.4. A Sucessão

O combate à família burguesa e ao seu fundamento, a propriedade, não se completaria, aos olhos dos anarquistas, sem a abolição do direito de herança. Para Bakunin,

> "o capital, assim como a terra, numa palavra todos os instrumentos e todas as matérias-primas do trabalho, deixando de ser transmissíveis pelo direito de herança, tornam-se para sempre a propriedade coletiva de todas as associações produtivas" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:210).

Proudhon, bem mais moderado a esse respeito, não se declara categoricamente contrário ao princípio: "a liberdade não é nada contrária aos direitos de sucessão e de estamento: ela contenta-se em zelar para que a igualdade não seja nunca violada", PROUDHON (1966:305). As duas afirmativas revelam as oposições entre o mutualismo pequeno-burguês de Proudhon e o anarquismo coletivista de Bakunin. Para o primeiro, a propriedade havida pela ocupação e pelo labor pode ser transmitida aos herdeiros com duas condições primordiais: que não induza à concentração e, portanto, à injustiça e que não se transforme em título, mantendo sua essência de posse. Bakunin, por seu turno, entende que todos os bens devem retornar à sociedade e que esta assume a responsabilidade sobre o provento dos herdeiros. O direito de herança é por natureza perverso visto que por ele "tanto as diferenças naturais como as diferenças passageiras de fortuna ou de felicidade que podem existir entre os indivíduos (...) eternizam-se" (BAKUNIN, Mikhail, 1975:209).

7. Conclusão

Concluindo, podemos afirmar que o Anarquismo dispõe, embora fragmentária e inarticuladamente, de uma Teoria Geral do Direito. Na Anarquia, regime de liberdade, não se admite nenhum mestre, nenhuma autoridade, exceto "a autoridade da lei, isto é, da necessidade" (PROUDHON, 1966:304). O Direito, para o pensamento libertário, não se resume a uma Ordem Jurídica

Positiva, mas, pelo contrário, lhe é antagônico. A Ordem Jurídica do Capitalismo é fundamentalmente iníqua por basear-se na usurpação da propriedade e na usurpação da soberania. O direito jurídico e político, como diz Bakunin, não é senão a expressão de um poder de fato, de uma opressão, de uma alienação.

O Direito é, na Anarquia, a expressão da Justiça, desta Justiça imanente e humana, "progressiva e infalível na humanidade porque é da humanidade" (PROUDHON, s.d.:177). A Justiça, este princípio de moralidade social, este senso inato para distinguir o certo e o errado, impor-se-á naturalmente à Sociedade na medida em que a Revolução Social extirpar da vida humana o Estado e a Propriedade. O exercício da Sociabilidade, da Razão e da Liberdade é natural nos homens. Pela Razão atingimos a Justiça e o Direito: "o poder legislativo não pertence senão à Razão" (PROUDHON, 1966:300). O Direito é, pois, uma necessidade, uma lei natural que se descobre pela Razão humana. O princípio do contrato é a expressão jurídica por excelência da Justiça, aplicando-se a todas as relações sociais entre indivíduos livres.

Demais, o Anarquismo exerceu uma influência sobre os promotores do Direito Social, tais como Léon Duguit, Maurice Hauriou e sobre a Escola Alemã da Sociologia Jurídica com Max Weber, Eugen Ehrlich e Otto von Gierke. Este último, particularmente, ao caracterizar os grupos organizados como pessoas coletivas complexas (Gesamtpersonen) proclamou a autonomia do direito social emergente sobre as leis do Estado (vide GURVITCH, 1955:107-122). Em termos gerais, todos os juristas que admitem a anterioridade e a superioridade das normas sociais sobre as normas positivas ou a primazia da eficácia sobre a validade das normas serão herdeiros do pensamento anarquista.

A atualidade teórica do anarquismo revela-se na renovada crítica ao Estado empreendida nos anos 70, inicialmente pela crítica ao Totalitarismo (Hannah Arendt), em seguida pela desmistificação do Estado Liberal e de suas estratégias de dominação (Foucault, Deleuze-Guattari) para desembocar na (re)discussão da naturalidade do Estado (Pierre Clastres, Claude Lefort, Marcel Gauchet) (CHATELET, François & PISIER-KOUCHNER, Evelyne, 1981:761ss).

A atualidade das idéias "constitucionais" anarquistas torna-se cada vez mais evidente com a emergência dos novos movimentos sociais e sua reivindicação de autonomia. O Direito insurgente ou alternativo inscreve-se na linhagem do pensamento anarquista na medida em que propugna uma redefinição das fronteiras entre a Ordem Pública — o Estado — e a Sociedade Civil em proveito desta última.

Para finalizar, pode-se dizer que a aparente *naiveté* do pensamento liber-

tário, com sua crença profunda na Racionalidade, na Perfectibilidade e na Liberdade humanas, é, na realidade, a mais radical e profunda crítica à nossa civilização; é uma das mais lúcidas exposições da origem e do fundamento de nossas mazelas, de nossa tendência à entropia; é ainda um dos mais vigorosos programas de ação revolucionária da História. Sua atualidade política exprime-se nos programas de ação dos novos movimentos sociais, no desenvolvimento espantoso das organizações não governamentais tanto na Ordem Interna quanto na Ordem Internacional, no movimento ecológico e na crise da representação. Sua ingenuidade é provavelmente a fonte de sua força; a força deste grandioso, generoso e supremo projeto da Humanidade, esta utopia, este sonho de Libertação.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ANSART, Pierre (1967), *Sociologie de Proudhon*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. SUP.

BAKUNIN, Mikhail (1975), *Conceito de Liberdade*, Porto, Edições Rés, col. substância.

BEARD, Charles (1948), *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The MacMillan Company, New York.

BOURDIEU, Pierre (1982), *Ce que parler veut dire*. Economie des échanges linguistiques, Paris, Fayard.

BRAUD, Philippe & BURDEAU, François (1983), *Histoire des Idées Politiques depuis la Révolution*, Paris, Montchrestien, Précis Domat.

BURKE, Edmund (1969), *Reflections on the Revolution in France*, Penguin Books, Harmondsworth, Ed. Conor Cruise O'Brien (primeira edição, 1790).

CHATELET, François & PISIER-KOUCHNER, Evelyne (1981), *Les Conceptions Politiques du XXe siècle*, Presses Universitaires de France, Paris, Coll. Thèmis.

FRIEDRICH, Carl J. (1972), *Tradition and Authority*, London, Macmillan, Key Concepts in Political Science.

GUERIN, Daniel (1973), *Bourgeois et bras nus 1793-1795*, Gallimard, Paris, col. Idées.

_____ (1965), *L'Anarchisme*, Gallimard, Paris, col. Idées

GURVITCH, Georges (1955), *Les Fondateurs Français de la Sociologie Contemporaine: Saint-Simon et P.J. Proudhon*, Paris, Centre de Documentation Universitaire.

HAYEK, F.A. (1986), *The Road to Serfdom*, ARK Paperbacks, Routledge & Kegan Paul, London.

HILL, Christopher (1980), *Reformation to Industrial Revolution*, Penguin Books, London, The Pelican Economic History of

LISSAGARAY, Prosper-Olivier (1976), *Histoire de la Commune de 1871*, Paris, François Maspéro, petite collection Maspéro.

LA BOETIE, Etienne de (1576) *Discours de la Servitude Volontaire*, Paris, Garnier Flammarion (1983).

MALATESTA, Errico (1979), *Articles Politiques*, Paris, Union Générale des Editions, col. 10/18.

MAXEY, Chester (1948), *Political Philosophies*, The Macmillan Company, New York.

MORTON, A.L. (1976), *A People's History of England*, Lawrence and Wishart, London.

NETTLAU, Max (1986), *Histoire de l'Anarchie*, Paris, Artefact.

ORY, Pascal (org.) (1987), *Nouvelle Histoire des Idées Politiques*, Paris, Hachette, col. Pluriel.

PAINE, Thomas (1791), *The Rigths of Man*, Penguin Books (1969), London (introdução de Henry Collins).

PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1988), *Traité de l'Argumentation*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 5ª edição.

PROUDHON, Pierre-Joseph (1966), *Qu'est-ce que la Propriété?*, Paris, Garnier Flammarion (ed. original: 1840).

_____ (s.d.), *A Nova Sociedade*, Porto, Edições Res, coleção Substância, trad. de *Oeuvres Choisies*, Paris, Le Livre de Poche.

WINSTANLEY, Gerrard (1649), *The New Law of Righteousness*, London.

WOODCOCK, George (org.) (1981), *Os Grandes Escritos Anarquistas*, L&PM Editores, Porto Alegre (trad. bras. de The Anarchist Reader).

_____ (1963), *Anarchism. A History of the Ideas and the Movement*, Penguin Books, London.

BIBLIOGRAFIA ANARQUISTA

BAKUNIN, Mikhail (1973-1982), *Oeuvres Complétes*, Paris, Ed. du Champ Libre, 8 vols.

GODWIN, William (1793), *An Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Hapiness*, London, 2 vols.

KROPOTKIN, Piotr (1976), *Oeuvres*, Paris, Ed. Maspéro.

MALATESTA, Errico (1979), *Articles Politiques*, Paris, Union Générale des Editions, col. 10/18.

PROUDHON, Pierre-JOSEPH (1982), *Les Oeuvres Complétes*, Geneve, Slaktine, 15 vols., 19 tomos.

Principais obras com datas de publicação original e tomos:

_____ (1840), *Qu'est-ce que la Propriété?*, Paris, Garnier Flammarion (1966) (t. X).

_____ (1846), *Système des Contradictions Economiques ou Philosophie de la Misère*, Paris, UGE (1964) (t. I).

_____ (1851) *Idée Générale de la Révolution au XIXe siècle*, t. II.

_____ (1858), *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, t. VIII.

_____ (1863), *Du Principe Fédératif*, (t. XV).

_____ (1865), *De la Capacité Politique des Classes Ouvriéres*, (t. III).

STIRNER, Max (1845), *Der Einzige und sein Eigentum*, Berlin.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

GITA W. GOLDENBERG

A violência é antes de tudo uma forma de relação social, podendo expressar tanto relações entre classes sociais como relações entre pessoas, no interior de cada classe social. A violência entre classes sociais é a violência econômica, responsável pela exploração de uma classe sobre outra, em sociedade como a nossa. A violência entre pessoas é a que se expressa através da dominação de uma pessoa por outra, reduzindo-a à condição de objeto. Quando ocorre no lar podemos chamar de violência doméstica. É importante explicitar que a violência doméstica está intimamente interligada com a macro-violência da sociedade. Neste trabalho vamos tratar principalmente da violência doméstica dirigida contra crianças e adolescentes pelos seus pais.

Para corroborar nossas afirmações gostaríamos de citar Maria Azevedo (1989) em seu livro "Crianças Vitimizadas: A Síndrome do Pequeno Poder":

"A violência estrutural, inerente ao modo de produção das sociedades desiguais em geral e da sociedade capitalista em particular, não é a única forma de 'fabricar crianças-vítimas'. Ao lado — e por vezes, mas não necessariamente em intersecção com ela — coexiste a violência inerente às relações interpessoais adulto-criança".

"Como a história da infância tem se incumbido de mostrar, essas relações são de natureza assimétrica. São relações hierárquicas, adultocêntricas, porque assentadas no pressuposto do poder do adulto (maior de idade), sobre a criança (menor de idade). A vitimização — enquanto violência interpessoal — constitui uma exarcebação desse padrão. Pressupõe necessariamente o abuso, enquanto ação (ou omissão) de um adulto, capaz de criar dano físico ou psicológico à criança, por essa razão costuma-se considerar abuso — vitimização como as duas faces da mesma moeda de violência."

A violência doméstica constitui uma infração do poder disciplinador do

adulto, e, no momento em que essa violência não é notificada, se estabelece uma relação de cumplicidade entre o agressor e a vítima, formando-se um "pacto de silêncio".

Este estudo será desenvolvido simultaneamente em dois aspectos, sendo um deles — o quantitativo, no qual se buscará identificar as informações relevantes, capazes de fornecer uma espécie de radiografia do problema da violência doméstica. Outro — o qualitativo, no qual pretender-se-á compreender as causas que influenciam a violência doméstica e as conseqüências que poderão ter em nossa sociedade dentro de uma abordagem social e psicoafetiva.

São os maus-tratos contra crianças e adolescentes, em especial a violência doméstica, tema de destaque em publicações científicas internacionais. No Brasil, entretanto, maus-tratos físicos e psicológicos, abuso sexual e negligência contra a criança e o adolescente são ainda assuntos mitificados, pouco estudados e divulgados.

A Lei nº 8069, de 13.07.90 — O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE — entrou em vigor em 14.10.90, revogando o Código de Menores e abarcando uma série de inovações. Antonio Carlos Gomes da Costa (1990) no livro "Brasil Criança Urgente" afirma: "A mudança de enfoque doutrinário da 'situação irregular' para a 'proteção integral' implica enormes mudanças na essência da política, que passa a abranger: (a) as políticas sociais básicas, como saúde, educação, habitação, trabalho, lazer, profissionalização e outras consideradas direito de todos e dever do Estado; (b) as políticas assistenciais voltadas para o atendimento compensatório a todos os que delas necessitem: (c) as ações de assistência médica, psicossociais e jurídica às crianças vitimizadas; (d) a defesa jurídico-social das crianças e adolescentes envolvidos em situações com implicações de natureza legal. Como se vê, os destinatários da nova legislação não são mais apenas 'os menores em situação irregular', mas todas as crianças e adolescentes do Brasil, para os quais o Estatuto tem o valor e o sentido de uma verdadeira Constituição da Infância e da Juventude".

O Estatuto é enfático na defesa e proteção da criança e do adolescente contra toda forma de violência, principalmente nos seguintes artigos:

Art. 5º — Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 13 — Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

É importante que toda a violência doméstica seja notificada. Por este motivo devem, idealmente, ser constituídos grupos multiprofissionais capacitados em todas as instituições que trabalhem com crianças e adolescentes. Na nossa pesquisa realizada na Comarca de Nilópolis foi constatado que na maioria dos casos que chegaram à Vara de Família e Juizados ocorreram violência doméstica contra crianças e adolescentes. Foram acompanhadas 100 crianças com suas respectivas famílias. Não somente estas crianças sofreram violência física, sexual e psicológica mas os próprios pais também passaram por violência doméstica na sua infância.

Viviane Guerra (1985) classifica a violência em três aspectos para fins didáticos: Violência Física: quando a coação se processa através de maus-tratos corporais (espancamentos, queimaduras) ou falta de cuidados básicos (alimentação, vestuário e moradia). Violência sexual: quando há excesso de estímulo (genital ou não): a violência se exerce tendo em vista a participação em práticas eróticas como o incesto. Violência Psicológica: quando a violência é feita através de ameaças de privações emocionais (abandono) e humilhação (a brutal exploração do trabalho de crianças).

Encontramos, nos cem casos acompanhados estas três formas de violência doméstica, sendo que todas três estão de tal forma relacionadas, que seria difícil separar na prática, o que é violência psicológica do que é violência física e vice-versa. No final deste artigo estes fatos serão ilustrados através de casos concretos.

Muitas crianças que receberam maus-tratos apresentam grande tendência a comportamentos ditos anti-sociais e inclusive cometem infração de baixa e alta periculosidade. Dos casos estudados muitos chegaram a nós através de ocorrências policiais registradas no Juizado de Menores e na Vara Criminal. A violência doméstica cresce cada vez mais com a cronificação dos conflitos instalados pelo sistema de produção capitalista "selvagem". A sociedade brasileira privilegia certos objetivos de uma camada da população em detrimento de outras, tornando o ambiente social favorável ao aparecimento da criminalidade. Em outras palavras podemos dizer que a violência doméstica é uma reprodução da violência do Estado. A Constituição Brasileira preconiza o seguinte:

No art. 6º: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Registramos que o que a Constituição preconiza como direitos de todos não é aplicado. Falta oportunidades iguais em termos de emprego, moradia, educação e saúde. Estas cem famílias são na sua grande maioria constituídas por analfabetos ou semi-analfabetos, ocupando por isso subempregos (aju-

dantes de obras, feirantes, domésticas, auxiliares de limpeza). A estrutura familiar geralmente é composta de seis a dez pessoas, entre filhos (solteiros — casados) genros, noras, residentes todos no mesmo local. Uma conotação toda especial é conferida à palavra "família", que não composta apenas por pais e filhos. Geralmente os irmãos mais velhos assumem a função de pai e mãe e são responsáveis pelos menores, não só por morte dos pais como principalmente por abandono. Nestas famílias, a mulher assume um papel muito importante. É ela geralmente o "chefe da casa" e a responsável pelo sustento de toda a família. Muitas foram abandonadas pelos maridos e outras simplesmente inverteram o papel: têm maridos alcoólatras ou detidos em penitenciárias.

Entre as diversas tentativas de se explicar a emergência de problemas, a pobreza surge como indiscutível fator de influência. No Brasil, a violência doméstica na vida das crianças e jovens das camadas mais pauperizadas começa na concepção. É o país onde o índice de mortalidade infantil é dos mais altos pela desigualdade na distribuição de terras, falta de salubridade, falta de assistência médica, falta de empregos, etc.

Desta forma, o que se pretende não é desconhecer a ingerência do econômico no problema, mas tão-somente lançar uma espécie de "olhar macroscópico" sobre "o interior da pobreza", de forma a melhor captar as amplas ramificações existentes. Daí, as preocupações que levaram a se buscar na Psicologia uma forma de contribuir para a compreensão do fenômeno.

Existem famílias que se reproduzem biologicamente, dando origem a filhos, mas que, entretanto, não conseguem se reproduzir socialmente. Ou seja, manterem seus membros articulados. A pesquisa efetuada pode esclarecer alguns elementos significativos da dinâmica familiar dos casos estudados. Entre outros, destacam-se: a relação de ódio existente entre os parceiros, a ausência dos pais (em termos físicos), a falta de investimento afetivo e de autoridade dos pais. Em virtude da grande rotatividade de parceiros que desempenham o papel de pai/padastro, compete à mãe, em muitos casos, mesmo sozinha, assegurar a sobrevivência do grupo familiar.

Um dos aspectos psicológicos significativos da violência doméstica observado foi a falta da "lei paterna, a falta de autoridade do pai, do terceiro na dinâmica familiar. A constelação familiar fragmentada, onde os pais são ausentes, impotentes diante dos revezes impostos pelas condições adversas do meio, é uma constante. Ocorrem assim atos de violência, agressões mútuas presenciadas, tornando a dinâmica familiar uma fonte constante de ameaças. A função paterna é importante para o desenvolvimento cognitivo e afetivo da criança e do adolescente, podendo exercer um limite nos seus impulsos de violência. Também fazendo com que estes sejam capazes de sublimá-los no

sentido de torná-los aptos a viver numa civilização complexa como a nossa. Em livro de minha autoria "Psicologia Jurídica da Criança e do Adolescente", afirmo o seguinte: "A falta da lei paterna no lar é um fator crucial que impulsiona a criança a cometer uma infração. Em todos os casos de crianças acompanhadas na nossa pesquisa, a respeito das quais abriram-se processos judiciais por alguma infração, um dado foi constante: vivem ainda numa relação dual ou seja, imaginária, onde o terceiro, não entrou na constelação familiar. Estas crianças talvez inconscientemente arrumaram uma forma de o terceiro entrar, de maneira inadequada, através de infrações, ou seja, a partir do momento em que não foi estabelecida a lei interna, em contrapartida, fazem surgir a lei externa (Juiz) para interditar esta relação dual."

Neste sentido, a falta do terceiro numa constelação familiar é considerada como uma violência psicológica, podendo influenciar a criminalidade. A presença paterna tem a função de capacitar a criança a ter domínio da realidade, de não praticar o incesto, de não matar, de não roubar e aceitar que não podemos fazer tudo sem conseqüências. Não somente as crianças mas seus pais na própria infância, por terem sofrido abandono, humilhação psicológica e violência física, podem apresentar uma necessidade imperiosa de repetir ativamente o que tiveram que suportar passivamente, praticando atos criminosos.

Há geralmente duas alternativas para as pessoas que passaram por violência doméstica: uma é o caminho da delinqüência do crime, que acredita que poderá contrapor-se à força de coersão da sociedade. A outra é tornar-se um profissional de "controle e repressão", como entrar para a polícia. A título de ilustração citamos Foucault (1977) em "Microfísica do Poder": "elites por um lado e plebe por outro e está dividindo-se em bandidos e forças armadas e policiais. As instituições fabricam delinqüentes, mas as mesmas são úteis tanto no domínio econômico como no político".

Queremos dizer que a Instituição Família, através da violência doméstica, vem corroborar para o aumento da criminalidade, no sentido de ser conivente e ao mesmo tempo reflexo da violência da macro sociedade.

A seguir, para ilustrar melhor o que foi dito, citaremos alguns casos estudados com profundidade, bastante representativos, capazes de fornecer uma espécie de radiografia da polêmica em questão — a violência doméstica. Realizamos uma análise qualitativa, no sentido de fazer um trabalho preventivo, não ficando preso somente a uma constatação dos fatos, ou seja, uma análise estatística.

Primeiramente citaremos um relato de violência sexual doméstica contra uma adolescente que enfrenta dificuldades emocionais na área sexual e no relacionamento social. Na área sexual alguns dos problemas envolvem dificuldades de se relacionar com homens: promiscuidade e prostituição. Neste

caso a figura do pai estava ausente como autoridade, em vez de estabelecer a lei acabou burlando a própria lei. Trata-se de uma menina que sofria agressões libidinosas do pai, culminando com uma relação completa e conseqüente gravidez. A mãe desta adolescente entrou numa relação com o marido — passiva e masoquista — semelhante à que mantinha com seus próprios pais. O marido lhe batia, tal como seus pais faziam quando era criança.

A mãe desta adolescente, que chamaremos de Sra. *A* tem 4 filhos. O marido era motorista de ônibus, sendo alcoólatra e muito agressivo. Na entrevista realizada a mãe afirmou que nunca percebeu nenhum problema entre pai e filha, pois sempre confiou em ambos. Desconhece a razão da menina nunca ter feito nenhum comentário sobre seu relacionamento com o pai. Não percebeu a gravidez da filha, muito embora tenha ouvido comentários de vizinhos e tenha observado que a menor usava várias blusas sobrepostas. Segundo a mãe, quando a menina tinha sete anos, o marido obrigou-a a sair de casa, ficando sozinho com a filha. Após algumas entrevistas, a menina afirmou que a partir desta idade o pai passou a fazer algumas tentativas de abuso sexual. A primeira relação sexual ocorreu quando tinha 13 anos. Afirmou que o pai lhe dava dinheiro para comprar doce e ao mesmo tempo ameaçava bater-lhe caso falasse. Durante os dois últimos anos, o pai mantinha relaçõe sexuais com ela nas folgas semanais quando a mãe saía para fazer compras. A menina alega que o pai estava alcoolizado na primeira relação sexual, por isso ela não conseguiu escapar. Nas demais o pai não estava alcoolizado.

Há uma idéia muito difundida de que o alcoolismo constitui a causa da violência. O álcool é utilizado, na maioria das vezes, como álibi. Uma pessoa em estado etílico tem sua censura afrouxada, o que significa que ela procede mais segundo seus desejos do que de acordo com as normas sociais. Logo, não é o álcool o responsável pela violência. Esta já faz parte intrínseca da personalidade do indivíduo.

A menina afirma que fez o parto sozinha durante a ausência da mãe. Alega que soube como proceder por ter visto um filme na televisão. Colocou o bebê ainda chorando dentro de uma sacola e jogou-o num poço já fora de uso, existente próxima à sua casa. Posteriormente um vizinho achou a criança e comunicou à polícia. Foi judicialmente apurado o crime de estupro com presunção de violência praticado pelo pai contra sua própria filha. A menina dera à luz uma criança e praticara o infanticídio, ocultando o cadáver. O pai confessou sem qualquer constrangimento a autoria do estupro e este teve grande repercussão na imprensa.

Em uma das nossas visitas domiciliares registramos que a casa desta família tinha sala, dois quartos, banheiro e cozinha, mas não havia porta em

nenhum ambiente. A falta de porta representa a falta do limite, da lei nesta família. O pai, em vez de entrar com uma lei, no sentido de dar limite acabou burlando a lei.

Nos autos foi denunciado que o pai, além de ter violentado a filha, praticou outro crime, ajudando a jogar seu próprio filho no poço. Foi condenado a 12 anos de prisão.

Esta menina foi vítima de uma violência sexual, física e psicológica dentro de sua própria casa que a impeliu a praticar o infanticídio. Além de vítima, passou a vitimizar o outro, de agente passivo passou a agente ativo.

A seguir citaremos um relato de violência física doméstica contra duas crianças. Caso bastante representativo é o de uma mulher que causou ferimentos graves em seus filhos, provenientes de maus-tratos. Foi aberto um processo na Vara de Família de Menores de Nilópolis e, após apurados os fatos, foi encaminhado à Vara Criminal dessa Comarca. A mãe, irada, esquentou o ferro de passar roupa e queimou o corpo do filho em várias partes para castigá-lo. Não satisfeita, ainda aplicou violenta surra na filha de seis anos. Esta mulher declarou que vivia de pensão alimentícia do ex-marido, pai das crianças, que mal dava para pagar o aluguel da casa.

A Sra. *B* (nome dado a esta mulher), relatou que na infância nunca morou com sua mãe, que apresentava problemas mentais e bebia freqüentemente, morava com a avó. Encontrava-a, raramente, mas recorda que a mãe a ameaçava de morte. Passou um ano num colégio interno, em Botafogo, onde cursou até a quarta série do primeiro grau e de onde só podia sair uma ou duas vezes por ano. Logo que saiu da escola interna veio morar na casa de uma tia em Nilópolis, pois sua avó falecera. Disse que se sentia muito mal nessa casa, pois era usada como empregada e a tia a maltratava. Nesse meio tempo sua mãe faleceu, assassinada pelo companheiro.

A Sra. *B* é filha única, tendo sido criada pela avó e posteriormente por tias que eram muito agressivas com ela. Ficou grávida aos 15 anos mas perdeu a criança no terceiro mês de gestação. Essa mãe admitiu que tinha atitudes agressivas com os filhos devido ao seu grande descontrole emocional e à dificuldade de ganhar dinheiro, pois só conseguia subemprego.

O marido da Sra. *B*, pai das crianças, era 20 anos mais velho e a maltratava fisicamente. Por esse motivo separou-se, permanecendo sozinha com as crianças. Ela repetiu ativamente nos seus filhos os maus-tratos que recebeu na sua infância e de seu marido. O juiz suspendeu o pátrio poder dessa mãe e entregou as crianças à guarda do pai. Por indicação do juiz, a Sra. *B* foi encaminhada a tratamento médico especializado. Mais tarde resolveu voltar para o marido para ter acesso às crianças.

O Defensor Público, determinou que a Guarda e Responsabilidade dos menores fosse concedida ao pai, enquanto estudava o caso, cassando o pátrio

poder da mãe. Ocorreu, porém, que o pai dos menores, sem motivo justificado, abandonou o lar, deixando-os sob a assistência materna. Assim, foi devolvido à requerente o pátrio poder que fora suspenso, cassando por conseqüência o do pai.

Registramos que ocorreu uma violência física e psicológica doméstica de ambos os pais em relação aos filhos: queimaduras com ferro de passar roupas, espancamentos e abandono do lar são violências contra as crianças. Esta mãe, por sua vez, por já ter passado por muitas perdas, repete esta violência com os filhos. Mais uma vez se evidencia que a violência doméstica contra os filhos é parte de uma cadeia. Essa mãe sofreu maus-tratos na infância, na relação com o marido e foi vitimizada por uma sociedade classista só conseguindo subempregos. Esses fatos a empurraram para a violência contra os próprios filhos.

Demonstramos também neste caso que a violência doméstica, acrescida da macroviolência da sociedade, colabora ativamente para o aumento da criminalidade.

Citaremos por último um caso de violência psicológica doméstica contra uma adolescente. Acreditamos que esta violência doméstica influenciou sua escolha de ser prostituta e levar vida promíscua. Esta menina foi criada pela tia e depois pela avó materna, até completar cinco anos. Depois foi residir com a mãe e o padastro, e logo demonstrou ter ciúmes do relacionamento do casal. Sua mãe nunca aceitou qualquer tipo de ajuda profissional que melhorasse o relacionamento com a filha, uma vez que o marido ameaçava abandonar o lar. Esta adolescente já fugiu de casa várias vezes, sendo trazida até a residência da mãe por policiais. Apesar de matriculada, não freqüentava a escola.

A Sra. *C* tem oito filhos, cujas idades variam de 15 anos a 10 meses. Procurou o Juizado de Menores e solicitou insistentemente a internação da filha. A Juíza acatou e determinou a internação por um mês na FEEM, mas ela lá permaneceu por um ano. A internação acentuou o sentimento de rejeição da menina: foi registrada uma tentativa de suicídio, além de comportamentos anti-sociais. Demonstra exacerbada carência afetiva e sérios problemas de âmbito familiar. Toda a história relatada por ela revela situações de rejeição, abandono e falta de compreensão, atenção e orientação por parte de seus responsáveis.

A genitora relatou que foi abandonada pelo pai da criança quando estava grávida. Em contrapartida, acabou abandonando a filha deixando-a com os avó após o nascimento. Somente depois de cinco anos resolveu assumir a maternidade dessa criança, retomando-a. Atualmente sente que a filha a rejeita, assim como se sentiu rejeitada pelo pai desta. É importante frisar que esta genitora, na sua infância, foi internada pela mãe e acabou repetindo a

mesma história de vida com sua primeira filha. Teve também sérios problemas com sua própria e repetiu ativamente com sua filha o que sofreu passivamente quando era adolescente. Manteve relação sexual ainda menor de idade, da qual nasceu a adolescente em questão. Perdeu a virgindade muito cedo e critica a filha por ter feito o mesmo. A avó materna no seu depoimento, disse que sua neta, aos cinco anos, voltou para a companhia da mãe. A avó disse: "Neste dia enganei minha neta, disse que ia apenas dar um passeio com a tia e acabei entregando-a para sua mãe."

Esta adolescente teve oportunidades de emprego, mas não conseguiu permanecer em nenhum deles — acabou se envolvendo sexualmente com vários homens. Disse que já fugiu várias vezes de casa, que tanto sua mãe como sua avó a surravam. Narrou que não conhece seu pai verdadeiro, que tem muita vontade de conhecê-lo. Disse que a mãe bebe muito. Relatou que já teve um caso amoroso com o marido de uma prima e procura nos homens o carinho que não teve em casa, demonstrando sua tendência à promiscuidade. Narrou várias histórias de pessoas com as quais se ligou e se afastaram dela. Na sua infância sofreu várias perdas — separação da mãe, da avó e da tia. Atualmente tem medo de se ligar afetivamente e sofrer novas perdas. Como defesa, acaba causando turbulências nos ambientes em que se encontra, como que para se proteger contra novas rejeições.

Registramos que esta adolescente busca ter relação sexual compulsivamente como defesa contra uma relação afetiva mais profunda com alguém. Ela já passou por um período de constantes crises e internações em hospitais psiquiátricos. Durante esta fase apresentou falta de contato com a realidade e com os seus sentimentos, assim como a revivência de rejeição familiar de ter sido abandonada. A mãe, assim como a avó materna, pouco a visitaram durante o tempo de internação. Apresenta no momento rejeição em relação aos familiares, como uma formação reativa. Trata-se de uma vitimização psicológica doméstica perpetrada pelos pais biológicos. Neste caso a vítima é uma filha indesejada.

A partir do momento em que foi feita a notificação da violência doméstica é preciso que se ouça o grupo familiar; que se determine se é seguro o retorno da criança/adolescente para a companhia imediata dos agressores; que se providencie ajuda especializada para toda a família. Neste sentido é preciso também pensar na recuperação dos agressores. Estes indivíduos teriam que ser preparados para participar do processo social como cidadãos de direito e como pessoas que devem lutar contra as desigualdades sociais. Agressores de crianças e adolescentes, foram quase sempre vítimas de agressão em sua própria infância. O problema da vitimização não tem raízes apenas no plano individual e familiar. Estas raízes fazem parte de um contexto mais amplo e profundamente injusto e desigual para muitos destes agressores e seus filhos.

Assim estaríamos contribuindo para um trabalho preventivo contra o aumento da criminalidade.

Concluímos que a violência doméstica não é responsabilidade da classe baixa, mas de um sistema social que a produziu e a excluiu, influenciando o aumento da criminalidade. A violência doméstica pode acontecer a todas as classes sociais, raças e religiões. Entretanto, quem tem mais probabilidades de ser denunciado ao poder do Estado é aquele indivíduo que pertence às camadas mais pobres.

Nos cem casos estudados contatamos que o adulto geralmente comete uma violência doméstica quando foi agredido em sua infância, criando-se um círculo vicioso difícil de romper. Nesse sentido é muito importante que o problema em questão seja notificado a instâncias que possam viabilizar a proteção e atendimento especializado à criança e à família. Muitos profissionais se omitem de notificar a violência doméstica por medo de se envolverem em questões de natureza legal e por considerar que a notificação é um ato de violação inaceitável na confidencialidade da relação profissional — família. O mecanismo da notificação suscita, nos profissionais, diversos temores injustificados e que, muitas vezes, impedem que uma família receba ajuda adequada, colocando-a em situação de risco bem mais ampla e contribuindo para o aumento da criminalidade.

A violência não notificada pode se espalhar a ponto de uma violência doméstica acarretar um crime maior. Enfim, todo um esforço precisa ser feito no sentido de tirar esse tema da clandestinidade e tornar pública a violência que é privada, porque ocorre no recesso do lar, tendo apenas a vítima por testemunha.

Argumentamos que a violência doméstica influencia a criminalidade, na medida em que vitimização sexual de crianças gera prostitutas adultas e agressores físicos e sexuais de novas crianças. Desta maneira, se realmente se deseja melhorar o quadro nacional, precisa-se cuidar mais da infância. É necessário que no mínimo, se respeitem os direitos básicos da criança.

Finalizamos este artigo concluindo que a violência sexual, física e psicológica, principalmente em suas formas intrafamiliares, é um processo bastante freqüente, apesar do grande silêncio da população brasileira, ao realizarmos este estudo estamos notificando este silêncio.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, M.A. e GUERRA. V — Crianças Vitimizadas: A Síndrome do Pequeno Poder, São Paulo, Editora Iglu, 1989.

AGUIAR R. — Direito, Poder e Opressão, São Paulo, Alfa Omega, 1984.

CURY, M.S. Antonio F.A. Mendez E.G. (Coord.) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1992.

DONZELOT, J. — A Polícia das Famílias, Rio de Janeiro, Graal, 1986.

FOUCAULT, M. — Microfísica do Poder, Rio de Janeiro, Editora Graal, 1989.

GOLDENBERG, G.W. — Psicologia Jurídica da Criança e do Adolescente, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

GOFFMAN E. — Manicômios, Prisões e Conventos, São Paulo, Editora Perpectiva, 1990.

LEMAIRE, A. — Jacques Lacan: Uma Introdução, Rio de Janeiro, Campos,1982.

OLIVEIRA, J. — Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

WINNICOTT, D.W. — Privação e Delinqüência, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1987.

_____. A Família e o Desenvolvimento Individual, São Paulo, Livaria Martins Fontes Editora Ltda., 1993.

EFEITOS DA CRISE ECONÔMICA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS
— elementos para a configuração de um direito da crise econômica

GUSTAVO TEPEDINO

*SUMÁRIO: 1. Introdução: A crise econômica do ponto de vista prático e do ponto de vista técnico-jurídico (em relação à política legislativa e à disciplina contratual). 2. Efeitos da crise econômica em termos de política legislativa: a) a intervenção nos contratos: legislação de emergência e papel da jurisprudência; b) a convivência com a crise: leis ordinárias, excepcionais e especiais: os princípios excepcionais como referenciais permanentes. 3. Efeitos sobre a execução contratual, os riscos da insolvência e do inadimplemento; a onerosidade do pagamento. 4. Efeitos da crise no que tange à insolvência: a) garantias superpostas; b) inaceitação de fiadores através de excessivas exigências; c) intervenção legislativa para coibir abusos; d) seguro fiança; e a difusão da alienação fiduciária em garantia. 5. A alienação fiduciária e os excessivos meios de coerção em favor do credor. 6. Os riscos do inadimplemento; a) a cláusula penal: limites legais à sua aplicação e redutibilidade de multas excessivas. A proibição do enriquecimento sem causa. O art. 924 do Código Civil como norma cogente. Incidência da multa convencional e da pena cominatória do art. 644, C.P.C.: cumulatividade (*favor creditoris*); b) a adoção de normas sancionatárias do direito penal pelo legislador civil; c) indexação: dívidas de valor, correção monetária, índices governamentais e a dolarização da economia. 7. As dificuldades representadas pelo pagamento em momento de crise. A intervenção da Magistratura. A reintrodução da Teoria da imprevisão e a revisão dos contratos entre a escalada inflacionária, planos econômicos e intervenção estatal nos contratos. A excessiva onerosidade. 8. Novos critérios interpretativos e o*

papel da magistratura. A execução dos contratos na ordem civil-constitucional. A reunificação do ordenamento e os limites da magistratura. Princípios gerais de direito (art. 4º, LICC) e os princípios constitucionais: planos e força normativa diferenciada.

1. Introdução: A crise econômica do ponto de vista prático e do ponto de vista técnico-jurídico (em relação à política legislativa e à disciplina contratual).

Agradeço à EMERJ e ao Prof. Jorge Lobo pelo honroso convite para participar, juntamente com juristas ilustres, desta reflexão sobre a crise econômica e suas repercussões nos diversos campos do Direito[1]. De minha parte, incumbido de discorrer sobre matéria tão inovadora quanto instigante, procurarei, de forma sintética, tendo em conta a abrangência do tema, alinhavar alguns dos principais reflexos da crise econômica na disciplina contratual, em particular no que tange à execução dos contratos.

Do ponto de vista prático os efeitos da crise econômica na execução dos contratos poderiam ser resumidos em uma palavra: a inexecução. A rigor, os grandes escritórios de advocacia que, em tempos de estabilidade, constituem verdadeiras "maternidades", a julgar pelo número de empresas e negócios ali gerados a cada dia, tranformam-se, de uma hora para outra, em face das crises econômicas, em ambientes semelhantes aos dramáticos centros de tratamento intensivo, os "CTI", absorvidos por patologias crônicas e incuráveis, as mais das vezes relacionadas com a inexecução contratual. Daí a enorme insegurança para o sistema de crédito e para as relações patrimoniais.

Do ponto de vista técnico-jurídico, pode-se entrever uma dupla série de efeitos, atinentes, respectivamente, à política legislativa e à disciplina contratual.

2. Efeitos da crise econômica em termos de política legislativa: a) a intervenção nos contratos: legislação de emergência e papel da jurisprudência; b) a convivência com a crise: leis ordinárias, excepcionais e especiais: os princípios excepcionais como referenciais permanentes.

1 Dedico estas páginas aos magistrados do Estado do Rio de Janeiro, que com ousadia vêm interpretando a legislação da crise econômica, profusa e disforme.

Destaca-se, em primeiro lugar, diante de sucessivas crises e planos econômicos frustrados, uma política intervencionista intensa e casuística, que tende a resolver problemas cada vez mais contingentes, ameaçando, por isso mesmo, e estrutura sistemática do modelo jurídico.

O Estado intervém, abandona as técnicas do liberalismo, ciente de que na crise econômica a ausência do Poder Público pode ser desastrosa para a maior parte dos grupos sociais envolvidos. A intervenção, primeiro excepcional, se torna intensa, através de uma torrente de regras destinadas a traçar os objetivos do Estado.

A legislação que no passado se designava como emergencial ou excepcional — em contraposição aos princípios estáveis do ordenamento, traduzidos nas leis ordinárias — perde o caráter de excepcionalidade para se tornar, pouco a pouco, uma legislação especial, isto é, destinada a regular inteiramente setores ou matérias específicas.

Ao propósito, fala-se mesmo em polissistema, em detrimento do monossistema em que se constituía o direito civil, em torno do Código de 1916. Trata-se de múltiplos e diversificados núcleos legislativos, apontados como verdadeiros sistemas, por disciplinarem, de maneira orgânica, inteiras matérias do direito privado. Cada um desses estatutos legislativos, abrangentes e interdisciplinares — basta lembrar o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente — suscitam graves dificuldades para os operadores do direito, eis que redigidos por especialistas setoriais, mediante técnica e linguagem nem sempre jurídica, para atender a grupos e interesses sociais específicos. Perde o intérprete seus pontos de referência universais, localizados no Código Civil, sentindo o desamparo advindo da fragmentação do antigo sistema, a menos que consiga redescobri-lo, redivivo e mais robusto, unificado pelo Texto Constitucional.

Somente os valores constitucionais, no meio à diversidade de normas emanadas a cada dia, fruto de circunstâncias e lógicas setoriais variadas e contraditórias, poderão oferecer ao magistrado e ao advogado os indispensáveis parâmetros de sistematicidade. É preciso, para tanto, assumir a Constituição Federal não já como Carta Política, definidora de princípios voltados somente para o legislador, mas como norma jurídica, diretamente aplicável às relações de direito privado.

Em termos de política legislativa, portanto, pode-se afirmar que a crise econômica, ao intensificar o processo intervencionista, assistemático e setorial, antes mesmo dos problemas gerados no âmbito das relações obrigacionais em curso, provoca uma redefinição dos pontos de referência hermenêuticos. O intérprete corre o sério risco de se perder nos intermináveis labirintos de leis, medidas provisórias, decretos, portarias e resoluções, se não revisitar o

seu próprio campo de ação, resgatando a noção de sistema através da Constituição da República[2].

3. Efeitos sobre a execução contratual, os riscos da insolvência e do inadimplemento; a onerosidade do pagamento.

A segunda ordem de efeitos apontada diz respeito diretamente à disciplina contratual e, em seu âmbito, aos dois riscos que, basicamente, o direito, e em particular o direito contratual, tenta debelar. A rigor, não seria exagero dizer que toda a disciplina do direito privado se estrutura para debelar dois riscos: o da insolvência e o do inadimplemento. Não haveria sistema de trocas e relações comerciais se tais perigos não fossem minimizados pela ordem jurídica que, por isso mesmo, procura estabelecer mecanismos de proteção do crédito e dos contratantes. Contra o risco da insolvência, têm-se o sistema de garantias, fideijussórias e reais. Já para fazer face ao eventual inadimplemento, estabelecem-se as cláusulas penais, moratória e compensatória, visando à dissuadir o contratante faltoso.

Pois bem: no momento de crise econômica, os expedientes que normalmente serviam à tutela do crédito se apresentam insuficientes. Os efeitos da crise na execução dos contratos são notados particularmente na exacerbação dos riscos apontados e na intensificação dos mecanismos de proteção colocados em funcionamento pelo Estado, muitas das vezes em sacrifício de princípios constitucionais indisponíveis.

4. Efeitos da crise no que tange à insolvência: a) garantias superpostas; b) inaceitação de fiadores através de excessivas exigências; c) intervenção legislativa para coibir abusos; d) seguro fiança; e, a difusão da alienação fiduciária em garantia.

No que tange ao temor da insolvência do devedor, alguns indícios da reformulação dos mecanismos de proteção do crédito são eloqüentes.

2 As objeções referem-se à refinada construção de N. IRTI (*Leggi speciali (dal mono-sistema al polisistema)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1979, p. 150; ID, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979), contestada duramente por P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, Esi, 1979, p. 95 e segs., e espec. p. 130. No Brasil, a construção é tratada descritivamente por O. GOMES, *A Agonia do Código Civil*, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, 1988, n. 7, p. 1 e segs., bem como, na perspectiva crítica do texto, por M. CELINA TEPEDINO, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Direito Estado e Sociedade*, p. 126 e segs., onde se observa: "Os princípios constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti* (IRTI), logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário."

Difunde-se nas relações contratuais a exigência de dupla garantia (fideijussória e real), dificultando a contratação e revelando uma desconfiança acentuada do credor em relação aos fiadores, aos quais são impostas exigências superiores às permitidas pelo Código Civil. Segundo o art. 1.489, como se sabe, o credor é obrigado a aceitar o fiador, desde que este seja idôneo, domiciliado no município onde presta a fiança e tenha bens suficientes para desempenhar a obrigação.

Tratando-se de matéria normalmente afeta ao interesse privado, dificulta-se a intervenção estatal, recorrendo a doutrina ao conceito de contratante mais fraco, para proteger as partes em desvantagem economicamente perante outras. O Código do Consumidor fala em hipossuficiência econômica, conceito que deve ser entendido sempre de forma relativa, isto é, na concreta contraposição entre ambos os contratantes.

No caso das relações locatícias, onde os interesses em jogo, atinentes à moradia e ao desenvolvimento empresarial, ensejam particular preocupação do legislador, a Lei 8.245/91, através do art. 37, parágrafo único, tratou de proibir a exigência de garantias superpostas, sob pena de nulidade dos pactos assim firmados. Por outro lado, no inciso III do mesmo art. 37, o legislador contornou a crise de desconfiança dos locadores mediante a criação do seguro-fiança, já previsto na legislação anterior mas somente agora colocado em prática nas relações de inquilinato.

Pretendeu assim a nova Lei suprir as exigências dos locadores, em grande parte atribuída à crise econômica e à onda de insolvência a que se assiste, além de fomentar a expansão dos negócios, em franco declínio, a agravar ainda mais a crise do mercado locatício[3].

Nas operações de financiamento, a alienação fiduciária surge como a garantia ordinária das operações de crédito, com perigosas conseqüências, em face do rigor do legislador que equipara o tomador do empréstimo ao depositário.

5. A alienação fiduciária e os excessivos meios de coerção em favor do credor.

Como todos sabem, a alienação fiduciária situa-se entre as garantias reais, concebida para estimular e expandir o crédito direto ao consumidor, atribuído às sociedades financeiras. Conforme define a doutrina, trata-se de "negócio

3 Sobre o tema, na impossibilidade de mais desenvolvê-lo nesta sede, remete-se a S. CAPANEMA DE SOUZA, *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*, Rio de Janeiro, Forense, 1993; e a G. TEPEDINO, *A Lei do Inquilinato Anotada e Comentada* (org. C.A. BITTAR), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 9 e segs., com ampla bibliografia.

jurídico em que uma das partes (fiduciante) aliena a propriedade de uma coisa móvel ao financiador (fiduciário), até que se extinga o contrato pelo pagamento ou pela inexecução"[4].

Com a transferência da propriedade resolúvel do bem móvel, objeto de certo financiamento, ao financiador, assume o tomador do empréstimo a condição de depositário do aludido bem, que permanece em seu poder para garantia da dívida, cujo pagamento representa a condição resolutiva do domínio, e propicia a restituição da coisa financiada para o domínio do tomador.

Ora, do ponto de vista dogmático, é de se questionar que haja aqui a figura do proprietário resolúvel, e tampouco encontram-se presentes os pressupostos jurídicos do depósito, ensejador da previsão constitucional de prisão civil. O não pagamento, portanto, nos termos da Lei 4.728/65, modificada pelo Decreto-lei n. 911/69, suscita a ação de depósito e torna possível a prisão do devedor.

Com efeito, de acordo com o art. 1º, § 6º, "é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento". O credor poderá vender o bem alienado fiduciariamente para pagar o débito, restituindo o saldo ao devedor, estando coibido, todavia, de permanecer com ela em seu patrimônio, inocorrendo a condição resolutória, isto é, o pagamento.

Contra os contornos normativos da alienação fiduciária objeta-se que o perecimento da coisa, durante o financiamento, corre por conta do devedor-alienante-fiduciante, não já do credor-fiduciário que, em sendo proprietário, deveria arcar com o ônus do perecimento, em homenagem ao consagrado princípio romano *res perit domino*[5].

Faltam, portanto, ao credor, os traços característicos do proprietário resolúvel, o que levou a mesma doutrina a atribuir à alienação fiduciária a natureza de penhor irregular fiduciário[6].

Por outro lado, e mais importante, o legislador identificou a figura do alienante com a do depositário, de modo a lhe fazer incidir a mencionada

4 A. WALD, *Obrigações e Contratos*, São Paulo, Ed. Rev. Trib., 1992, 10ª ed. (rev. com a colaboração de Semy Glanz), p. 266.

5 A. VILLAÇA AZEVEDO, *Prisão Civil por Dívida*, Edição de Concurso, 1993, USP, São Paulo, p. 118.

6 A. VILLAÇA AZEVEDO, *Prisão Civil por Dívida*, cit., p. 118. Afirma-se nesta direção que a origem do instituto em tela se encontra no pignus *obligatum* do Direito Romano, por sua vez oriundo da *hypotheca*, do Direito Grego: "Por este instituto, o colono vinculava seus instrumentos de trabalho, para garantir o dono da terra, ante eventuais prejuízos que lhe pudessem ser causados, mas continuava com a posse das mesmas. Assim, a posse da coisa dada em garantia não passava ao credor, daí não cuidar-se de *pignus datum*, mas *obligatum*. Essa é a origem do penhor irregular moderno".

exceção constitucional da prisão por dívidas, não obstante possa ele se utilizar livremente da coisa, situação incompatível com as linhas características do depósito.

Afirma-se, por isso mesmo, que a figura do devedor-alienante não se confunde, tecnicamente, com a do depositário que, pela própria natureza do contrato de depósito, não deve utilizar da coisa depositada, sob pena de desnaturar a relação contratual, transformando-a em locação. Na esteira de tais considerações invoca-se o art. 1.768, I, do Código Civil Espanhol, por exemplo, segundo o qual "a permissão dada ao depositário para usar da coisa depositada converte o depósito em comodato"[7].

No direito pátrio, embora não haja vedação tão radical, o art. 1275 determina que "sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada". Vale dizer, o direito positivo cogita do uso da coisa, mediante autorização expressa, em caráter excepcional, sem que tal destinação, contudo, possa ser de grande intensidade e freqüência, sob pena de se configurarem os pressupostos do empréstimo ou da locação, dependendo da onerosidade da utilização autorizada[8]. Transformou o legislador, portanto, arbitrariamente, a tutela excepcional conferida ao depósito — e destinada a salvaguardar a fidúcia, base das operações de crédito — em disciplina ordinária dos financiamentos correntes.

Trata-se de inegável exagero do legislador em garantia do crédito, provocando justificado temor no sentido de que se esteja reintroduzindo em nossas relações obrigacionais a prisão por dívida, uma espécie de nexo corporal que, abolido do sistema romano desde a *Lex Poetelia Papilia*, de 326 a.C., sujeitava o corpo do devedor ao poder jurídico do credor, na hipótese de inadimplemento contratual[9].

Curiosamente, e de maneira um tanto superficial, embora não sem interesse histórico, pode-se associar períodos de decadência das civilizações à freqüente exasperação no sistema de sanções. O declínio do império romano assistiu ao reingresso de torturas e castigos corporais, abrigados por legislações da Idade Média. Com efeito, a crise econômica não é boa conselheira para o legislador brasileiro que, interessado em expandir e assegurar o crédito, propicia perigoso *favor creditoris*, em detrimento de princípios e valores consagrados pelo ordenamento constitucional.

Tal situação, criada pelo D.L. 911/69, agravou-se pela ampliação do

7 Ainda sobre o tema, A. VILLAÇA AZEVEDO, *op. cit.*, p. 118.

8 *Op. cit.*, p. 74

9 Sobre o desenvolvimento histórico do conteúdo da obrigação, v., por todos, E. CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, 2ª ed., p. 281 e segs.

âmbito de incidência da alienação fiduciária. A jurisprudência aceitara primeiramente a legitimidade para adotar tais garantias por parte de qualquer instituição bancária, e não somente as sociedades financeiras. O entendimento serviu a difundir enormemente a utilização da alienação fiduciária nas operações de crédito praticadas pelos Bancos, tornando-se regra aquilo que deveria ser uma exceção: a prisão civil do devedor por dívida rotineiramente contraída.

Contemporaneamente, as Cortes Superiores aceitaram a possibilidade de que qualquer bem se torne objeto da alienação fiduciária, fungível ou infungível, ainda que não se trate do bem objeto do financiamento a que a se pretenda garantir. Veja-se, sobre ambos os aspectos, a decisão proferida por unanimidade pela 3ª Turma do STJ:

> "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. A jurisprudência predominante, inclusive as do STJ e STF, consolidou entendimento segundo o qual qualquer instituição financeira, em sentido amplo, entre as quais as entidades bancárias, que não são sociedades financeiras, pode utilizar-se da alienação para garantia de seus financiamentos concedidos. Admissível que o bem dado em garantia de mútuo seja qualquer do patrimônio do devedor, eis que o STJ consolidou tese que permite certo elastério do Instituto da alienação fiduciária para se ajustar ao dinamismo dos negócios financeiros. Incidência da Súmula 28 do STJ."[10]

Segundo a ementa nº 28 sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça "o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor".

A matéria, contudo, embora sumulada, encontra objeções sérias, tendo em vista a função precípua da alienação fiduciária, uma forma acessória de garantia à operação de crédito.

Na jurisprudência anterior, em alguns Tribunais já havia prevalecido o entendimento oposto ao ora adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, através de argumentos bem fundamentados, como os do Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, citado pelo voto no mesmo sentido do Des. Cacildo de Andrade Xavier,

10 ADV-COAD, n. 59933. No Supremo Tribunal, anteriormente, já havia predominado, não à unanimidade, o mesmo entendimento, segundo o qual "qualquer instituição financeira em sentido amplo, entre as quais as entidades bancárias que não são sociedades financeiras, pode utilizar-se da alienação fiduciária para garantia de seus financiamentos concedidos". Cf. *RT* 660/211. Em posição ainda mais liberal, admitindo que qualquer pessoa, e não apenas as instituições financeiras em sentido amplo, possam alienar fiduciariamente, *JTA*80/113.

em decisão vazada nos seguintes termos: "Se qualquer empréstimo pode ser garantido com alienação fiduciária, todas as dívidas ensejarão a prisão civil, transformando-se todos os devedores em depositários, e o princípio constitucional limitativo da prisão civil cairá no vazio."[11]

O mesmo acórdão alude, ainda, a voto da lavra do Des. Adroaldo Furtado Fabrício, assim transcrito:

> "Também não me parece dar qualquer socorro à mesma tese a idéia, em que se insistiu muito, igualmente, de que aquele que vai buscar um financiamento, vai livremente, e também livremente anui na prestação das garantias porventura exigidas em cada operação de crédito realizada.
>
> A esse propósito, parece-me muito oportuno lembrar que todas as pessoas capazes são, sim, livres de dispor do seu patrimônio e, inclusive, de comprometê-lo em garantia. Mas ninguém é livre de comprometer a sua liberdade física a título de garantia patrimonial. E nisso importaria a extensão da reforçadíssima garantia da alienação fiduciária, que tem a potencialidade, pelo menos, de conduzir à prisão civil, a toda e qualquer espécie de mútuo, como se está a pretender.
>
> Se a alienação fiduciária for, como se está querendo, ao que parece, nivelada com o penhor, com hipoteca, com os demais direitos reais de garantia, no sentido de que o credor é livre de escolher entre qualquer desses institutos para garantir-se, se isso um dia for verdade, então (...) a garantia constitucional do veto à prisão por dívida estará definitivamente esvaziada e sepultada."[12]

O risco de se caracterizar uma certa banalização da prisão por dívida, com perigosas conseqüências para o sistema jurídico, foi, contudo, contornado, na esteira da Jurisprudência do Tribunal Superior, afastando-se a prisão na ação de depósito sempre que o objeto da garantia já integrasse o patrimônio do devedor antes da alienação fiduciária[13]. Nessa direção, apresenta-se acórdão proferido à unanimidade pela 4ª Turma, tendo como relator o Min. Athos Gusmão Carneiro, assim ementado:

11 *R.J. do TJRS*, 128/429, trazida à colação por JESUS COSTA LIMA, *Comentários às Súmulas do S.T.J*, Ed. Livr. Brasília Jurídica, Brasília, 1993, 29ª ed., p. 179, o qual passa em resenha a evolução jurisprudencial precedente à Súmula nº 28.

12 *R.J.T.J.R.S., 128/255-256.*

13 JESUS COSTA LIMA, *Comentários*, cit., p. 159.

"*É possível a alienação de bens infungíveis, instrumentos de trabalho da empresa, em garantia, mesmo já anteriormente integrados ao patrimônio do devedor*. Não cabe estabelecer distinção onde a lei não distingue e a natureza do pacto não a impõe. Impossibilidade da prisão civil nos casos de depósitos atípicos, instituídos por equiparação, para reforço de garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depósito infiel. Recurso especial conhecido e provido, com a ressalva da *impossibilidade da prisão civil*."[14]

Quanto à aceitabilidade de bens fungíveis, oferecidos em garantia fiduciária, divergia a jurisprudência[15], acabando por prevalecer a tendência restritiva. A 4ª Turma do STJ, tendo como relator o Min. Athos Gusmão Carneiro, rechaçou a hipótese, bem como o pedido de prisão civil daí decorrente:

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — BENS FUNGÍVEIS E COMERCIÁVEIS — IMPOSSIBILIDADE DE SEREM ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE — PRISÃO CIVIL. Os bens fungíveis que constituem mercadoria comerciável da empresa vendedora não podem ser objeto de alienação fiduciária, pois por sua própria natureza se destinam à venda imediata pela devedora no exercício normal de seu ramo de mercância, e nem poderá haver certeza ou possibilidade de reposição de idênticos produtos ao tempo do vencimento da dívida. Não é lícita, aliás, em casos tais, a prisão civil, porque *se depósito houvesse seria depósito irregular, sujeito às regras do mútuo*, inviável o retrocesso aos tempos prístimos da execução por coação corporal."[16]

Recentemente, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento contrário à validade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis, através de decisão tomada por maioria de votos, em Embargos de Divergência assim ementado:

14 *ADV-COAD*, n. 57355 (original não grifado).

15 Favoravelmente: *RTJ* 81/306; 93/674; 99/1348; 106/883; 113/407. Contra, *RT* 488/89, 488/159; 498/59; 536/124; 536/144. Admite a alienação fiduciária de coisas consumíveis: *RTJ*, 105/383; JTA 80/96. Em doutrina, cf. Adroaldo Furtado Fabrício, *Alienação fiduciária de coisa fungível: um grave equívoco, in* RT 617/16.

16 ADV-COAD, n. 57.804. Mas, cf. Acórdão da 3ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, *in* DJ 6.8.90, p. 7.333, 2ª c., assim ementado: "Nem sempre a fungibilidade do objeto cria o depósito irregular. Se ficar caracterizada a obrigação de devolver a coisa, embora fungível, o depósito é regular."

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS — INADMISSIBILIDADE. Bens fungíveis e consumíveis. Posicionamento do Tribunal. Recurso conhecido e provido. I — A 2ª Seção da Corte, competente no tema, por maioria uniformiza seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). II — É missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça apaziguar a jurisprudência revolta, buscando a melhor exegese do direito federal infraconstitucional. Para a realização desse objetivo, em primeiro lugar deve uniformizar a sua própria jurisprudência."[17]

Sublinhe-se, por outro lado, a posição firme dos magistrados no sentido de exigir que, do ponto de vista processual, sejam tuteladas as garantias constitucionais que assegurem o amplo direito de defesa, evitando-se a extensão desmesurada do *favor creditoris* e proibindo, em particular, a conversão, em um mesmo processo, da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Retrata tal preocupação a decisão da 2ª Turma do TRF da 2ª Região, proferida por unanimidade no julgamento do processo de *Habeas Corpus* nº 89.02136664-7, tendo sido Relator o Des. Federal Sergio D'Andrea Ferreira, cujo voto salienta a necessidade de propositura de ação de depósito para a decretação da prisão civil, vedando a ordem de prisão exarada pelo juiz sem o respeito ao devido processo legal:

"Prisão civil de depositário infiel. *Habeas Corpus*. Admissibilidade e concessão da ordem. Necessidade de respeito ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), que, na hipótese, se traduz pela propositura da ação de depósito. Ademais, não se caracterizou, *in casu*, a ilicitude da ação de depositário."

De outra parte, vozes não isoladas sustentam, corretamente, que não cabe a prisão do devedor na garantia fiduciária em razão de inexistir contrato de depósito na espécie. Nesta direção, José Carlos Barbosa Moreira, já na vigência da Constituição anterior, sustentava:

"A Constituição da República, no art. 153, § 17, proíbe a prisão civil, por dívida, abrindo duas únicas exceções, que, como tais, se interpretam estritamente. Uma delas é a do 'depositário infiel',

17 ED no REsp. 19.915, julgado em 28.10.92 — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 17.12.92, p. 24.207.

expressão cujo significado não pode ser senão o que ressalta do art. 1.287 do Código Civil, e implica a não restituição da coisa ('o depositário, que o não restituir, quando exigido'). É obviamente a essa hipótese, e só a ela, que alude o texto constitucional de ampliação. *Na alienação fiduciária em garantia não se cogita de 'não restituição', pela singela e bastante razão de que o devedor não recebeu a coisa das mãos do credor, e só se restitui ou não a alguém o que desse alguém se houver recebido*".

Reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações, substancialmente diversas, à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a esvaziar a garantia constitucional. Mediante a "equiparação", qualquer devedor — um simples mutuário, por exemplo — acabará podendo ver-se sujeito à medida cujo emprego a Constituição quis limitar a casos bem definidos. Para evitar a eiva de inconstitucionalidade, portanto, o art. 66, *caput*, da Lei nº 4.728, de 14.7.1965, com a redação dada pelo art. 1º do Dec.-lei nº 911, há de ter interpretação restritiva, subentendendo-se, após a expressão "*todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*", *a cláusula "salvo a prisão civil"* (grifou-se).[18]

Por outro lado, há quem entenda, na jurisprudência, que a Constituição de 1988 não recepcionou a prisão civil do alienante fiduciário:

> "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Conversão da ação de busca e apreensão na ação de depósito. Ainda que se a admita viável, após a vigência da Constituição Federal e 1988, por suprimida a cláusula na forma da lei, possível não é mais a prisão civil do alienante fiduciário (art. 5º, LXVII, da C.F.)."[19]

O acórdão em inspeção, reproduzindo voto anterior da lavra do mesmo magistrado (in *Revista Jurídica*, vol. 171, p. 26), traz renovados argumentos à doutrina que nega a qualidade de depositário ao alienante:

> "A conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito — admitida pelo art. 4º DL n. 911/69 — à míngua de depósito real, já seria de duvidosa sobrevivência, hoje, frente à nova Constituição Federal. De qualquer modo, seguramente recepcionada não foi a "equiparação" do alienante fiduciário e depositário realizada pela legislação ordinária, na exata medida em que o texto constitucional (art. 5º, LXVII) não repetiu a cláusula 'na forma da lei'. Essa tese defendi, e a ventura tive de unânime aprovação, no 1º Congresso Estadual de Magistrados, realizado nesta Capital — Porto Alegre (...)

O mesmo aresto, estribado em Moreira Alves, Orlando Gomes, Adroaldo Furtado Fabrício, descarta qualquer dúvida quanto à inexistência de depósito, "pela singela questão de que há efetiva transmissão da propriedade", rematando:

> "O que a lei ordinária fez, eventualmente possível, sob a vigência da Constituição Federal pretérita, foi equiparar figuras distintas — o que, agora, à míngua da cláusula referida, não é mais possível."

Em doutrina, secundando os argumentos acima invocados, ALVARO VILLAÇA AZEVEDO aduz que o depositário deve guardar bem alheio, ao passo que o alienante possui bem em nome próprio. Afirma mais, nesta mesma direção:

> "No caso da alienação fiduciária em garantia, não existe contrato de depósito, pois o fiduciante não tem o dever de guardar o objeto, para a restituição imediata, quando pedido pelo fiduciário. O fiduciante, em verdade, tem o objeto não para guardar, mas para utilizar-se dele, podendo nunca entregá-lo ao fiduciário, se a este pagar todo o débito do financiamento" (...) A conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto."[20]

18 Voto na Ap. Cível nº 3.568/87, 5ª Câm. Civ. TJRJ, *apud* JESUS COSTA LIMA, *Comentários*, cit., p. 183.

19 Ac. nu. da 7ª C.C. do TARS, julg. em 2/9/92, Rel. Juiz ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR, in *ADCOAS*, n. 140030.

20 A. VILLAÇA AZEVEDO, ob. cit., p. 111 e 119, respectivamente. O mesmo autor transcreve a ementa de acórdão da 1ª Câmara Cível do TJESP, vazado nos seguintes termos: "Contrato de alienação com garantia fiduciária não se equipara ao de depósito, porque o comprador não recebe a coisa para guardá-la, sim, para da mesma fazer uso normal. No depósito, o fim é a custódia; na alienação fiduciária, a garantia, tal como acontece tratando-se de penhor." Contra, *RT* 449/155.

6. Os riscos do inadimplemento: a) a cláusula penal: limites legais à sua aplicação e redutibilidade de multas excessivas. A proibição do enriquecimento sem causa. O art. 924 do Código Civil como norma cogente. Incidência da multa convencional e da pena cominatória do art. 644, CPC: cumulatividade (*favor creditoris*).

A cláusula penal ou multa convencional, como todos sabem, é o mecanismo estabelecido pelo Direito para proteger o contratante contra os riscos do inadimplemento. Há duas espécies de cláusula penal, a moratória e a compensatória. A cláusula penal moratória é exigível cumulativamente com a prestação e não exclui pedido de indenização. Destina-se a punir o atraso, a de *mora*. Já a cláusula penal compensatória pré-líquida as perdas e danos. Pune o inadimplemento absoluto, criando, por isso mesmo, uma alternativa para o credor, entre a prestação ou a multa. Se há cláusula penal compensatória não há perdas e danos. Pagando a multa o devedor exonera-se das perdas e danos.

Não há que se provar as perdas e danos para se exigir a multa, que, por outro lado, não admite ulterior pedido de ressarcimento. A jurisprudência, nesse sentido, mantém-se insensível à tentativa de se demonstrar, em casos concretos, a insuficiência da multa pré-estipulada para se reparar danos excedentes derivados de contrato[21], embora se aceite, em nome do princípio geral que proíbe o locupletamento sem causa, a substituição da multa por indenização que mais se aproxime da realidade dos fatos. Nesta direção entendeu, de recente, a 3ª Turma do STJ, à unanimidade de votos, sendo Relator o Min. Waldemar Zweiter:

> "Compra e venda — Ações controladoras de sociedade — Claúsula Penal — Indenização — Na compra e venda de ações controladoras de sociedade, afasta-se o critério inserto na cláusula penal da avença quando se constata que fatos outros da causa impõem outra medida para a indenização que se faz necessária para impedir o enriquecimento sem causa."[22]

De outra parte, procura-se questionar o princípio fixado pelo art. 924, segundo o qual "quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento".

O princípio revela importante *favor debitoris*, a proteger os contratantes

21 ADV-COAD, nº 60069.

22 Resp. nº 12670-SP, in D.J. de 9.12.91, p. 18.027.

inadimplentes que hajam cumprido parte da obrigação, desde que o cumprimento parcial tenha efetivamente beneficiado o credor. Pretende-se evitar aqui, ainda uma vez, o enriquecimento sem causa e, portanto, é preciso que a prestação, cumprida parcialmente, tenha trazido algum proveito ao credor, para que possa incidir o preceito. Eis o pressuposto de aplicação do art. 924 do Código Civil.

Entretanto, os contratos não raro excluem a aplicação do preceito do art. 924, descartando convencionalmente a redutibilidade da multa pelo magistrado. A previsão parece excessivamente rigorosa contra o contratante faltoso.

A jurisprudência inclina-se contra a aceitação de tais avenças, sendo de sublinhar a posição que entende ser o art. 924 preceito de ordem pública, devendo prevalecer mesmo a despeito de claúsula contratual que fixa a irredutibilidade da multa. Assim o acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, sendo Relator o Min. Sálvio de Figueiredo:

> "PENA CONVENCIONAL — REDUÇÃO PELO JUIZ — A Faculdade conferida ao juiz pelo art. 924 do Código Civil prevalece mesmo em face de expressa convenção em contrário das partes, no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação. A moderna doutrina e a atual jurisprudência se opõem à clássica doutrina civilista da supremacia da vontade, preferindo optar pelo caráter social de proteção à parte presumidamente mais frágil"[23].

De qualquer forma, em momentos de agonia econômica, nota-se a tendência à previsão contratual de multas excessivas, configurando-se, por outro lado, situações de verdadeiro abuso, com a imposição ao contratante mais fraco de cláusulas destinadas a revogar preceitos legais que, como o art. 924 acima aludido, devem ser considerados de ordem pública.

Algumas leis especiais impõem limites, como o Dec. 22.626/33 — a chamada Lei de Usura — em seu art. 9º, a Lei 8.245/91, a Lei dos Condomínios e Incorporações, art. 12, § 3º, para o caso de encargos condominiais e assim por diante.

A Jurisprudência tem se pronunciado no sentido da incidência de tais normas limitativas, em particular no que tange ao art. 9º do Decreto 22.626/33, cuja eficácia e aplicação em contratos diversos do mútuo têm sido discutidas nos Tribunais.

> CLÁUSULA PENAL-LIMITES — A teor do art. 9º do Dec. 22.626,

23 ADV-COAD, nº 58880.

de 1933 — Lei da Usura — ainda em vigor, a cominação contratual da multa, ou cláusula penal, para o caso de inadimplemento do contrato, não pode ser superior a 10% do valor da dívida. Estipulada pelas partes contratantes em percentual superior ao legalmente estabelecido, na hipótese de litígio judicial, será considerado esse limite na sua aplicação[24].

No âmbito doutrinário, não se tem aceito a extensão, à generalidade dos contratos, da regra que limita a penalidade ao patamar de 10%:

> "Quando entrou em vigor o Decreto nº 22.626, de 1933, houve quem nele visse uma revogação do art. 920 do Código Civil, e arestos existem, aplicando tal doutrina, e sustentando, em conseqüência, que nenhuma cláusula penal pode exceder a 10% do valor da obrigação. Sem fundamento, porém, a doutrina não vingou, pois que o referido Decreto 22.626, com lei especial que é, só tem aplicação ao mútuo. Daí ficar assente o princípio, que a doutrina consagra e a jurisprudência aplica: o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exercer o da obrigação principal, salvo nos casos especiais em que, por exceção, a lei estatui outra limitação"[25].

Todavia, embora a mesma doutrina sustente a irredutibilidade pelo juiz da cláusula penal, "desde que se contenha no limite legal, o que significa atribuir ao juiz a faculdade de diminuí-la, no caso de ultrapassar o gabarito estabelecido na lei, e para fazê-la conter-se nele"[26], a crise econômica vem alterando tão rígido postulado: a jurisprudência procura mitigar a aplicabilidade da cláusula penal compensatória, adequando-a, ainda com base na proibição do enriquecimento sem causa e na difícil realidade da economia, a valores que correspondam à efetiva indenização pelo inadimplemento.

Trata-se de mais uma forma de coibir abusos — que proliferam em épocas de crise —, servindo-se a magistratura do aludido art. 924 do Código Civil, na hipótese de contrato de compra e venda em que grande parte do preço foi pago anteriormente à rescisão contratual. Vale a transcrição de interessante ementa, da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo:

24 Ac. unân. da 1ª C.C. do T.A.R.S., in ADV-COAD nº 42768.

25 CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1990, 10ª ed., p. 109. No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1986, 16ª ed., p. 103.

26 CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *op. loc. ult. cit.*

> "Compromisso de compra e venda. Inadimplemento. Pedidos de "rescisão" contratual, reintegração na posse e perdas e danos. Redução destas aos prejuízos efetivamente sofridos e ao aluguel pela ocupação. Cláusula penal. Inteligência dos arts. 920 e 924, CC. Recursos não conhecidos.
>
> I — Não se justifica que o Direito, que deve realizar o justo, albergue pretensão que, além da resolução contratual e da reintegração na posse, ainda postula a perda da integralidade das quantias pagas, quando o inadimplemento decorreu apenas das duas últimas prestações.
>
> II — A pena convencional prevista no art. 920, CC, não se limita ao percentual da 'Lei de Usura', sendo lícito ao juiz, porém, autorizado pela norma do art. 924 do mesmo diploma, reduzi-la a patamar justo, evitando que referida multa venha a constituir fonte de enriquecimento indevido."[27].

O aresto, a rigor, nega conhecimento a Recurso Especial, acatando entendimento da 19ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual, faltando apenas ao adquirente pagar as duas últimas prestações previstas na promessa de compra e venda seria excessiva a perda de todas as quantias pagas pelo autor, acumulada à rescisão contratual. A Corte limitou a perda das quantias pagas pelo adquirente, com a resolução, ao valor dos prejuízos efetivamente sofridos pelos promitentes vendedores, a serem apurados em liquidação, acrescido à quantia representativa dos aluguéis durante o período de ocupação do imóvel pelo comprador inadimplente.

Sublinhe-se o fundamento deduzido pela Corte de São Paulo e reiterado no Relatório do Superior Tribunal de Justiça, invocando, inclusive, aresto do Supremo Tribunal Federal, a justificar a alteração da disciplina contratual:

> "(...) a pena convencional *não pode constituir fonte de enriquecimento para o contratante pontual*, mas justa indenização dos prejuízos e incômodos efetivamente padecidos.
>
> Essa circunstância, mais *a notória desvalorização da moeda, a par da crescente desvalorização do imóvel contingência da economia do país*, conduzem à proporcionalização da pena convencional. Realmente, afigura-se excessivo que, além de perder o imóvel ante a rescisão do compromisso, o promitente-comprador, que pagou grande parte do preço, ainda tenha que perder tudo quanto pagou

27 Ac. un. da 4ª Turma do STJ, in *RSTJ* 34/318 segs.

aos promitentes-vendedores (STF RE nº 59.629) (RTJ 40/218)". (grifou-se)[28]

Problema tormentoso diz com a aplicação de penalidades que acabem por superar o limite do art. 920 do Código Civil, pelo qual "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal". O preceito, tido pela civilística como insuperável[29], visa a coibir o enriquecimento sem causa, que poderia ser fomentado pela imposição de multas excessivas, particularmente aquelas cominadas por atraso diário a certa prestação contratual.

No sentido da aplicação do art. 920 como limite insuperável, posiciona-se certa parte da jurisprudência:

> "CLÁUSULA PENAL — APLICAÇÃO EXCESSIVA — A aplicação da pena excessiva atenta contra a lealdade processual; e a justiça não deverá prestar o seu concurso a estipulação desse gênero. No sistema do nosso Código, as partes têm liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acertado, como representativos das perdas e danos. Mas sendo certo que a liberdade, no conceito do Direito Moderno, não é irrestrita, tendo ao invés, limites que são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção na espécie ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convencionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal. Sendo exagerado, por haver transposto o limite assinado pelo art. 920, cabe ao devedor reclamar oportunamente, no curso do feito, devendo o juiz, se procedente a alegação, restringi-la às devidas proporções"[30].

Entretanto, a 3ª Turma do Egrégio STJ, sensível aos graves problemas causados pelo crescente inadimplemento contratual e, em particular, pelas tormentosas execuções judiciais, dificultadas pela expectativa do executado em se locupletar através da procrastinação dos procedimentos de cobrança, considerou legítima a imposição pelo juiz de preceito cominatório, destinado ao cumprimento da sentença, que supere o valor da obrigação principal, o que, na prática, contraria o princípio estipulado pelo art. 920.

28 *RSTJ* 34/320.

29 Ainda na lição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *op. loc. ult. cit.:* "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, salvo nos casos especiais em que, por exceção, a lei estatui outra limitação".

30 TJSC, Ac. unân. da 1ª C.C., in *ADV-COAD*, nº 45790.

O aludido acórdão, proferido à unanimidade, tendo como relator o Min. Claudio Santos, encontra-se assim ementado:

> "PRECEITO COMINATÓRIO. LIMITAÇÃO — INEXISTÊNCIA. A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa a coibir abusos nas penas convencionais enquanto que *a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo*"[31].

Como se pode ver, cuida-se de *leading case*, que adota as chamadas *astreintes* como forma de evitar a procrastinação excessiva da execução, talvez o mais típico e triste reflexo da crise econômica na esfera contratual. Cria-se verdadeira indústria de execuções, em que profissionais inescrupulosos se especializam em retardar processos, ganhando especificamente honorários pelo período de retardamento obtido.

Do ponto de vista técnico, todavia, nota-se a revogação parcial do art. 920 do Código Civil, em perigoso precedente. É que, a rigor, o legislador civil pretendeu impedir que o inadimplente viesse a arcar com ônus superiores à sua obrigação principal, situação esta que, por via da pena cominatória, acaba por se configurar na hipótese de retardamento excessivo da execução da sentença.

Como o art. 644 do Estatuto Processual não impõe limites à pena pecuniária, pode-se-ia entender, não já por analogia mas mediante aplicação direta, que a penalidade judicial encontra limite no valor fixado pelo art. 920 do Código Civil.

Ao revés, ao argumento de que o preceito processual possui "índole coercitiva", "e não de ressarcimento", "o montante exigível pode ultrapassar o valor da obrigação", conforme acentuou o voto do Ministro Relator, aduzindo que a pena processual é independente da convencional, não se conflitando a aplicação e a disciplina de ambas.

A motivação não parece indene de objeções, embora bem se possa compreender a preocupação da Corte, diante dos abusos causados pela resistência ao cumprimento de contratos e decisões judiciais, subproduto perverso da crise moral, social e econômica instaurada no país.

O voto do Relator merece ainda maior exame, pelas conseqüências que poderão advir em tema de execução dos contratos. Afirma ele:

31 R.E. nº 8065-S.P., julg. em 3.9.91.

"Acentua-se essa ausência de limitação porque na vigência do Código de 1939, às claras, o art. 1005 dispunha não poder a cominação pecuniária exceder o valor da prestação.

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição".

A doutrina processualista, aliás, corrobora a tese sustentada no excerto, sendo peremptório o comentário de Alcides de Mendonça Lima:

"Não se deve confundir esta engenhosa medida (*astreintes*) com as penas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação pelo devedor. Tanto assim que Couture afirma que a coação que emana das *astreintes* é "*casi simpre arbitraria em su monto y desproporcionada con la obligación misma*".

Enquanto as perdas e danos são fixadas em valor exato e são, assim, definitivas, as *astreintes* não têm limite e assumem caráter provisório, isto é, cessam no momento em que o devedor se resolve a cumprir a obrigação: fazendo o que lhe cumpre fazer ou não fazendo o que vinha fazendo, lesando o direito do credor em um e em outro caso. As *astreintes* podem ultrapassar o valor da obrigação, enquanto as perdas e danos não devem superá-lo"[32].

32 ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, Tomo II, *Das Execuções*, Rio de Janeiro, Forense, p. 868/869, o qual exemplifica: Se, *v.g.*, um pintor se obrigou a fazer e a entregar um quadro, e não o executa, se o prejuízo para o comprador ou proprietário de uma galeria de arte foi de Cr$ 100.000,00, as perdas e danos, devidamente apuradas, não podem exceder aquele total. Se, porém, *for estabelecida, no contrato, pena pecuniária, ou, não o sendo, o autor pleitear na ação (art. 287)*, Cr$ 1.000,00 por dia de atraso, se o devedor atingir cinco meses, já terá de pagar Cr$ 150.000,00. No momento em que cessar a infração, o pagamento da pena será suspenso, cabendo o total ao

A matéria, todavia, longe de se encontrar pacificada, recebeu, através de decisão recente da 4ª Turma do mesmo Tribunal Superior de Justiça, entendimento oposto, assim ementado:

"(...) Pena Pecuniária. CPC, arts. 287, 644, 545. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 923. Hermenêutica. Recurso inacolhido.

I — O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às "astreintes" do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna.

II — É da índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converterá em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princípios que norteiam os arts. 920 e 940 do Código Civil.

III — A lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do julgador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável, pena de prestigiar-se em alguns casos, o absurdo jurídico"[33].

Observe-se que o acórdão mantém o entendimento consolidado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em grau de Embargos Infringentes, de cujo acórdão se extrai:

"A multa na obrigação de fazer se destina a coagir o devedor da obrigação ao seu cumprimento, certo que a *estipulatio poenae* não se reveste de caráter *aere perennius*, transmudando-se em fonte inesgotável de ganho sem causa justa, tanto mais quando não tem natureza reparatória"[34].

Do voto do Relator do Recurso Especial, Min. SALVIO DE FIGUEIREDO, observa-se a preocupação, cogitada por RECASENS SICHES, com o

credor. Além disso, o credor terá direito às perdas e danos a serem apuradas, cujo pagamento, se efetivado, também extinguirá a obrigação de o devedor continuar solvendo a pena pecuniária (original não grifado)".

33 Ac. unânime da 4ª Turma do STJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, no Resp. 13.416-0-RJ, julg. em 17.3.92, in *RSTJ* 37/428 e segs.

34 Acórdão à unanimidade dos Embargos Infringentes ementado pela 4ª CC do TJRJ, sendo Rel. o Des. Ellis Figueira.

logos del Razonable, bem como com a existência de "uma lei moral acima das leis positivas", de que lecionava RIPERT, argumentos que repelem a ausência de limites para a pena, e aos quais se aduziu outro, invocando uma interpretação sistemática:

> "(...) em se tratando de execução específica (como o é a obrigação de fazer), inviabilizando-se a solução contemplada em lei, faz-se a sua conversão em execução genérica, subsidiária, que é a execução por quantia certa, a título de perdas e danos, pelo que ajustáveis ao caso vertente as normas dos arts. 920 e 924 do Código Civil"[35].

Das divergências indicadas pode-se verificar o difícil equilíbrio entre o anseio de se punir o inadimplente contumaz, que se profissionaliza na crise, premiado pela corrosão inflacionária, e, de outra parte, o receio de se consagrar abusos em favor do credor, sobretudo porque as dificuldades financeiras atingem também os bons pagadores, aqueles devedores que não pagam exclusivamente em razão da ausência de recursos. Entre ambos os entendimentos cotejados, é de se preferir o último, mais atento ao sistema e aos valores não-patrimoniais prevalentes na ordem constitucional.

6.b) a adoção de normas sancionatárias do direito penal pelo legislador civil.

Outro subproduto dos tempos de crise, decorrente da crescente inexecução contratual, é a adoção de sanções penais cuja vigência ameaça o inadimplente, compelindo-o a saldar seus débitos.

O direito privado, sentindo-se incapaz de promover o adimplemento dos contratos valendo-se tão-só da sanção civil, serve-se de regras insculpidas no Código Penal e de tipos penais introduzidos pelo próprio legislador especial do direito civil.

Exemplo da primeira hipótese é o estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, do qual se valem as vítimas de cheque descoberto de fundos. As mais das vezes, nota-se não ser a sanção penal o que persegue a parte prejudicada — o autor da *noticia-criminis* — mas a recuperação do prejuízo patrimonial causado pelo emitente. O direito privado toma de empréstimo a ameaça da sanção corporal, rigorosa e muitas vezes exagerada diante do montante do dano, favorecendo assim a reparação que, diversamente, não ocorreria.

A segunda forma de repressão criminal em matéria de contratos é a

35 *RSTJ* 37/432.

adotada pelo legislador especial, tipificando condutas nocivas que, além do inadimplemento e do prejuízo econômico que causa ao patrimônio individual, representa violação de bens ou valores de interesse público, constituindo, por isso mesmo, delito. O exemplo típico seria o art. 44 da recente Lei 8.245/91, que regula o inquilinato. A criminalização de certas condutas, antes tipificadas como mero inadimplemento contratual, ou, no máximo, como contravenção, ao revelar a crescente reprovação social em relação a comportamentos ali enumerados, estabelece, em termos práticos, um mecanismo sancionatório para os locatários que, no âmbito da sanção civil, restariam a depender da boa vontade do locador, arriscando-se à retomada na hipótese de pretenderem resguardar seus legítimos direitos[36].

De outra parte, o chamado Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.079/90, em seus arts. 61 e segs., tipifica como crimes contra as relações de consumo, sem prejuízo das condutas previstas nas leis penais em vigor, uma série de comportamentos anteriormente disciplinados na esfera exclusivamente patrimonial. Assim, v.g., comete crime contra as relações de consumo quem omite dizeres ou sinais ostensivos sobre a periculosidade de produtos nas respectivas embalagens ou publicidades (art. 63); promove propaganda enganosa (art. 67); emprega componentes de reposição usados na reparação de produtos sem a autorização do consumidor (art. 70); expõe o consumidor à cobrança vexatória (art. 71); deixa de entregar ao consumidor termo de garantia adequadamente preenchido (art. 74.)[37].

Embora atuando em esferas distintas, o certo é que as sanções penais se associam aos mecanismos próprios do direito civil, alterando significativamente os efeitos do inadimplemento obrigacional.

6.c) indexação: dívidas de valor, correção monetária, índices governamentais e a dolarização da economia.

Fenômeno de extrema importância diz respeito à generalizada indexação da economia, o que significa, no plano dos contratos, a transformação das obrigações pecuniárias — traduzidas em certo número de unidades monetárias

36 Para um exame da matéria, cujo aprofundamento fugiria aos objetivos do presente trabalho, v., por todos, M.C. TEPEDINO, em comentário às *Disposições Gerais — arts. 27 a 45* —, in *A Lei do Inquilinato Anotada e Comentada*, cit., p. 53 e segs., onde se registra a opção do legislador por "estabelecer meios intimidatórios que considerou mais eficazes".

37 Sobre o tema, v., por todos, J.G. BRITO FILOMENO, in A. PELLEGRINI GRINOVER e OUTROS, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, 2ª ed., p. 401 e segs, onde o a. esclarece, em consonância com o que se expõe neste texto, que a tutela penal ali deferida "assume relevante papel nas diretrizes traçadas (...) até como forma de *assegurar-se a efetividade das demais normas insertas no referido Código*".

— em dívidas de valor — nas quais a moeda serve como simples indicador de uma quantia, que se altera de acordo com índices preestabelecidos.[38]

Algumas prestações, como as relativas à pensão alimentícia e às decorrentes de responsabilidade civil, já são estipuladas, judicialmente, como dívida de valor, protegendo-se o interessado da depreciação da moeda. No plano legislativo, a já aludida Lei do Inquilinato, Lei 8245/91, admite a livre indexação do aluguel, proibindo tão-somente sua vinculação à variação cambial e ao salário mínimo (art. 17).

No que tange às dívidas decorrentes de decisão judicial, a abranger todas as pendências relativas a inadimplemento, a Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, dirimiu controvérsia anterior, determinando a correção monetária das dívidas pecuniárias mesmo inexistindo previsão contratual específica.

Segundo dispõe o art. 1º e parágrafos do aludido diploma legal, todo e qualquer débito resultante de decisão judicial deve ser reajustado monetariamente, incidindo a correção monetária a partir do respectivo vencimento, quando se tratar de dívida líquida e certa, ou, nos demais casos, a partir do ajuizamento da ação.

A correção de tais quantias se faz por índices oficiais. Inicialmente seguia a variação das ORTNs, depois atrelava-se ao BTN e, posteriormente, aos índices setoriais. A chamada TR (Taxa Referencial de Juros) e a TRD (Taxa Referencial de Juros Diárias), por refletirem taxa média de juros, instituídas em 1991 por legislação que anunciava, justamente, a desindexação da economia, não poderia ser utilizada como índice de reajuste monetário, como pretenderam alguns, em particular o governo federal. Assim, aliás, decidiu o STF, na ação de inconstitucionalidade n. 493-0/600-DF, afirmando que tal referencial, "por sua origem e estrutura, não pode funcionar como indexador"[39].

No caso de dívidas de valor, a indexação a que estão vinculadas exclui, à evidência, a incidência da aludida Lei 6.899/81, especificamente destinada a corrigir as prestações pecuniárias, as quais, por sua própria natureza, são suscetíveis de correção imediata: desde a constituição em mora, se líquidas, ou da propositura da ação, quando ilíquidas.

Entretanto, na hipótese de descumprimento de dever jurídico legal ou contratual, a espera da propositura de ação oneraria extremamente a parte lesada, em se tratando de dívida de valor. Daí ter-se unificado a jurisprudência, ao longo dos anos, em torno da pronta incidência da correção monetária, a partir da data do ilícito.

Assim é que, nos termos da Súmula nº 43 do STJ, "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

38 V., por todos, A. WALD, *Obrigações e Contratos*, cit., p. 45 e segs.

39 A.WALD, *op. cit.*, p. 53.

Vale transcrever ementa de acórdão que, no caso específico de ilícito contratual, aplicou a correção monetária desde a ocorrência do ilícito, mesmo quando este ocorreu antes da Lei 6.899/81, demonstrando a diferença de fundamento entre ambos os reajustes (atinente à dívida de dinheiro e dívida de valor):

> "Correção Monetária — Ilícito Contratual — Dívida de Valor — Período anterior à Lei 6.899/81 — Em se tratando de ilícito contratual, caracterizada a dívida como de valor, incidente é a correção monetária mesmo em período anterior à Lei 6.899/81, quando a jurisprudência já a admitia. É de entender-se que a Lei 6.899/81 veio estender a correção monetária a hipóteses em que até então não era aplicada, como ocorria com a chamada dívida de dinheiro. Consoante afirmado pela Corte, não constituindo um "plus" mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativos econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa[40]".

Também no caso de contratos de empreitada, aliás, a jurisprudência, através da Teoria da Imprevisão, foi sensível à necessidade reajustar prestações convencionadas sem qualquer critério de reajuste, como forma de evitar a ruína do contratante diante da depreciação monetária[41].

No que tange às operações de crédito, e aos negócios jurídicos em geral, as prestações são igualmente vinculadas a índice contratualmente estipulado, tendo a jurisprudência aceito a correção de prestações ainda quando o reajustamento não haja sido prévia e bilateralmente estipulado, ao argumento de que a depreciação escancarada da moeda representaria, não fosse a correção monetária, verdadeiro locupletamento injustificado[42].

40 Ac. un. da 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo, in *ADV-COAD*, n. 55491. No mesmo sentido, v. ac. un. 3ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, com amplas referências bibliográficas e jurisprudências, in *RSTJ 38/98*.

41 Cf., a propósito, M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, vol. 3º, *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 1986, 3ª ed., p. 215, com ampla referência jurisprudencial, destacando-se: *RT* 312/385; RT 320/227; *RF* 235/148.

42 Cf. Ac. un. 1ª Turma STJ, no R. Esp. 12.591-0/SP (julg. em 18.5.92), sendo Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, in *Boletim Adcoas* nº 138.819, destacando-se na ementa: "A sistemática da correção monetária dos débitos resultantes de decisão judicial — positivada pela Lei nº 6.899/81 — *constitui vero princípio jurídico, aplicável a relações jurídicas de todas as espécies e de todos os ramos do direito*. É ressabido que o reajuste monetário visa exclusivamente a manter no tempo o valor real da dívida, mediante a alteração de sua expressão nominal. Não gera acréscimo ao valor nem traduz sanção punitiva. Decorre do simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda" (grifou-se).

De tal maneira se incorporou aos negócios jurídicos a atualização monetária que o Superior Tribunal de Justiça, através de decisões de grande repercussão teórica — ainda não devidamente analisadas pela doutrina —, vem entendendo que "a quitação dada em títulos de crédito por oficial de protesto ou por bancos não significa, necessariamente, tenha ficado quitada a importância que corresponderia à correção monetária".[43]

Tamanha transformação das formas de pagamento, contudo, diante dos sucessivos planos econômicos e pacotes governamentais, parecem ao mercado insuficiente para prevenir os operadores das repentinas alterações, muitas das quais em prejuízo dos índices que serviriam de sustentáculo para a preservação dos créditos e valores negociados. Daí o crescente processo de dolarização da economia. Procura-se na moeda estrangeira a segurança que não se obtém com o cruzeiro, a despeito da acentuada indexação contratual destinada a salvaguardá-lo.

Como se sabe, o Decreto 23.501, de 27 de novembro de 1933 vedou, nos contratos internos, as estipulações e pagamento em ouro ou em determinada espécie de moeda. O preceito originou-se justamente da inflação e do desequilíbrio cambial da época, a obrigar o Governo Provisório de 1930 a, na esteira de legislações de alhures, instituir o curso forçado da moeda nacional.[44]

Mais adiante, a Lei 28/35, o Decreto-lei 6.550/44 e, finalmente, o Decreto-lei 857, de 11 de setembro de 1969, admitiram exceções ao princípio, sendo admitida a estipulação contratual em moeda estrangeira nos contratos de câmbio, nos contratos referentes à importação, exportação e em outras hipóteses descritas pelo art. 2º do Decreto-lei 857.

Entretanto, mais e mais se pactua mediante previsão de pagamento em dólar, sendo nula, nesta hipótese, a cláusula que estipula a moeda norte-americana, não já a inteira operação de crédito.

O problema, neste caso, está na necessidade de se converter a quantia pactuada para a moeda nacional, de modo a determinar a sua restituição em cruzeiro, na hipótese de pendência judicial. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela conversão em moeda nacional com base na data da estipulação, entendeu, através do voto do Relator Min. Moreira Alves, que a conversão com base na data do pagamento permitiria o locupletamento ilícito do credor, que se beneficiaria do reajuste da moeda estrangeira durante todo o período contratual, tendo como fonte ato nulo, expressamente vedado pelo Decreto 23.501/33. Curiosamente, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,

43 Ac. unânime da 3ª Turma, no R. Esp. 5.343-MG (publ. em 25.2.91), sendo Rel. o Min. Eduardo Ribeiro, in *Boletim Adcoas*, n. 13.2047. No mesmo sentido, decisão da lavra do mesmo Relator, no R. Esp. 5.520-MG (publ. em 14.4.91), in *Boletim Adcoas*, nº 13.292.

44 A. WALD, *op.cit.*, p. 45.

que originou o respectivo Recurso Extraordinário, fundara-se no mesmo princípio, da proibição do enriquecimento sem causa, para decidir em sentido oposto. Segundo o TJRJ a conversão da quantia emprestada, na hipótese de mútuo contraído em moeda estrangeira, deveria ser feita segundo a data do pagamento, para evitar o locupletamento sem causa do devedor, diante da depreciação da moeda nacional na vigência do contrato.[45]

Sublinhe-se, enfim, que a estipulação em cruzeiros com base na variação cambial do dólar, cada vez mais difusa, embora represente mecanismo economicamente semelhante à contratação em moeda estrangeira, já que tem como referência moeda de curso vedado, vem sendo admitida como válida pela jurisprudência[46].

Já no passado o Supremo Tribunal Federal havia admitido a cláusula de correção de nota promissória através de moeda estrangeira, em acórdão proferido por maioria de votos e assim ementado:

> "Notas promissórias. Pacto adjeto fixando seu valor em conformidade com a estimação do dólar à época do vencimento.
>
> Nulidade da cláusula. Inocorre porque se valeram as partes de mero critério, semelhante à correção monetária, não proibido nem pelo D. 21.316/32 e legislação que o seguiu, pertinente à vedação ali estatuída".[47]

O entendimento parece acertado, inexistindo norma expressa que vede o referencial em moeda estrangeira, sobretudo em contexto econômico já inteiramente indexado, no âmbito do qual a exclusão do referido índice, em favor de outros tantos, seria arbitrária.

Por outro lado, do ponto de vista técnico há de se aduzir dois ulteriores argumentos. Em primeiro lugar, o art. 1º do Dec.-lei 857/69 proíbe apenas que a moeda estrangeira sirva como moeda de *pagamento*, a que se refere o art. 947 do Código Civil. Vale dizer, o óbice legislativo restringe-se ao curso de moeda diversa da nacional, não já à estipulação de pagamento em cruzeiro com a equivalência em moeda estrangeira.

Em segundo lugar, quanto aos títulos cambiais, também incluídos na previsão do art. 1º do Dec.-lei 857/69, invoca-se a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, da qual foi o Brasil signatário, dando vigência, em território nacional, através do Decreto 57.663/66, à Lei Uniforme de Genebra. O art. 41 da Lei Uniforme permite a cambial em moeda

45 *Jurisprudência Brasileira* 70/74-78.

46 *ADV-COAD*, nº 60754 (TJDF, 2ª T.C.) e 58450 (TJRJ, 4ª CC).

47 Ac. em Sessão Plenária, em 12/4/73, sendo Rel. o Min. Thompson Flores, in *RTJ*, 65/446.

que não seja a de curso forçado, desde que o *efetivo pagamento* se faça em moeda nacional, mediante conversão disciplinada pela legislação de cada país[48].

7. As dificuldades representadas pelo pagamento em momento de crise. A intervenção da Magistratura. A reintrodução da Teoria da imprevisão e a revisão dos contratos entre a escalada inflacionária, planos econômicos e intervenção estatal nos contratos. À excessiva onerosidade.

Constata-se, da análise dos diversos aspectos da execução contratual selecionados, que a legislação especial e os fatos sociais que se sucedem e se transmudam a cada dia, reclamam por novos princípios interpretativos para a busca da disciplina jurídica adequada à prática contratual em uma economia em crítica turbulência.

A reintrodução da Teoria da imprevisão e a revisão dos contratos, princípio derivado da claúsula *rebus sic stantibus* e sepultado no liberalismo, torna-se essencial diante da escalada inflacionária, dos sucessivos planos econômicos e da contínua intervenção estatal nos contratos[49].

O legislador do inquilinato, seguindo tendência legislativa anterior, prevê a revisão contratual a cada três anos, *ex vi* do art. 19 da Lei 8.245/91, como forma heteronômica de repactuação. O Projeto 634-B/75 contemplou, nos arts. 478, 479 e 480, a resolução por onerosidade excessiva, aplicável quando, nos contratos de execução continuada ou diferida, a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. O projeto, embora inovador, não cogita da revisão dos contratos, mantendo-se vinculado a um dos símbolos sagrados da autonomia privada, ou seja, a invulnerabilidade dos pactos à interferência judicial. Aceita-se até mesmo a resolução,

48 Cf. M. BRANDÃO LOPES, *Cambial em Moeda Estrangeira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

49 Soube o tema, em particular sobre a evolução da teoria da imprevisão no direito brasileiro, v. A. MEDEIROS DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1943. V., também, a bela página de SAN TIAGO DANTAS, *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*, p. 14 e segs, in *Problemas do Direito Positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, na qual leciona: "Numa economia que se expande, a onerosidade dessas situações é facilmente absorvida pelos benefícios da prosperidade geral. Talvez por isso não se verificou, depois da 11ª Guerra Mundial, no período de prosperidade que se lhe seguiu, o mesmo apelo que se fez sentir depois da 1ª às teorias visando à revisão ou à resolução dos contratos. São estas doutrinas, em larga medida, os *consectários jurídicos da depressão econômica*" (p. 27-grifou-se).

abraçando a Teoria da Imprevisão, embora não se admita que o juiz dite normas que devam reger a relação contratual entre as partes interessadas.

O Código do Consumidor, todavia, sensível à nova realidade dos contratos de massa, prevê, em seu art. 6º, V, em caráter de absoluta novidade no direito pátrio, o direito à "modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosas".

A revisão contratual torna-se assim, no âmbito das relações de consumo, instrumento importante de intervenção do juiz na realidade contratual, evitando que as situações de crise econômica inesperadas possam levar o devedor ao inadimplemento, quando não à insolvência.

Já antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, sustentou-se a revisão de contratos de financiamento firmados à época do chamado plano cruzado, ao argumento de que tais avenças, celebradas em época de inflação zero e de absoluta confiança, avalizada pelo Poder Público, de estabilidade perene, não mantiam suas bases objetivas durante o período da inflação galopante que, da noite para o dia, surpreendeu a nação, levando à ruína milhares de pequenos empresários e investidores[50]. A jurisprudência, contudo, atada ao entendimento de que a inflação é fenômeno previsível, resistiu à revisão contratual de tais avenças. Inversamente, algumas decisões refletiram a preocupação com a depreciação de prestações diante da corrosão da moeda, acatando a imprevisão para a majoração de índices.

Em tema de imprevisão, a rigor, não se pode generalizar situações, sendo preciso estudar o caso concreto. O importante parece ser a consciência do magistrado, sob o abrigo dos princípios gerais e hoje, especialmente, com a previsão do Código de Proteção ao Consumidor, de que diante das intempéries econômicas é indispensável preservar as bases nas quais foram estipuladas as cláusulas contratuais.

Diante de tais considerações, se é verdade que a inflação, no comum dos casos, provoca uma alta meramente nominal dos preços, não sugerindo a revisão dos contratos por excessiva onerosidade, certo é que outras avenças, pactuadas em *quantum* periódico fixo, devem ser revistas sempre que a sua manutenção possa consagrar o enriquecimento sem causa do devedor, em detrimento do credor, no curso de negócio a trato sucessivo ou à execução diferida; mormente quando se trata de retribuição por prestação de serviços ou resultado do trabalho físico ou intelectual do credor, hipóteses em que o locupletamento significaria a exploração gratuita de valores indisponíveis, constitucionalmente tutelados.

50 G. TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do Chamado Plano Cruzado*, in *RF* 301/6-83.

Para tanto, deve-se fazer uso dos princípios gerais do ordenamento, coibindo o enriquecimento sem causa, o abuso de direito, a má fé dos contratantes, a excessiva onerosidade das prestações, como forma de temperar o dano normativo, revisitando-o na medida em que se transforma o cenário econômico e a realidade social.

8. Novos critérios interpretativos e o papel da magistratura. A execução dos contratos na ordem civil-constitucional. A reunificação do ordenamento e os limites da magistratura. Princípios gerais de direito (art. 4º, LICC) e os princípios constitucionais: planos e força normativa diferenciada.

Diante de leis especiais produzidas em velocidade estonteante, cada qual a responder a demandas distintas da sociedade, com linguagem própria e seguindo princípios setorias muitas vezes específicos — exatamente por responder a exigências corporativas de grupos de pressão —, é indispensável não sucumbir ao aparente fracionamento do ordenamento. Não se pode aceitar passivamente a multiplicidade de princípios e de critérios interpretativos, formulados no âmbito dos chamados micro-sistemas, redigidos por técnicos setoriais que, a rigor, desconhecem o sistema normativo (basta lembrar o exemplo da alienação fiduciária em garantia). O fracionamento implica a ruptura do sistema, causando marcante insegurança jurídica.

Somente o respeito à Constituição e a seus valores fundamentais poderá resgatar a unidade perdida, e recuperar os princípios gerais em meio ao contingente, ao emergencial ditado pelas experiências, sempre fugazes, de sucessivos planos econômicos.

Se ao intérprete somente é dado buscar os princípios gerais de direito após se esgotarem a procura de leis, da analogia possível e dos costumes, segundo determina o art. 4º da Lei de Introdução, certo é que terá a sua disposição princípios maiores e anteriores, de força normativa preponderante, insculpidos na Constituição, que devem nortear todo o tecido normativo[51].

Não se pode pensar em superar a crise econômica através de truculenta intensificação de sanções, através da prisão do devedor, de sua criminalização ou de cláusulas leoninas. É preciso assegurar o crédito e estimular a economia sem sacrifício do projeto constitucional, que tem na pessoa humana o seu valor mais elevado. Daí porque não ser facultado ao intérprete desdenhar princípios maiores do ordenamento em face de situações emergenciais.

51 A construção, com notável repercussão em sede hermenêutica, é proposta, à luz do ordenamento italiano, por P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e Metodi della civilistica italiana*, cit., p. 101 e segs.

O direito, nesse específico sentido, deve resistir, não arrefacendo em seu papel promocional e transformador, inscrito na Carta de 1988. Se fosse consentido enunciar um único princípio basilar, que possa servir de *leitmotif* para os operadores do direito, poder-se-ia indicar a funcionalização da atividade econômica, regulada no art. 170 da C.F., aos objetivos da República, situados em posto de destaque no Texto Maior, a permear todo o ordenamento constitucional e infra-constitucional com intensa força normativa. Dentre tais objetivos norteadores, situa-se o da dignidade da pessoa humana e o da erradicação das diferenças sociais, culturais e regionais (art. 3º, III, C.F.), enunciador de uma nova ordem sistematizante.

Tais postulados, em conclusão, reunificam o sistema, fracionado em ilhas de leis especiais, resgatando-se a unidade que, no passado, fora assegurada pelo Código Civil. O desafio posto pelo constituinte encontra-se justamente no estabelecimento de princípios permanentes, em meio ao tecido infra-constitucional influenciado por sucessivas crises econômicas, e por isso mesmo marcado pelo contingencial, pelo provisório, por regulamentos fugazes e setoriais. Aceitemos o desafio da Constituição, antes de pensar em revisá-la. O sistema é morto. Viva o sistema!

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

HELOISA HELENA BARBOZA

Ensina SAN TIAGO DANTAS que o estudo do Direito de Família deve começar por algumas noções, mais de caráter sociológico que jurídico, pois neste ramo do Direito Civil, mais do que em qualquer outro, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos seus conteúdos sociais.

Assim é efetivamente, mesmo para aqueles que iniciam o curso de Direito e desde logo aprendem o conceito de norma jurídica, por vezes tão abstrato para os iniciantes, a inter-relação entre o fato social e a norma torna-se clara, porque existe a vivenciação do fato, facilitando o entendimento da norma.

Contudo, isso não significa dizer devesse o Direito de Família ser ensinado logo nos primeiros períodos, visto que seu correto entendimento exige outras noções que só ao longo do curso são adquiridas.

Basta que se confira para tanto que o Direito de Família tem por objeto "regular as relações existentes entre os diversos membros da família e as suas influências sobre as pessoas e bens", como afirma em feliz síntese ARNOLD WALD.

Mas o que é, para efeito jurídico, uma família?

De acordo com o Código Civil a família legítima se criava pelo casamento (artigo 229 CC).

Desde a CF de 1934, primeira a dedicar um título à família, firmou-se o entendimento de que família, para fins de proteção do Estado, era constituída pelo casamento.

Portanto, toda a estrutura do Direito de Família assentava no casamento que foi até 1977 indissolúvel.

Sob essa ótica, tradicionalmente firmavam-se dois conceitos de família: um lato e um restrito. Em sentido amplo, mais coincidente com o comumente mantido, família era o conjunto de pessoas unidas por laços sangüíneos e os afins. Em sentido estreito, o casal e os filhos e para o direito real de uso (arts. 742, 744, III, do CC) incluídos estavam os empregados domésticos.

Não obstante esse quadro, sempre se reconheceu a existência da então chamada *família ilegítima*, como a que não tinha origem no casamento, referindo-se o CC em diversos dispositivos a *parentesco ilegítimo* (arts. 183, I, e o 332, recentemente revogado pela Lei 8.560/92), para não se falar no capítulo dedicado ao "reconhecimento dos filhos ilegítimos" (arts. 355/367).

Como entender-se tais disposições, senão como uma flexão do legislador diante da inexorabilidade dos fatos, senão a modelagem da lei ao seu conteúdo social, de que nos fala SAN TIAGO DANTAS?

Manteve-se, porém, o casamento como sólida viga mestra da estrutura familiar até 1977, quando se permitiu a sua dissolução, nos termos da lei, no caso, através do divórcio. Muitos viram aí o fim do casamento, o início da dissolução da família, o que de fato não se verificou. Acorreram às Varas de Família diversas pessoas, de todas as classes sociais (e não somente os ricos como se esperava) em busca da regularização de sua situação familiar, da legitimação de suas uniões, de suas famílias até então ilegítimas e afastadas da proteção estatal.

O fato é que, a despeito das normas existentes, a comunidade familiar se alterava. Basta lembrar a radical mudança do papel da mulher neste contexto: de administradora do lar, relativamente incapaz até 1962, portanto só obtendo a "emancipação" há trinta anos (Lei 4.121, de 17.8.62), passa a co-responsável pelo sustento da família, quando não é no quadro recessivo em que se encontra o país sua única provedora. Sem dúvida a mulher, plenamente capaz e economicamente ativa assume novo papel perante a sociedade, o marido e os filhos.

Isso para não se falar das sucessivas leis que concederam amparo e possibilidade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, então denominados *ilegítimos* e "concessões" da jurisprudência à concubina que até hoje deve aos Tribunais e ao senso de Justiça que os orienta os direitos que lhe são reconhecidos.

Esta, em síntese estreita, a realidade familiar encontrada pelo constituinte de 1988, o qual sensível a mesma, finalmente, estabeleceu normas que efetivamente se moldaram no seu conteúdo social, alargando o conceito de família, para submeter à proteção do Estado não só a que se origina do casamento, mas também a que é formada pela união estável entre o homem e a mulher e, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º).

Na esteira da CF, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90) refere-se às citadas entidades familiares como *família natural* (art. 25: entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes), em oposição à *família substituta* (artigo 28), aquela em que é colocada a criança ou o adolescente, mediante guarda,

tutela ou adoção, sempre que desfeita a família de origem ou se encontrar abandonado.

Podemos, assim, afirmar que o conceito de família atual compreende:

a) o sentido lato, anteriormente referido, que se pode manter; b) o sentido restrito, compreendendo os pais e os filhos, oriunda do casamento, da união estável ou, ainda, de um só dos genitores e os filhos.

O Professor SIMÃO ISAAC BENJO, Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, logo após a promulgação da vigente CF, em palestra proferida em 16.12.88, afirmava com a sensibilidade e simplicidade que sempre o caracterizaram: "agora, família é família", lembrando que quando se visita a choupana de um casal pobre, em cujos braços está sendo afagada uma criança, não se pede a exibição de certidão de casamento para saber-se que naquele lar, de amor e ternura, se acha uma família (in "Temas Atuais do Direito Brasileiro", 2ª série, 1989, p. 198).

Permito-me aduzir: da mesma forma, jamais se duvidou da existência de uma família se tal cena se desse entre pessoas abastadas, ou se naquela choupana se encontrasse uma mulher rodeada de filhos, os quais talvez jamais tenham conhecido seu ou seus pais.

Se assim é, e sempre foi, o constituinte nada mais fez senão reconhecer a realidade social, realizando o melhor direito, pois como salientou o Prof. RICARDO CESAR PEREIRA LYRA, igualmente titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, em seu discurso de posse como Presidente do IAB: "só se pode entender o direito ligado à realidade social".

Se o Direito de Família, como inicialmente afirmado, é o estudo das relações pessoais e patrimoniais que se dão entre os membros de uma família, e se essa tem hoje, nova conceituação, imperativo é que se revejam todas as normas até então estabelecidas, eis que firmadas a partir de uma estrutura familiar criada pelo e para o casamento.

Tomado o sentido restrito e sob essa ótica cabe inicialmente indagar: o casamento acabou?

Pode-se afirmar que não. Nem social, nem juridicamente, eis que continua sendo o grande formador da família, culturalmente arraigado em nossas tradições, conhecido em suas regras e conseqüências.

Não se deve tolerar, porém, qualquer distinção entre famílias, quer se origine do casamento ou não, devendo ser banidas da lei civil as qualificadoras *legítima e ilegítima*. Aliás, com relação ao parentesco, em boa hora, apesar de não ter sido a forma ideal, o legislador revogou o artigo 332, do CC (art. 10, da Lei 8.560/92), que discriminava as espécies de parentesco.

Consideradas as modificações do papel social do homem e da mulher, como as que antes apontamos, o casamento já não é e não pode ter o mesmo tratamento da época da edição do CC. Mais uma vez traduzindo a realidade

fática, estabeleceu a CF, em seu artigo 226, § 5º, que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

Diante desse mandamento constitucional, como se interpretar os capítulos II e III, do Título II (Dos efeitos jurídicos do casamento — arts. 233/255) do CC que regulamentam os *direitos e deveres do marido* distintamente dos *direitos e deveres da mulher?* À evidência colidem com a CF disposições que atribuem ao homem a chefia da sociedade conjugal, a representação da *família*, o direito de fixar o domicílio da família; inadequadas as exigências de *autorização* do marido para a prática de determinados atos pela mulher casada.

Na verdade, se deve haver igualdade de direitos e deveres, devem ser esses comuns, admitindo-se, por razões óbvias a divisão de tarefas, mas não de direitos e deveres. Não nos esqueçamos que a igualdade de direitos foi uma conquista da mulher que não se coaduna com uma postura protecionista da lei civil, razoável dentro de outra realidade social, que não a vigente.

Sob essa orientação parecem inadmissíveis quaisquer formas de privilégios ou vantagens, para qualquer dos cônjuges, como por exemplo a admissão de bens reservados para a mulher. Aliás, bastante questionáveis a admissão do regime dotal, não fosse suficiente ter caído em desuso.

No que tange às relações com os filhos, a igualdade de direitos e deveres entre os pais já se instalara, devendo agora se atentar que seu cumprimento há de se fazer em consonância com o artigo 227, da CF.

Ao lado dessas questões, outras se põem: 1ª - a do planejamento familiar, que segundo o § 7º, do artigo 226, da CF, é de livre decisão do casal, fundado, porém nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O que se deve conceituar como "paternidade responsável" num país em que a crise fez diminuir o índice de fertilidade, caindo de 6,28 filhos por família na década de 60, para 3 filhos atualmente, invertendo-se as expectativas de crescimento demográfico (Folha de São Paulo, 24.01.93, p. 1), e aumentou de forma preocupante o número de adolescentes grávidas?

Ao lado dessa questão, outra, não cogitada na Constituição, se põe de forma paradoxal: o emprego das técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*), uma realidade presente em nosso meio, fácil de se entender quando se atribui a inversão da curva de fertilidade em parte à esterilização em massa. Nesse passo, inaugura-se um rol de indagações que se iniciam mesmo com a necessidade de se regularmentar juridicamente o emprego e os efeitos dessas técnicas.

Corroborando o casamento como ainda base da estrutura familiar, embora, insista-se, devam ser revistos seus efeitos, está o disposto no § 3º, do citado artigo 226, da CF, que, mesmo reconhecendo a denominada *união estável* como entidade familiar, determina que a lei facilite sua conversão em casamento.

Para alguns, essa última determinação é suficiente para impedir a equiparação da união estável ao casamento, afirmando que esta ganhou apenas *status* de família, para fins de proteção do Estado. Outros, ao contrário, atribuem à união livre efeitos próprios do casamento. A questão porém está longe de ser simples.

De início cabe indagar: o que é união estável? Quanto tempo é necessário para caracterizá-la? O seu reconhecimento estará sujeito a regras impeditivas, semelhantes aos impedimentos para casamento? Existem direitos e deveres entre os companheiros? Essas e outras muitas perguntas conduzem a uma única resposta razoável: a união estável está a exigir regulamentação. Até lá, deve prevalecer o entendimento dos Tribunais que têm dado à união estável o tratamento dispensado ao concubinato. Contudo, regulamentada que venha a ser, aí sim, cabível o reconhecimento de efeitos idênticos aos do casamento, desde que respeitados sejam os mesmos princípios que o orientam, inclusive no que tange a direitos e deveres, sob pena de criar-se situação privilegiada. De qualquer forma não se pode perder de vista que, para muitos, a liberdade de constituição e rompimento e a ausência de regras predeterminadas constituem a essência da união estável, por isso mesmo também denominada união livre. Portanto, deve o legislador tomar cuidado para não atropelar a realidade social, contrariando, ao regulamentá-lo, a própria razão de ser do *casamento de fato*.

Paralelamente a esses aspectos da relação entre os cônjuges ou entre os companheiros, devemos analisar, neste novo contexto familiar, a relação entre esses e os filhos. Constata-se que, na mesma linha de atender os reclamos sociais, culminou o constituinte, em feliz hora, por equiparar os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, da CF). De há muito vinha o legislador atenuando as odiosas discriminações existentes entre os filhos em razão da origem da filiação. Todavia, tal equiparação não venceu a presunção de paternidade que existe se os pais são casados, como um efeito peculiar do casamento, devido, em especial a um dos princípios que o orientam (monogamia) e aos deveres por este estabelecidos, dentre eles o de fidelidade. A ausência de tais deveres na união estável milita contra a presunção de paternidade em tal caso.

Não se deve preterir, porém, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à convivência familiar (art. 227, CF). Por conseguinte, a determinação da paternidade deve ser facilitada, mormente diante dos recursos técnicos que permitem sua indicação com 99% de precisão (exame de DNA).

Nesse sentido inclinou-se o legislador, na recente Lei 8.560/92 que ao tratar da investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento deu os primeiros passos para a simplificação almejada, inclusive legitimando o Ministério Público a propor a ação de investigação de paternidade até então exclusiva do filho.

Mas muito ainda há por fazer pelos filhos, no que diz respeito à convivência familiar, relativamente a uma verdadeira *população* de menores que habitam as ruas dos grandes centros urbanos. O problema é antes de mais nada social, evidentemente, mas não podem aqueles que militam no mundo jurídico ignorá-lo, já que talvez constituam a mais contundente forma de injustiça. O que fazer? Cumprir o art. 227 da CF quando da interpretação e aplicação da lei, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Paralelamente, como se fosse o outro lado da medalha, muito há que se discutir a respeito aos direitos dos filhos gerados mediante técnicas de reprodução assistida. A fixação da paternidade e da maternidade não raro é tormentosa: deve prevalecer o vínculo biológico ou sócio-jurídico? Têm os *filhos de proveta* direito a conhecer sua verdadeira origem?

Como se vê está delineado o novo perfil da família, mas a grande pergunta, aquela que cuja resposta conterá o rumo a ser trilhado pelo Direito, ainda não foi respondida: qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora. Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos?

Mais do que nunca é hora do jurista aprofundar-se na realidade social para extrair daí as respostas necessárias para determinar os verdadeiros conteúdos da norma. Até lá talvez devamos meditar sobre antigo ensinamento chinês que aconselha:

"Abandona a tua sabedoria e a tua inteligência
O povo tirará disso muito mais proveito
Abandona a tua justiça e a tua caridade
E verás renascer o amor de pai para filho."

Heloisa Helena Barboza

O DIREITO E O AMOR

JACOB DOLINGER[1]

Permitam-me antes de dar início ao tema de aula inaugural expressar um importante agradecimento contando-lhes uma história, a história de um menino que desembarcou no cais do porto da Praça Mauá numa tórrida manhã do carnaval de 1941, aqui chegando muito assustado, assustado com os bombardeios que se desencadearam sobre sua cidade natal, pela fuga desordenada empreendida pela costa francesa, seguida de uma tormentosa passagem pela Espanha e uma acolhida nervosa em Portugal. Menino assutado por 19 séculos de exílios e perigos, de perseguições, progroms e fogueiras, aterrorizado pelas impressões deixadas na alma de seus antepassados pelos massacres sofridos, perplexo pela intolerância a seu redor.

É a história de um menino que nesta terra bendita foi se tranqüilizando pela acolhedora amizade com que aqui foi recebido, nos jardins, na escola, na praia, por onde caminhava, já agora sem susto e sem maiores cuidados.

Do menino que aqui cresceu, estudou e se divertiu, que casou e aqui vive com sua esposa de 35 anos, aqui tendo nascido suas três filhas, cariocas felizes e bonitas, uma geração que aqui se sente segura no seio de um povo hospitaleiro e bondoso.

A este menino foi concedida a mais nobre de todas as missões, a de transmitir às novas gerações o Direito pátrio e também o direito de outras gentes, um Direito fundamentado na Tolerância e no Amor, no amor que humaniza a regra, que suaviza a técnica, que ameniza a formalidade do direito.

Este menino nunca teve oportunidade para agradecer em caráter mais oficial à sua nova pátria, à gente nobre desta cidade e ao espírito elevado dos mestre ilustres que teve nesta Casa, e por isto, neste momento solene para todos nós de abertura do ano letivo, e especialmente importante e feliz para

1 Aula inaugural na Faculdade de Direito da UERJ proferida em 24.03.94.

quem vos fala, o menino agradece com espírito aberto e alma emocionada por tudo que lhe foi dado aprender, pelo que lhe tem sido dado ensinar, modestamente, nesta casa, pela tolerância, pelo amor, pelo amor que sente por esta Universidade, por seus mestres de ontem e de sempre, e por seus alunos, alguns já consagrados nacionalmente em suas especialidades e que continuam amigos do professor de ontem, do colega de hoje.

Por tudo isto escolhi como tema para a aula inaugural do ano letivo 1994 "O Direito e o Amor", em que tentarei examinar se há ligação entre o ordenamento jurídico da sociedade e o sentimento mais íntimo e mais complexo que vai na alma humana, este misterioso fenômeno, capaz de elevar o ser humano às maiores alturas mas também com o poder de reduzi-lo à mais abjeta miséria emocional e psicológica.

Omnia vincit amor — o amor tudo conquista — já proclamava Virgilio, e foi Platão quem em seu "Banquete", contendo o debate entre a Filosofia, a Comédia e a Tragédia sobre o amor, demonstrou a força do amor, a invencibilidade do exército que fosse formado de pessoas que se amam.

"Qual o amante que permitiria que seu bem amado visse-o abandonando seu posto ou depondo suas armas?".[2] "Ou quem desertaria seu ente amado ou faltar-lhe-ia na hora do perigo? O maior covarde se tornaria um herói inspirado, igual ao mais bravo num momento destes. O amor o inspiraria. A mesma coragem que, segundo Homero, os deuses instilam nas almas de certos heróis, o Amor impregna no amante".[3]

A força do amor, sua capacidade de alterar a natureza do ser humano, de transformar o covarde no herói, este poder se expande por todas as manifestações do ser, por todas as facetas de nossa personalidade, metamorfoseando o egoísta no altruísta, o cruel no bondoso, o violento no afável, o perseguidor no defensor, o torturador no consolador, o carrasco no médico, quiçá a morte na vida. Ninguém outro que Freud escreveu que o amor age como fator civilizador, transformando o egoísmo no altruísmo, efeito que se produz não só na vida individual como também na humanidade[4].

O amor tem início no recôndito da alma humana, na mais natural tendência em cada um de nós de amar a nós mesmos, o *self-love* ou *love of self,* que, como Aristóteles explica na sua Ética de Nicômaco[5], é a qualidade atribuída àquele que visa a conquista da maior porção de bens materiais para si, em prejuízo de terceiros. Mas, prossegue o Filósofo, aquele que está sempre tomado da ânsia de agir com justiça, com temperança, ou de acordo com

2 Symposium, Platão, Great Books of the Western World (GBWW), vol. 7, p. 152.
3 Op. loc. cits.
4 Freud, Psicologia de Grupo e Análise do Ego, GBWW, vol. 54, p. 678.
5 Aristóteles, Ética de Nicômaco, livro IX, cap. 8, 1168b, GBWW, vol. 9, p. 422.

qualquer uma das outras virtudes, aquele que procura sempre garantir para si mesmo o caminho honroso, ninguém o considerará como um amante de si mesmo, ninguém criticá-lo-á, apesar de que este, mais do que o outro, é o que ama a si mesmo, chamando a si sempre o que é mais nobre e melhor.

A compreensão do amor próprio é importante porque os filósofos entendem que a origem de todo amor de que o homem é capaz deriva do amor que tem por si mesmo. É o que vamos encontrar de Aristóteles a Aquino e de Aquino a Freud — o entrelaçamento das diversas manifestações de amor de que o homem é capaz, que se manifestam ao longo de sua vida. Veremos daqui a pouco que o versículo bíblico mais comentado pelos filósofos de todos os tempos é justamente o que nos comanda amar o semelhante.

Mas antes cabe voltar ao grande pensador grego que vem ajudando a iluminar o caminho do homem durante 24 séculos, e que em sua Ética tão bem analisou as diferentes formas do amor entre dois seres humanos, o amor pelo prazer que proporciona, o amor pela utilidade que oferece, em que amamos aquilo que é prazeroso para nós, aquilo que é útil para nós, concluindo logicamente que as relações de amizade daí decorrentes são incidentais, pois a pessoa amada não é amada pelo que ela é, mas somente por prover algo bom ou proporcionar algum prazer, amores estes de fácil dissolução, pois no momento em que o ente "amado" deixa de lhe ser agradável ou bom, o outro deixa de amá-lo[6]. A Ética dos Pais, um dos livros da Mishnah que compõe o Talmud dos judeus, diz o mesmo em síntese feliz: "todo amor que independe de algo sobrevive, enquanto que todo amor que depende de algo, terminará por não sobreviver"[7]. O amor baseado na utilidade é o amor dos velhos, enquanto que o amor baseado no prazer é geralmente o amor dos jovens. Finalmente, na análise aristotélica aparece a terceira categoria de amizade, do amor, que é resumida numa obra didática sobre a obra do filósofo ateniense para os estudantes universitários americanos, da qual leio:

"A amizade entre bons homens de virtudes ou excelências semelhantes, que possuem bondade intrínseca ao invés de bondade incidental, e que desejam o bem do outro pelo bem do outro e não por qualquer outro motivo menor. As atitudes de cada uma das partes neste tipo de relacionamento são determinadas pelo que a outra parte é e não por qualquer consideração incidental. Esta é a mais perfeita e estável amizade e pode ser considerada amizade no mais verdadeiro sentido da palavra. Inclui as outras formas de amizade, uma vez que ambas as partes, por serem boas em si mesmas, também são boas para a outra, e proporcionam-se reciprocamente com o que é bom e prazeroso. Este tipo de amizade é benéfico para ambos mas é extremamente raro. Para

6 Aristóteles, op. cit., livro VIII, capítulo 3, 1156a.
7 Mishnah, Ética dos Pais, capítulo 5, mishnah 18.

que tal tipo de amizade se desenvolva, muito tempo e intimidade são necessários bem como bondade pessoal, pois é fácil desejar amizade, mas é difícil construir uma sólida relação desta natureza.''

Foi sobre esta premissa que Erich Fromm escreveu uma das mais adoráveis obras sobre o amor conjugal, ''The Art of Love'', no original, traduzida para o vernáculo sob o título ''A Arte de Amar'', que tive a desagradável surpresa de não encontrar estes dias na minha biblioteca, não estando por isto preparado para fornecer os dados bibliográficos aos meus jovens ouvintes, certamente ávidos de conhecer as fórmulas sábias e mágicas prescritas pelo grande psicólogo e pensador para garantir a eternidade e a profundidade do amor entre o homem e a mulher.

Contava-me meu avô a história do médico, que recebendo um casal de idosos em seu consultório e vendo em ambas fisionomias estampadas dor e sofrimento, indagou qual dos dois o paciente, ao que o marido respondeu ao médico que a perna doente de sua esposa doía-lhes muito a ambos.

Aristóteles discorre sobre as relações de amizade, caracterizadas pela desigualdade entre as partes como a do pai/filho, do velho/jovem, do homem/mulher, do governante/súdito e como elas diferem umas das outras. Tive ocasião certa vez de salientar como as relações humanas se baseiam via de regra no encontro do singular com o plural, do plural com o singular, ou então do plural com o plural, a relação do pai com seus filhos ou de ambos os pais com um filho, ou ainda dos pais para com os filhos e vice-versa, as mesmas variantes ocorrendo no parentesco entre os colaterais. Somente numa relação humana deparamo-nos invariavelmente com o encontro do singular com o singular: é a relação do homem e a mulher, no reencontro carnal e espiritual do homem primeiro, no encontro que pede o afastamento da casa paterna para que os dois formem uma só vida, e, acrescentei, que para os que crêem na Divindade, esta relação singular/singular — o amor que une homem e mulher — será quiçá o único que pode capacitar o ser humano a elevar-se às alturas de amar o Divino, e que talvez seja esta a explicação teológica para a inclusão do Cântico dos Cânticos — o romântico e erótico poema composto pelo Rei Salomão — na Bíblia Sagrada, que nos estaria ensinando o caminho da sublimação do amor, inspirando-nos com a mensagem de que o amor sincero e desinteressado, o amor que só é capaz de ver a beleza, a grandeza e a bondade do ser amado, este o amor capaz de alcançar as alturas. Ouçamos o cântico que vingou a censura de todos os tempos e todas as fontes:

''Vê como tu és formosa, amiga minha, vê como tu és bela, os teus olhos são como os das pombas'', anuncia o amante do Cântico dos Cânticos.

E a amada responde:

''Vê como tu és formoso, amado meu e gentil. O nosso leito está alcatifado de flores. As traves das nossas casas são de cedro, os nossos tetos de cipestre.''

Diz ela: ''O meu amado é para mim, e eu para ele, que se apascenta entre as açucenas.'' E ele retribui: ''Toda tu és formosa, amiga minha, e em ti não há mácula.''

Ele proclama: ''Eu vos conjuro, filhas de Jerusalém, pelas cabras montesas, e veados do campo, que não perturbeis à minha amada o descanso, nem a façais despertar, até que ela se queira erguer.''

Ela professa: ''Eu vos conjuro, filhas de Jerusalém, que se encontrardes ao meu amado, lhe façais saber que estou enferma de amor''.

O Talmud narra que se pretendeu impedir a inclusão deste cântico nos livros sagrados, mas, afinal, vingou o entendimento de que se todos os livros são santos, este é sacrossanto, pois idealiza a relação amorosa entre a Casa de Israel e o Divino; para os católicos, o cântico representa o amor entre Cristo e a Igreja.

Esta idéia da escada ascendente do amor vem esplendidamente representada no Banquete de Platão, onde Diotima, descrita por ele como sua ''instrutora na arte do amor'', lhe diz que o jovem começa amando uma forma linda, mas em breve ele se dá conta que a beleza de uma forma é semelhante à beleza de outra forma, e assim reconhece que a beleza das formas é uma e a mesma, o que o leva a abater o violento amor por uma só forma, passando a ser amante das formas lindas em geral, e daí para a capacitação de que a beleza da mente é mais honrosa do que a beleza da forma externa. Em seguida ele será levado a amar a beleza das leis e das instituições, a descortinar a beleza das ciências, para atingir, afinal, o amor pela sabedoria. Resumindo, Diotima diz que a verdadeira ordem do amor começa com as belezas da terra e sobe para cima... de formas bonitas a práticas bonitas, e das práticas bonitas às noções lindas, até que das noções lindas chegamos à concepção da beleza absoluta[8]. Este amor pela sabedoria como meta de vida encontra eco em Espinoza que fala no *amor intelectualis Dei* — o amor intelectual do Divino — e em Albert Einstein, que exalta a fanática devoção ao estudo e ao saber.

Do amor pelas leis e instituições chegamos ao amor à pátria. Poderíamos eventualmente duvidar da autoridade de Rousseau quando proclama em seu Discurso sobre a Economia Política[9] que o amor pelo país é cem vezes mais animado e delicioso do que o amor por uma amante, eis que o autor das Confissões inflacionara um tanto ou quanto o rol de suas amantes e talvez já estivesse decepcionado de seus amores àquela época, mas não podemos deixar

8 Platão, op. cit., p. 166-7.

9 Jean Jacques Rousseau, Um Discurso sobre Economia Política, GBWW, vol. 38, p. 373.

de registrar o entusiasmo por ele devotado ao patriotismo, que ele sustentava ser a forma mais virtuosa de *self love* enquanto que seu contemporâneo, o Barão de Montesquieu[10] sustentava que o político honesto é aquele que ama as leis de sua terra.

O amor por nossa terra e por suas leis e a educação que isto requer, temas que nos tocam tão perto e tão delicadamente nos tristes dias que vivemos neste nosso sofrido e vilipendiado Brasil, deles nos fala "o amigo da humanidade", como o *London Evening Post* se referiu a Montesquieu no obituário que a ele dedicou em dias de fevereiro de 1755.

Assim, diz o Barão de Montesquieu em seu Espírito das Leis.

"O amor pelas leis e por nossa terra requer uma constante preferência pelo interesse público sobre o privado; é a fonte de todas as virtudes privadas... Este amor é peculiar às democracias. Somente nestas o governo é confiado aos cidadãos privados e um governo é como tudo mais: para preservá-lo precisamos amá-lo. Teremos, porventura, ouvido falar de reis que não gostavam da monarquia, ou de príncipes despóticos que odiavam o poder arbitrário? Portanto, tudo depende de estabelecermos este amor na república e a principal meta da educação deveria ser justamente transmitir inspiração neste sentido: a forma mais certa de instilar este sentimento nas crianças é a de que os pais lhes dêem o exemplo. As pessoas têm capacidade de transmitir idéias a seus filhos, mas ainda mais capazes são para transmitir suas paixões. Sempre existe a possibilidade de que as impressões colhidas em casa sejam apagadas pelas que recebem fora; não são os jovens que deterioram; isto só ocorre quando os mais maduros estão quase afundados em corrupção."[11]

Para Hegel a preservação do Estado desmorona quando o ardente desejo pelo poder pessoal se torna a paixão dominante[12], enquanto que Rousseau vislumbra o debacle bem mais cedo: assim que qualquer um diz sobre os negócios do Estado, 'que importância isto tem para mim', o Estado está perdido[13].

Os pensadores foram mais longe e discutiram se o amor do homem pode ir além de sua pátria e suas leis, extravasando seus sentimentos para outros povos, próximos e distantes.

Rousseau reconheceu, com muita honestidade, que os sentimentos humanitários se evaporam com a distância e que não somos afetados pelas calamidades que ocorram na Tartaria e no Japão, da mesma forma como nos impressionamos pelas ocorrências nas nações européias, advogando a necessidade de limitar nosso interesse e compaixão a fim de torná-lo ativo, chegando

10 O Espírito das Leis, Prefácio, GBWW, vol. 38, p. XXII.
11 Montesquieu, O Espírito das Leis, GBWW, vol. 38, p. 15-16.
12 Hegel, A Filosofia da História, GBWW, vol. 46, p. 300.
13 J.J. Rousseau, O Contrato Social, GBWW, vol. 38, p. 421.

a "confinar nossa humanidade a nossos concidadãos".[14] Já Montaigne em seus Ensaios[15] proclama seu universalismo, mas de forma não muito convincente pois, após ter dito que vê todos os homens como seus compatriotas, acrescenta que abraça um polonês como um francês, um abraço geograficamente não muito universal; seja como for, prossegue afirmando que prefere os laços universais e comuns aos elos nacionais.

O grande divisor entre os povos provêm do seu recíproco desconhecimento. É impossível respeitar o desconhecido, não temos como simpatizar com povos e culturas que nos são estranhos. Platão defendia a necessidade de os cidadãos de Atenas encontrarem-se para se familiarizarem e se tornarem amigos; "não há bem maior para o Estado do que os cidadãos se tornarem conhecidos uns dos outros", proclamou em seus Diálogos[16]. Encontramos um eco desta posição no plano internacional, em Freud, que, em seu curto e não muito conhecido ensaio intitulado "Pensamentos para os Tempos sobre a Guerra e a Morte", que ele escreveu em 1915, meses após o início da Primeira Guerra Mundial, faz a seguinte consideração: "...as guerras não cessarão enquanto as nações viverem sob condições tão diferentes, enquanto o valor da vida humana for tão diversamente valorizado e enquanto as animosidades que os dividem representarem forças motivadoras da mente tão poderosas"[17]. Diria eu que no fundo estas diversidades não são a causa do ódio que leva à guerra, mas sim o desconhecimento, a incompreensão da cultura, da civilização dos outros povos.

Surge aqui o transcendental valor do estudo do Direito Comparado e do Direito Internacional Privado, disciplina que pede o permanente enfoque comparatista. Henri Lévy Ulmann, mestre do direito civil francês, costumava dizer que o direito comparado "deve levar os povos a se compreender, para conduzi-los, em seguida, a melhor se entender"[18]. Efetivamente como posso entender-me com povos vizinhos e distantes se não os compreendo? René David, o líder dos comparatistas franceses expôs a mesma idéia, dizendo que o estudo das institutições legais dos outros povos é um meio de conhecê-los e de melhorar o relacionamento com eles, evitando mal-entendidos e estados de tensão internacional[19]. E dos Estados Unidos nos vem uma lição que os americanos ainda não aprenderam, pela pena de John Henry Merryman, com

14 Op. loc. cits. na nota 8.
15 Montaigne, Ensaios, III, 9, GBWW, vol. 25, p. 471.
16 Platão, Leis, livro V [738], GBWW, vol. 7, p. 692.
17 Sigmund Freud, The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud, vol. XIV, p. 276.
18 Vide H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Droit Comparé, Théorie générale et Principes, p. 17.
19 René David, Traité Élémentarie de Droit Civil Comparé, p. 39.

cuja visão sobre o direito codificado não estou de acordo, conforme trabalho por mim publicado em seu país, mas que bem situou a importância do direito comparado, pelo que me apraz reproduzi-la:

"Um das razões de dissensão entre as nações e os povos é a ignorância recíproca; os comparatistas vêm sustentando de há muito que sua disciplina conduz à diluição do paroquialismo e dos estreitos nacionalismos, e assim, à mais compreensão e cooperação internacionais. Esta visão que em parte é responsável pelo grande desenvolvimento do ensino do direito comparado nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, é obviamente válida; sua validade é demonstrada pelo trabalho dos comparatistas que tem levado à harmonização de certas áreas do direito relativas ao comércio internacional."[20]

Ninguém melhor e com mais acuidade situou a importância política do estudo do Direito Comparado do que nosso San Tiago Dantas.

"O estudo do Direito Comparado é, por isso, no meu entender, o primeiro instrumento de preparação cultural para a unidade jurídica, e sendo esta a reivindicação por excelência do humanismo, não hesito em afirmar que a criação de centros de documentação e pesquisa comparativa, bem como o ensino do Direito Comparado, constitui um alvo primordial a que tende a cultura jurídica humanista em tudo empenhada em vencer a clausura nacionalista em que vive desde o advento das codificações."[21]

Pensadores da Grécia Antiga e mestres da Idade Moderna, franceses, americanos e brasileiros, todos firmes na convicção de que o direito e a filosofia, o direito e a política internacional, o entendimento entre os povos, tudo depende da compreensão, da compreensão que leva à amizade, da amizade que leva à tolerância, caminho único capaz de conduzir à paz universal.

Impossível deixar de voltar novamente à Ética, de nosso eterno Filósofo, para quem amizade e amor se confundem, e sobre a amizade disse ele que é ela que parece manter os estados coesos e que os legisladores se preocupam mais com ela do que com a Justiça, pois quando os homens são amigos, não precisam de justiça, sendo que a mais verdadeira forma de justiça é a qualidade da amizade[22].

Nas relações humanas, no amor entre os seres humanos há um ponto nodal que ocupou os filósofos, os teólogos e os juristas de todos os tempos — a exata compreensão do mandamento bíblico: "E amarás a teu vizinho como a ti mesmo", Levitico, capítulo 19, versículo 18. A análise deste

20 John Henry Merryman e David Clark, Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems — Cases and Materials, p. 23.

21 San Tiago Dantas, Humanismo e Direito, em Palavras de um Professor, p. 138.

22 Aristóteles, op. cit., livro VIII, capítulo 1, p. 406 da edição supra-referida.

versículo poderá ajudar-nos a atinar a relação entre o Direito e o Amor que escolhemos como tema desta aula inaugural.

Em primeiro lugar cumpre precisar a tradução exata do termo *reiachah* constante no texto original bíblico em hebraico. Observei com surpresa que na Bíblia Sagrada, Edição Barsa, 1964, tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo, o termo é traduzido *amigo* e não *vizinho* quando todas as traduções que conheço se referem ao vizinho ou ao próximo. Veja-se a Epístola de São Paulo aos Romanos, capítulo 13, versículo 9, "Amarás o teu próximo como a ti mesmo", e em São Mateus 22, 39, também "Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Deste mandamento (e do outro — Amarás ao Senhor) depende toda a lei".

Nos comentários à tradução do Velho Testamento de J.H. Hertz, rabino-chefe do Império Britânico, ele assinala que o "vizinho" do versículo 18 se refere ao que se denomina em inglês *fellow-man*, o que inclue todo ser humano, demonstrando-o com o versículo 34 do mesmo capítulo onde vem consignado o mandamento de amar o estrangeiro que habitar na vossa terra: "e vós o amareis como a vós mesmos, porque também vós fostes estrangeiros no Egito".

Tomás de Aquino que versa esta matéria na Summa Theologica, parte I da segunda parte, questão 99, artigo 1, referindo-se ao versículo bíblico como tratando do vizinho, relaciona o preceito evangélico de "tudo o que quereis que vos façam os homens, fazei-o também vós a eles, porque esta é a lei e os profetas" (vide, entre outros, São Mateus, capítulo 7, versículo 12) à lição psicológica de Aristóteles de que as relações amistosas da pessoa para com os outros derivam das suas relações amistosas para consigo mesmo[23].

Immanuel Kant discorre com especial lucidez a respeito do mandamento para amarmos nosso vizinho[24]. Amor é uma manifestação de sentimento, independentemente da vontade ou do desejo e não posso amar porque quero amar, e menos ainda porque devo amar, portanto não pode haver uma obrigação de amar. No entanto, a benevolência (*amor benevolentiae*) como maneira de agir, pode ser objeto de uma obrigação. A benevolência desinteressada é freqüentemente chamada — ainda que muito impropriamente — de amor.

Temos a obrigação, prossegue o grande pensador, de fazer o bem aos outros homens, de acordo com nossa capacidade, quer os amemos quer não. Em seguida Kant dá o toque mágico dizendo que aquele que pratica beneficência com freqüência e vê o sucesso de sua benevolência, chega, afinal, a

23 Aristóteles, Ética, livro IX, capítulo 4, GBWW, vol. 9, p. 419.

24 Immanuel Kant, Elementos Metafísicos da Ética, X, C, GBWW, vol. 42, p. 375; ver também Os Princípios Fundamentais da Metafísica da Moral, mesmo vol., p. 259.

amar o objeto de seu benfazer. Portanto quando está dito "E amarás teu vizinho como a ti mesmo" (Kant também se utiliza de vizinho e não de amigo) isto não significa Amarás teu vizinho como a ti mesmo e por força disto (em seguida) faze-lhe o bem, mas significa faça o bem a teu vizinho e este comportamento produzirá em ti o amor aos homens.

Esta uma magnífica lição de vida, que nos ensina que nossos atos têm o condão de transformar-nos, que o homem de natureza cândida que tiver de exercer as funções de carrasco da corte, tornar-se-á cruel, e que o homem duro e insensível que for destacado para distribuir caridade pública aos necessitados, com o tempo e o hábito transformar-se-á em pessoa bondosa e amorosa.

Alguns dentre vocês já tiveram a oportunidade de tomar conhecimento das teorias de Hans Kelsen, principalmente de seu *approach* sobre a hierarquia das normas. E no nosso tema de hoje, diz ele, que da norma que a pessoa deve amar seu vizinho derivam normas como não prejudicar o vizinho, ajudá-lo quando estiver necessitado e assim por diante. E se for perguntado, diz Kelsen, porque se deve amar o vizinho, a resposta será que este preceito deriva de uma norma ainda mais geral, digamos o postulado de que a pessoa deve viver em harmonia com o universo. Esta seria a norma definitiva, a norma mais básica, cuja validade pode parecer tão óbvia que não se sente a necessidade de perguntar a razão desta validade.[25]

Baseado no mandamento bíblico formulou-se a assim chamada Regra de Ouro, que em verdade tem duas versões, uma é de origem talmúdica e ordena "tudo que você não quiser que lhe ocorra, não faça acontecer a seu semelhante", fórmula negativa, e a outra é a formulação positiva que nos ordena fazermos aos nossos semelhantes tudo aquilo que gostaríamos nos fosse proporcionado. Nos Evangelhos encontramos ambas as fórmulas, a positiva e a negativa. Muito se discutiu sobre a fórmula preferida e parece-me que se pode ligar esta discussão àquela que questiona se o amor ao vizinho é equiparável ao amor próprio ou se o exemplo — amor a si mesmo — sempre superará a cópia — amor a outrem, debate que encontramos na Summa Teológica, de Aquino[26]. O debate é interessante, mas estaria me desviando do tema principal desta manhã e a manhã está por findar, pelo que me cabe concluir com mais algumas poucas considerações, que tocam mais de perto o aspecto jurídico da questão.

Narra o Talmud[27] que um gentio procurou o sábio Shammai, conhecido por seu rigor, e lhe pediu que o convertesse ao judaísmo sob a condição de

25 Hans Kelsen, Principles of International Law, p. 557-8.

26 Summa Teológica, GBWW, vol. 20, p. 512.

27 Talmud babilônico, Tratado Shabbat, 39a.

ensinar-lhe toda a Torah, ou seja toda a lei, no curto espaço de tempo em que ele agüentaria ficar equilibrado sobre uma perna apenas. Shammai, conta o Talmud, irritou-se com a pretensão, que considerou absurda e empurrou-o para fora de casa com uma régua de construção. Em seguida o gentio procurou Hillel, outro sábio talmúdico, conhecido por sua temperança e bom humor, apresentando-lhe o mesmo desafio, que Hillel aceitou dizendo-lhe "aquilo que você odeia, não faça a seu semelhante, esta é toda a Torah, o resto são comentários, vá e estude-os".

Segundo Paul Johnson, festejado historiador britânico contemporâneo, Jesus Cristo foi discípulo de Hillel[28], e portanto é fácil compreender a identidade que encontramos nas lições do mestre do Talmud e dos Evangelhos sobre a conexão entre o Amor e a Lei.

A colocação de Hillel assume importância ante a interpretação de uma autoridade talmúdica da Idade Média que explicou que Shammai afastou o gentio com a régua de construção como indicação de que assim como uma casa não pode ser construída sobre uma base apenas, também a Lei não pode subsistir sobre apenas um fundamento. O Direito, como a construção de uma habitação, necessita de muitas bases, inúmeros fundamentos, teorias várias que compõem a sinfonia jurídica, a harmoniosa dogmática erigida sobre os princípios gerais do direito, a analogia e as demais fontes de direito, não sendo possível sintetizar todo este manancial por meio de uma só expressão. Já Hillel adotou outra orientação: para ele há um fenômeno que capta toda a construção do Direito, um aspecto na vida social que é capaz de resumir todas as obrigações do homem para com seu semelhante, uma manifestação-mor que compreende tudo, engloba tudo, fundamenta tudo: é o Amor, o amor que ordena ao homem a compreensão pelo semelhante, a empatia pelo vizinho, a tolerância para com o estranho.

Diferentes povos, religiões diversas, nações várias tiveram a mesma inspiração, não importa a fórmula que criaram, todos compreenderam que o Direito jamais cumprirá sua missão, jamais alcançará seus objetivos se o homem viver sem amor pelo vizinho, pelo vizinho próximo, pelo vizinho distante.

Em Roma, Ulpiano proclamou a mensagem que Justiniano incluiu no Digesto e que tem sido transmitida de geração a geração de juristas: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Os princípios básicos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem e atribuir a cada um o que é seu.

Como exigir do homem que não lese aos outros, que reconheça o direito de cada um, sem inspirá-lo de compreensão pelas necessidades das pessoas,

28 Paul Johnson, A History of the Jews, p. 127-8.

sem que nele vibre o amor pela idéia da existência do outro, da sobrevivência, da felicidade de seu semelhante.

Como professor de Direito Internacional Privado, esta disciplina que indica a aplicação da lei estrangeira quando for mais ligada à hipótese jurídica, ciência que defende o universalismo jurídico, inspirada na magistral teoria de Savigny sobre a comunidade jurídica dos povos, hoje conceituada como a sociedade internacional, não poderia deixar esta oportunidade sem apontar para a lição que nos foi deixada pelo sábio mestre Werner Goldschmidt, que iniciou sua carreira na Alemanha, da qual conseguiu escapar quando sobre a mesma descambou a mais cruel e perversa negação do Direito e do Amor que o mundo jamais testemunhou, prosseguiu em sua dedicação ao estudo do Direito na Espanha e veio finalmente consagrar-se como o grande mestre do Direito Internacional Privado das Américas na sua cátedra em Buenos Aires, e que intitulou sua obra "Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia". Em seu prefácio diz o eminente mestre que a aceitação da extraterritorialidade do direito estrangeiro constitui uma manifestação de tolerância e que por isto não surpreende que esta ciência só veio a nascer no século XIII, que se quedou meio morta durante os séculos XVII a XIX, século este em que experimenta uma precária ressurreição. A intolerância e o uniformismo, diz Goldschmidt, acompanham a humanidade durante sua longa e dolorosa história. A intolerância pode, certamente, apagar a tolerância, mas a tolerância e intolerância não podem misturar-se como não se podem irmanar o fogo e a água. Reconhece o autor argentino que na luta entre a tolerância e a intolerância, esta tem triunfado por períodos mais longos do que aquela. Não se nega, portanto, que possa novamente ocorrer que se feche a noite sobre o Direito da Tolerância, mas, afirma que assim como a vitória da tolerância nunca é definitiva, menos o é sua derrota.

A letra da lei, a técnica legiferante, pode tudo, pode inclusive criar um código assassino, uma ordem sanguinária, o terror legalizado, a perversidade planejada para ser sistematicamente executada. Nós, os mais velhos neste auditório, testemunhamos em nossa vida como um povo tido como o mais civilizado, o mais culto, o mais estudioso, o mais sofisticado, juridicamente o mais preciso, montou por meio de leis e decretos, a mais desumana farsa jurídica, da qual, ouçam-me bem, participou praticamente toda a sociedade germânica e, para nosso horror, grande parte de seus juristas, dos seus professores de direito, seu ministério público e seus magistrados.

O assassinato frio de um milhão de crianças, a tortura lenta e inenarrável de jovens submetidos às mais brutais e desumanas experiências biológicas, a destruição de milhares de templos e bibliotecas centenárias, o transporte de velhos e infantes em carros hermeticamente fechados durante dias e noites, sem luz, sem água, quase sem ar, através das ferrovias européias rumo a

Auschwitz e aos outros campos de extermínio, tudo planejado e executado de acordo com ordens, regulamentos emanados das mais altas esferas de um governo que tecnicamente tivera origens lícitas, que tudo arquitetou partindo das leis de Nuremberg, que ordenaram a discriminação, a destituição, a desnacionalização (perda da nacionalidade), a desumanização. Tudo inspirado numa teoria política destituída de qualquer sentimento, uma lei sem humanidade, um Direito sem Amor.

Os mais jovens neste auditório muito pouco sabem da terrível catástrofe que se abateu naqueles negros anos da década de 40, não apenas sobre o povo judeu, eis que manchou a Cristandade e maculou a Humanidade, que permaneceram silentes e inertes diante da perversidade sádica de um povo animalizado. Ide assistir a esta peça cinematográfica criada pelo gênio hollywoodiano e tomai conhecimento de quão baixo o homem, uma nação, podem descer, juntamente com seu Direito, quando esquecem a mensagem de Hillel, incorporada por Cristo, como o fundamento do Direito.

Gostaria de deixar esta mensagem aos jovens que estão no processo de iniciação para uma vida ligada ao direito: não há direito — que em sua essência visa garantir a justiça, como formulado por Ulpiano — sem a tolerância pelo outro e sem o respeito pelo que é do outro, não há vida individual em paz com o universo, como formulado por Kelsen, sem a compreensão pelas necessidades do coletivo e de cada membro da coletividade, mensagem de que o direito pode ser uma norma fria e até cruel quando desvestido do espírito que o vivifica, mensagem de que a convivência humana em harmonia e tranqüilidade requer alma e não só norma, amizade e não apenas regras, que o respeito pelo alheio — base fundamental das relações humanas — não é alcançável sem amor pelo semelhante. Nesta mensagem vão se unir as lições religiosas do judeo-cristianismo, a filosofia dos gregos e o espírito jurídico dos romanos, numa magnífica confluência de propósitos que a nós todos cabe materializar em nossas vidas privadas e em nossa atuação profissional, trazendo nossa colaboração para uma vida erigida sobre o Direito e o Amor.

O ESPAÇO JURÍDICO-CRIMINAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O CRIME DO ART. 89 DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

JOÃO MARCELLO

1) — INTRODUÇÃO

A lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, com a redação que lhe deu o art. 3º da Lei nº 8.883, de 08 de julho de 1994, na Seção III de seu Capítulo IV, que trata das "sanções administrativas e da tutela judicial", definiu crimes e cominou penas.

Neste estudo, será examinado o tipo definido no art. 89 da mencionada lei, que, assim, estabelece:

> "Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
> Pena — detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

A simples leitura do texto transcrito evidencia a fragilidade das normas nele contidas, em conseqüência da imperfeição técnica com que foram construídas.

Não seria muito difícil fazer a crítica da lei nº 8.666/93. Mostrar as suas incoerências. Deixar de manifesto suas lacunas e imperfeições. Este, entre-

tanto, não é o objetivo do presente trabalho. Ao contrário, ele pretende tentar fazer aquilo que é o objeto da dogmática, reconstruir a norma, organizando-a dentro de um sistema lógico e, se possível, eficaz. A crítica ficará para outra oportunidade.

Seguindo orientação, há muitos anos, traçada por meu Mestre, *Roberto Lyra*[1] a seguir, serão analisados os seguintes aspectos da aludida infração penal: a) dispositivos pertinentes; b) "*nomen iuris*"; c) bem ou interesse jurídico protegido; d) tipo objetivo; crime de dano ou perigo, crime formal ou material; crime instantâneo ou permanente; crime comissivo ou omissivo; tentativa; e) tipo subjetivo; modalidade culposa; f) sujeito ativo da relação criminal; g) sujeito passivo da relação criminal; o) penas.

2) — DISPOSITIVOS PERTINENTES

Diversas normas constantes da Lei nº 8.666/93 estão relaconadas diretamente com o crime em exame.

Assim, "os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar" (art. 82). Trata-se de preceito legal supérfluo, que, em matéria de nada, diz tudo, pois o que nele se contém, nada mais é, senão, a repetição do princípio geral da responsabilidade e da independência entre a responsabilidde penal, administrativa e civil.

Já o art. 83, inova, ao estabelecer que "os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo".

A norma em exame comporta dupla interpretação em razão de seus defeitos de redação. Será possível admitir-se que a perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo seja uma conseqüência puramente de caráter administrativo e não-criminal. Admissível será entender-se, também, e ao contrário, que tal conseqüência tenha natureza penal.

A segunda opção, ajusta-se melhor à lógica global do texto, que é nitidamente uma norma de conteúdo penal. Em sendo assim, são necessários alguns comentários.

1 Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1964.

Em primeiro lugar, o legislador, aparentemente, teria feito renascer a figura da pena acessória, ao estabelecer para os servidores públicos, "além das sanções penais", a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Esta, entretanto, não parece ser a melhor interpretação, pois considerando o comando insculpido no art. 12 do Código Penal, as regras gerais do Código "aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Ocorre que, a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro abandonou o critério da anterior, qual seja, o de dividir as penas em principais e acessórias. Hoje, o magistério punitivo brasileiro prevê, apenas, as antigas penas principais, porém, sem tal denominação. Aquilo que, outrora, compunha o rol das penas acessórias, passou a ser tratado no Capítulo dos "efeitos da condenação", mediante regras próprias, dentre as quais se destaca aquela constante do parágrafo único, do art. 92, segundo a qual, "os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença". A declaração e a motivação na sentença adquiriram relevância especial.

Assim, o comando do art. 83 da nova Lei de Licitações deve ser interpretado segundo os critérios do Código Penal, salvo quanto à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada. Em outras palavras.

O art. 92 do Código Penal estabelece em seu nº I, que será efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a 4 (quatro) anos. Esta norma é, praticamente, a mesma, da contida no art. 83 da Lei de Licitações e Contratos, salvo no que se refere à necessidade, exigida pelo Código, de que, para que tal efeito seja declarado na sentença, a pena efetivamente imposta seja superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade.

Diante disso, nos crimes definidos na Lei de Licitações, o efeito da condenação para ser reconhecido em um determinado caso concreto, deverá ser declarado pelo juiz na sentença, seja qual for a quantidade de pena a que o funcionário público venha a ser condenado, seja em razão da prática de um crime consumado, seja na hipótese de mera tentativa.

O art. 84 da Lei de Licitações e Contratos, dá o conceito de funcionário público para os fins da lei nº 8.666/93. Tal norma é, também, dispensável, uma vez que o Código Penal, em seu art. 327, de maneira mais precisa, dá o conceito de funcionário público para fins penais e não, apenas, para alguns efeitos. O legislador de 1993, parece ter pretendido ir além daquilo que se contém no art. 327 do CP, mas findou por estabelecer confusão conceitual quando, em vez de continuar falando em funcionário público, como o faz o Código, empregou a expressão "servidor público". Em verdade, com a pre-

tendida ampliação do conceito de funcionário público, constante do art. 84, a Lei nada mais fez senão, estratificar em seu texto, a dimensão que a doutrina e a jurisprudência, deste há muito, dão ao art. 327 do Código Penal, inclusive quanto à, agora expressa, equiparação a servidor público, do empregado de sociedade de economia mista[2].

Seja como for, como o conceito contido no art. 84 se refere, exclusivamente, aos fins da Lei de Licitações e Contratos, somente serão considerados servidores públicos aqueles que exerçam cargo, função ou emprego, ainda que transitoriamente e sem remuneração, vinculados a entidades que estejam sujeitas ao processo licitatório. Estas, segundo o estatuído no parágrafo único do art. 1º, são "além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

Por seu turno, as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 e as de inexigibilidade, no art. 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3) — *NOMEN IURIS*

A estrutura da Lei nº 8.666/93 é diferente daquela adotada pelo Código Penal. Este, como se sabe, possui duas partes, cada uma delas dividida em Títulos, os Títulos em Capítulos, os Capítulos em Seções, as Seções em artigos, os artigos em parágrafos, os parágrafos em números e os números em letras. Os Títulos, Capítulos e Seções possuem epígrafes e os artigos e parágrafos são precedidos por ementas, rubricas, ou cotas marginais.

As epígrafes expressam os bens ou interesses jurídicos protegidos e as ementas, rubricas ou cotas marginais contêm o "*nomen iuris*".

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos está dividida em Capítulos e Seções apenas, e os artigos não possuem ementas. Por esse último motivo não foram atribuídos "*nomina iuris*" aos delitos nela definidos.

Para dar nome a um delito o legislador deve buscar, fundamentalmente, sintetizar na ementa o conteúdo da ação, expressa através do verbo do crime. No injusto típico em exame, o núcleo do tipo está na ação de dispensar ou inexigir licitação. Entretanto, esses verbos estão intimamente ligados a um elemento normativo do tipo, qual seja, atuar "fora das hipóteses previstas em

2 *Alberto Silva Franco e outros*: Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 4ª ed., 1993, p. 1.675 e ss.

lei" e a algo que não está explicito na definição legal, isto é, a contratação com a Administração. Diante dessa impregnação normativa, o "*nomen iuris*" de tal crime poderia ser: "dispensa ou inexigibilidade ilegal".

4) — BEM OU INTERESSE JURÍDICO PROTEGIDO[3]

O art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que: "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos". Em suma, o processo licitatório interessa tanto à Administração, quanto aos particulares que com ela desejam contratar, predominando, entretanto, o interesse da Administração.

A Administração Pública tem interesse em selecionar a melhor proposta, que lhe proporcione a necessária economicidade relativamente às obras, serviços, compras, alienações e locações que contratar e em garantir a igualdade entre os concorrentes.

É esse interesse da Administração, que o legislador pretendeu proteger através da criminalização da conduta descrita no tipo constante do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Trata-se, portanto, de um crime contra a Administração Pública praticado por quem está a seu serviço, o servidor público.

Quando da publicação da lei em tela, pretendeu-se ver nos crimes nela definidos, verdadeiros crimes contra a ordem econômica, na suposição de que os aspectos preponderantes de tais crimes seriam aqueles relativos aos interesses econômicos dos particulares que contratam com a Administração.

3 O fundamento científico da teoria do bem jurídico ainda não está definitivamente estabelecido: *Claus Roxin*: L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi; *in* AA.VV. Metodologia e problemi fundamentali della riforma del Codice Penale, 1981, p. 34. No mesmo sentido, *Giovanni Fiandaca*: Il "bene giuridico" come probleme teorico e come criterio di politica criminale; *in Alfonso M. Stile* (a cura): Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 7. Para *Giorgio Marinucci*: Relazione di Sintesi, do Seminário "O Bem Jurídico e a Reforma da Parte Especial", organizado pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, em Siracusa, de 14 a 18 de outubro de 1981, o bem jurídico é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva.

Tal parece não ocorrer, pois prevalece no injusto típico o interesse da Administração. Além disso, para que tal crime ofendesse a ordem econômica seria necessário que o bem jurídico tivesse caráter supra-individual, o que também não acontece[4], pois o interesse imediato da Administração é um bem jurídico individual e não supra-individual.

5) — TIPO OBJETIVO[5]

O tipo do art. 89 possui conteúdo variado. O tipo objetivo, em sua primeira forma, caracteriza-se pela ação de dispensar licitação, fora das hipóteses previstas em lei. A segunda forma prevista materializa-se na ação de reconhecer inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses previstas em lei. Finalmente, o crime poderá ser cometido ainda, pela ação de deixar de observar formalidade essencial pertinente ao processo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. Em todas as hipóteses há o fim de beneficiar alguém, outorgando-lhe um contrato com a Administração. A Lei não alude a essa especial finalidade de agir, mas ela existe, tanto assim, que o parágrafo único lhe faz expressa referência.

No parágrafo único está prevista a seguinte hipótese: contratar com a Administração, beneficiando-se de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a qual, comprovadamente, concorreu. Aqui o crime é do particular contra a Administração.

Na primeira modalidade, o funcionário público declara a dispensa a licitação, quando deveria, por força das normas legais, ordenar a realização do processo licitatório. Na segunda, reconhece a existência de alguma daquelas situações que tornam inexigível a licitação, quando, ao contrário, deveria, também, promover a licitação. A terceira modalidade prevista no tipo, refere-se a qualquer outra atividade que importe em violação das regras relativas à dispensa ou à inexigibilidade. Aqui a dispensa ou a inexigibilidade pode ser lícita, porém, o funcionário deixa de atender a alguma formalidade essencial exigida pela lei.

Trata-se de um "delito obstáculo", pois na realidade o que a Lei deseja é punir a celebração de contratos administrativos com violação da regra da isonomia e da seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, verificada esta mediante os princípios básicos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O crime, ora em exame, alcança o funcionário público que, contrariando as normas legais, pratica ato administrativo que importe em autorizar dispensa de licitação ou em declará-la inexigível. Ocorrerá o delito, por exemplo, quando for declarada situação de emergência inexistente, ou reconhecida a notória especialização de contratante que não possua tal qualidade.

No crime definido no parágrafo único, o particular contrata com a Administração beneficiando-se de uma dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual concorreu. Para a caracterização do crime será indispensável que o contratante beneficiário, de alguma forma, material ou psicológica, concorra efetivamente para que o funcionário tenha declarado ou reconhecido, ilegalmente, a dispensa ou a inexigibilidade. Existirá concurso de crimes, quando a concorrência do contratante para a ilegalidade caracterize outro delito.

5.1. O ESPAÇO JURÍDICO-CRIMINAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A norma referida, na sua aplicação prática, apresentará extremas dificuldades, uma vez que está incrustrada no campo da interpretação legislativa e no do ajustamento do fato à norma, ou seja, em terreno quase exclusivamente subjetivo, no qual as interpretações podem variar.

Tal fato, cumulado à função preventiva e controladora dos Tribunais de Contas irá gerar o que denomino "espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas".

A punibilidade do crime em tela não irá depender, exclusivamente da conduta física do agente da Administração, mas, também, da solução que vier a ser dada, caso a caso, pelo Tribunal ao efetuar o controle externo dos atos de dispensa e inexigibilidade.

A Constituição Federal, em seu art. 70, estabeleceu que a "fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à *legalidade, legitimidade, economicidade*, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema

4 Nos atuais Estados Democráticos de Direito, os bens jurídicos a serem selecionados não se limitam mais aos "naturais" e ao patrimônio individual. Hoje a inserção social do homem é muito mais ampla do que outrora, abrangendo outras facetas da vida, tais como o direito a um ambiente sadio, a equilibradas relações de consumo, a um humano ordenamento urbano, a uma eficiente e justa ordem econômica. Esses novos bens jurídicos não dizem respeito direta e exclusivamente a um indivíduo ou a um grupo deles, mais sim a todos genérica e indistintamente. Daí serem denominados bens jurídicos supra-individuais (*João Marcello de Araujo Junior*: Los Grandes Movimentos Actuales de Política Criminal — aspectos; *in* Boletin de Información del Ministerio de Justicia, nº 1.439, Madrid, 1986, p. 12). No mesmo sentido, *Juan Bustos Ramirez*: Perspectiva Actuales del Derecho Penal Económico, *in* Revista Peruana de Ciencias Penales, nº 1, Lima, 1993, p. 65.

5 A palavra *tipo*, da forma latina *typus*, é originária do grego, onde, a despeito de outras acepções, significava exemplo, modelo e daí, valorativamente, protótipo ou arquétipo. Sobre os diversos significados da palavra tipo, *v. Misabel de Abreu Machado Derzi*: Direito Tributário, Direito Penal e Tipo, São Paulo, RT, 1988, p. 21 e ss.

de controle interno de cada Poder". Complementando a norma transcrita, o art. 71 da Constituição estatui: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União..." Por último, o art. 75 de Lei Maior dispõe que "As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados..."

Para os fins da Constituição, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 113, determinou que: "*O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente*, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto."

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar nº 63/90, Lei Orgânica do Tribunal de Contas, expressamente, em seu art. 3º, nº XX, determina: "Compete, também, ao Tribunal de Contas: ...verificar a *legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação*, como disposto em ato próprio do Tribunal."

Atendendo a esse último comando legal, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, baixou "ato próprio", a Deliberação nº 174, de 29 de julho de 1993, na qual, em seu art. 1º, nº 2, impõe o seguinte: "Para os fins do disposto na Lei Federal nº 8.666/93, art. 113, § 2º, os órgãos dos Poderes do Estado e dos Municípios e seus órgãos da Administração indireta, compreendendo fundos, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado e pelos Municípios, encaminharão ao Tribunal de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias: ... II — do prazo fixado para publicação (Lei Federal nº 8.666/93, art. 26), *cópia dos atos de dispensa ou de reconhecimento da inexigibilidade de licitação, devidamente fundamentados e com justificativa pormenorizada, acompanhada da respectiva publicação*, de valores superiores aos limites fixados no art. 2º, § 1º desta deliberação;"

Os atos administrativos de dispensa a inexigibilidade de licitação estão, portanto, sujeitos ao controle externo, preventivo, do Tribunal de Contas, Pelos prazos estabelecidos na Resolução 174/93, os atos de dispensa e de inexigibilidade devem ser, conhecidos, corrigidos ou declarados anuláveis pelo Tribunal de Contas antes, da celebração dos contratos deles decorrentes (fato que na prática nem sempre ocorre).

A existência de tal controle externo não importa em dizer que o ato administrativo de dispensa ou de inexigibilidade seja composto ou complexo, uma vez que estamos diante de vontades administrativas diversas: de um lado

a vontade executiva da Administração, formadora do ato de dispensa e de inexigibilidade, e de outro, a vontade controladora do Tribunal. Esta não integra o ato nem lhe dá eficácia, pois este estará pronto e acabado no momento em que o funcionário declara a dispensa ou a inexigibilidade e, ganhará eficácia, com ratificação por parte do superior hierárquico.

Entretanto, isso não bastará para que a conduta funcional seja punível, pois como se sabe, milita em favor da Administração a presunção de legalidade de seus atos. Assim, para que a conduta funcional seja punível, é indispensável a inversão dessa presunção. Tal acontecerá no momento em que o Tribunal de Contas, através do exercício do seu poder de controle declarar a ilegalidade do ato. Até que tal declaração ocorra, o ato da Administração é presumidamente legal.

Diante disso, a decisão do Tribunal funcionará como verdadeira condição objetiva de punibilidade, não escrita e supralegal, mas indispensável à punibilidade. O mesmo ocorrerá se a ilegalidade for declarada pelos órgãos de controle interno ou, diretamente, pelo Poder Judiciário. Em qualquer situação, a punibilidade estará condicionada à existência de um ato que rompa a presunção de legalidade dos atos administrativos.

O Tribunal de Contas ao examinar os procedimentos de inexigibilidade e dispensa de licitação irá declarar em seu acórdão, se a conduta do administrador violou ou não as hipóteses previstas na lei. Somente a partir da decisão do Tribunal, efetuando o controle externo dos atos da Administração, será possível o reconhecimento da ocorrência do tipo objetivo do crime. Antes, o administrador estará sempre coberto pela presunção de legalidade e legitimidade, que envolve os atos administrativos.

Assim, a decisão do Tribunal que analisar as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação funcionará, como já ficou dito, como verdadeira condição objetiva de punibilidade[6] extralegal, em relação a tal crime. Somente a partir dela o delito será punível e o Ministério Público legitimado para atuar contra o seu autor.

Além disso, a decisão do Tribunal de Contas conterá os elementos que

6 Sobre a natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade v. *Hans-Heinrich Jescheck*: Tratado de Derecho Penal, parte general, vol. II, Barcelona, Bosch, 1981, p. 763. Também, *Eugenio Raúl Zaffaroni*: Manual de Derecho Penal, parte general, Buenos Aires, 1986, p. 645, embora negue a existência das condições objetivas de punibilidade, por entender que elas violam o dogma da culpabilidade. Por isso, prefere considerá-las, umas, como elementos do tipo objetivo e outras, como "condições processuais de operatividade da coerção penal". A prevalecer este último entendimento de *Zaffaroni*, a situação do art. 89 da Lei de Licitações identificar-se-ia como uma dessas "condições processuais de operatividade da coerção penal".

permitirão saber se a violação à lei foi ou não grosseira, se o dolo é ou não manifesto, se houve ou não grave lesão ao interesse jurídico protegido.

Fica assim caracterizado, o *"espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas"*. Uma função nova que possui importantes conseqüências na esfera da ordem jurídico-penal.

5.2. CRIME DE DANO OU DE PERIGO, MATERIAL OU FORMAL

A hipótese em exame é de um crime material e de dano e não de crime de perigo obstrato[7], embora se trate de um delito obstáculo. O dano está na violação ao interesse da Administração em cumprir a regra da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa. Tal violação ocorre quando uma licitação deixa de ser realizada por ser considerada, ilegalmente, dispensável ou inexigível. Este é um resultado material e externo à conduta do autor.

No crime em exame existe um dano *sui generis*. Este é causado ao próprio interesse de regularidade, transparência e licitude da atividade administrativa e não ao interesse patrimonial da Administração[8]. Sem dúvida existe uma forte aparência de crime de perigo abstrato, vinculado à idéia de que, com ele se estaria prevenindo a ocorrência de um contrato economicamente prejudicial à Administração, que seria o resultado final da conduta criminosa. Entretanto, o contrato desvantajoso para a Administração será, apenas, exaurimento do crime em questão. O dano é a lesão ao interesse supra-referido.

5.3. CRIME INSTANTÂNEO OU PERMANENTE

Trata-se de crime instantâneo, que se consuma no momento em que o ato de declaração da dispensa ou o de reconhecimento da inexigibilidade é firmado, embora deva, ainda, ser ratificado pela autoridade superior e publicado (art. 26).

Os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação participam da natureza dos chamados atos administrativos compostos, ou seja, daqueles que para sua perfeição exigem a conjugação homogênea de duas ou mais vontades. No caso, a do servidor público que declara a dispensa ou reconhece a inexigibilidade e a da autoridade superior que a ratifica e manda publicar o ato. O

7 Em sentido contrário, *Vicente Greco Filho*: Dos Crimes da Lei de Licitações, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 11.

8 Sobre o tema do dano *sui generis*, veja-se *João Marcello de Araujo Junior*: Crimes contra a Ordem Econômica, São Paulo, RT, 1995. Também, *Damásio E. de Jesus*: Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo; *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, nº 4, outubro-dezembro, 1993, São Paulo, RT, p. 81.

crime consuma-se com a manifestação da primeira vontade, que é a formadora do ato. A segunda vontade, dá ao ato, apenas, eficácia.

Trata-se de crime instantâneo, com efeitos permanentes.

Na modalidade criminosa prevista no parágrafo único do art. 89, o crime é também instantâneo, porém, sua consumação ocorre com a lavratura do contrato conseqüente da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual o autor concorreu.

5.4. CRIME COMISSIVO OU OMISSIVO

Nas duas primeiras situações previstas no "caput" do art. 89, o crime é comissivo, pois o autor pratica uma ação que a lei não queria que ele praticasse. O mesmo acontece, na modalidade definida no parágrafo único. Entretanto, na terceira situação constante da cabeça do artigo, o crime é omissivo, uma vez que o autor deixar de fazer alguma coisa que a lei lhe determinava fazer. Há violação de um dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora[9].

Assim, por exemplo, na hipótese de o funcionário que declarou a dispensa ou reconheceu a inexigibilidade deixar de submeter o ato à homologação do superior hierárquico, estará ele deixando de fazer alguma coisa que a lei lhe exigia fazer, ou seja, dar cumprimento a uma formalidade essencial.

5.5. TENTATIVA

Salvo no que se refere à modalidade omissiva, omissão pura, na qual a tentativa não é admissível, o momento consumativo das demais hipóteses criminosas previstas no tipo do crime é fraccionável no tempo, logo, a tentativa é teoricamente possível. Do ponto de vista prático, salvo no que se refere à situação prevista no parágrafo único, entretanto, será muito difícil a caracterização da tentativa.

6) — TIPO SUBJETIVO; MODALIDADE CULPOSA

Do ponto de vista subjetivo o crime em exame caracteriza-se pela vontade dirigida ao resultado de violação da regra da isonomia e da apuração de proposta mais vantajosa para a Administração, através da declaração ilegal de dispensa ou de inexigibilidade.

9 *Damásio E. de Jesus*: Direito Penal, 1º vol., Parte geral, São Paulo, Saraiva, 15ª ed., 1991, p. 209.

O dolo é portanto genérico. Embora toda a conduta do agente seja praticada tendo em vista a celebração de um contrato que beneficie determinado indivíduo, a lei, no "caput" do artigo, não fez referência a tal circunstância. Em conseqüência disso, não há como se falar em dolo específico. Nesse ponto a lei foi sábia ao abandonar um velho costume das legislações latinas[10]. Realmente as legislações latinas, tradicionalmente, têm o costume de recorrer aos elementos subjetivos, gerando com isso sérias dificuldades práticas no campo da prova. No caso em tela, o legislador assim não desejou, se limitando a punir o comportamento objetivo de declarar a dispensa ou de reconhecer a inexigibilidade de licitação, ao qual ligou a vontade do autor.

Não há previsão de modalidade culposa.

7) — SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO CRIMINAL

Nas modalidades previstas no "caput" do art. 89, há um crime do funcionário público. Especificamente, daquele que declara ou reconhece a dispensa ou a inexigibilidade. O sujeito ativo poderá agir isoladamente ou em concurso com outros servidores públicos. Convém destacar que a participação do particular que objetiva contratar com a Administração, beneficiando-se da dispensa ilegal, caracterizará delito autônomo, previsto no parágrafo único, podendo, como já ficou dito, ocorrer concurso de crimes.

Questão interessante, que certamente despertará inúmeros problemas, será a de saber-se se a autoridade superior que ratifica a dispensa ou inexigibilidade ilegal participa ou não do crime. O assunto não foge à teoria da participação.

Caso exista prévio ajuste entre o funcionário e o superior hierárquico, não há dúvida quanto à co-participação, entretanto, se o dolo do superior for posterior à formação do ato, o superior estará cometendo um outro crime, pois não há participação após a consumação do crime. Trata-se daquilo que a doutrina denomina *participação post factum*.[11]

8) — SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO CRIMINAL

Sujeito passivo de um crime é o titular do bem ou interesse jurídico protegido. Assim, sujeito passivo será a Administração Pública.

10 *Klaus Tiedemann*: Crimes contra a ordem sócio-econômica, *in* Conclusões do XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, AIDP, 1994.

11 *Jair Leonardo Lopes*: Curso de Direito Penal, São Paulo, RT, 1993, p. 171.

9) — PENAS

A pena cominada ao crime do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, que é mais leve que a prevista para o crime de corrupção passiva.

Convém relembrar aqui o que ficou dito com relação à norma pertinente constante do art. 83, caso se entenda que tal matéria tenha caráter penal e não puramente administrativo.

NOTAS SOBRE ALGUNS FATORES EXTRAJURÍDICOS NO JULGAMENTO COLEGIADO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. *Delimitação do objeto do trabalho* — Duas ou três palavras introdutórias ajudarão a delimitar e aclarar o objeto deste trabalho. Antes de mais nada, cabe prevenir o risco de interpretações maliciosas. Os farejadores de escândalos debalde procurarão aqui denúncias de concussão, corrupção passiva, prevaricação ou qualquer outra figura delituosa em que porventura haja incidido algum juiz, com repercussão em julgamento colegiado de que estivesse participando. Em nossas atuais cogitações, deixamos de lado, em princípio, não apenas os casos extremos de mercadejo de votos, senão também, de modo geral (embora não absoluto, consoante se verá), outras formas e causas, mais sutis e decerto mais freqüentes, de manifestação inspirada menos no convencimento racional do votante que noutros acidentes mentais ou espirituais que lhe possam ocorrer, como a predisposição para atender a pedido de pessoa amiga, a incapacidade de resistir a promessas ou ameaças de todo tipo, ou o desejo puro e simples de agradar (ou desagradar) a alguém.

Um pouco mais perto do foco da nossa atenção situa-se a problemática atinente à influência que sobre o modo de votar exerce a personalidade de cada juiz, como tal entendido o complexo dos traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade — tudo, enfim, que dele faz um *unicum* na espécie. Aí se compreenderiam desde características somáticas do magistrado — v.g., sexo, idade, cor de pele, condições de saúde física etc. — até elementos relativos ao seu *background* familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (e preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida afetiva, e por aí afora. É notório que todos esses dados costumam repercutir de maneira sensível na posição que o juiz adote em face de tal ou qual questão submetida a seu exame; e a influência subirá de ponto

à proporção que aumente na matéria o teor *valorativo* das possíveis opções, conforme acontece, por exemplo, sempre que a norma aplicável se reporta a parâmetros axiológicos ou utiliza conceitos jurídicos indeterminados do tipo de ''necessidades pessoais'', ''uso regular'', ''interesse público'' e tantos outros análogos, encontradiços a cada passo nos textos legais. Isso para não falar nas hipóteses em que, silente a lei, se torna preciso recorrer aos princípios gerais do direito — campo onde cada qual se moverá, em boa medida, sob o impulso de crenças e idéias personalíssimas.

Por fascinante e promissora que seja, entretanto, não é tampouco semelhante linha de perquirição que agora nos atrai com maior força. Para dizer a verdade, dela, e em geral da temática indica nos parágrafos antecedentes, não será possível fazer aqui abstração completa: mais cedo ou mais tarde, teremos de aproximar-nos desses caminhos, quando não de cruzá-los. Mas nenhum deles fornecerá o traçado básico do nosso roteiro.

O filão que de preferência nos propomos explorar é passível talvez de ser designado como o do influxo que o julgamento colegiado pode receber — ou antes, em nossa opinião, inevitavelmente recebe — das *circunstâncias* sob as quais se realiza. Falando de ''circunstâncias'', queremos referir-nos, essencialmente, ao *lugar*, ao *tempo* e ao *modo* do julgamento. Perceberá o leitor, porém, que não seria rigorosamente exato enunciar assim o nosso programa. De um lado, as observações que vamos registrar não pretendem cobrir de maneira *exaustiva* todos os aspectos do julgamento colegiado enquadráveis naquelas categorias — até porque vários deles possuem índole eminentemente *técnico-jurídica*: basta pensar nos requisitos *formais* previstos nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. De outro lado, será praticamente inevitável transpor, aqui e ali, as divisas acima sugeridas, para aventurar-nos, ao menos por algum tempo, em terrenos circunjacentes: já ficou dito, e agora se repete, que não hesitaremos, sempre que nos pareça oportuno, em introduzir nesta reflexão — embora à guisa de simples tempero... — ingredientes de natureza diversa, como os fornecidos pelas características pessoais dos juízes. Esclareça-se, sempre em linha de princípio, que só nos ocuparemos de circunstâncias presentes *no próprio julgamento*; não daquelas que, conquanto suscetíveis de influenciá-lo, lhe sejam estranhas do ponto de vista cronológico ou topológico: assim, *v. g.*, a existência de campanha promovida, através da imprensa ou de outros meios de comunicação social, por grupos de pressão empenhados em que um processo tenha este ou aquele desfecho. Fenômenos do gênero[1] apenas poderão interessar-nos, a título excepcional, quando atinjam o desenrolar do julgamento, em si mesmo.

1 Abrangidos, registre-se de passagem, pela temática do Congresso da Associação Internacional de Direito Processual realizado em Würzburg, em 1983. Um dos tópicos, intitulado

Convém acrescentar ainda uma advertência. Em boa parte, as considerações que se vão seguir não são a rigor peculiares ao julgamento *colegiado*: dos fatores extrajurídicos que nelas se buscará identificar e — na medida em que o consintam as dimensões apropriadas ao trabalho — analisar, não poucos afetam também as decisões dos órgãos monocráticos. Não nos pareceu que fosse razão bastante para deixá-los de fora. Eles serão levados em conta *juntamente* com outros que sem dúvida dizem respeito, de maneira exclusiva, à modalidade de julgamento aqui focalizada, a única, diga-se de passagem, de que tem experiência pessoal o autor[2] — explicação com que o leitor terá de contentar-se, na falta de melhor, para a escolha do tema...

2. *O lugar do julgamento: a) a localização do prédio* — Comecemos, então, pelos dados atinentes ao lugar do julgamento. Hoje em dia, em nosso país e em tantos outros, as sessões dos órgãos colegiados realizam-se normalmente em recintos concebidos e preparados com essa precípua destinação, no interior de prédios construídos (ou reformados) para abrigar os tribunais.[3] Terá caráter de exceção, e pode aqui ser desprezada, a eventualidade de vir algum órgão a reunir-se alhures.

Bem se compreende a relevância que pode assumir a localização do edifício onde funciona o colegiado. Uma coisa é julgar em local tranqüilo, propício à reflexão, imune a burburinhos capazes de distrair a atenção dos votantes; outra é ter de formar convicção sobre questões não raro difíceis e complexas em atmosfera buliçosa, conturbada, sujeita a cada momento às mais variadas interferências. Em compensação, um isolamento excessivo pode contribuir para encerrar os juízes na famosa ''torre de marfim'' e fazê-los

Interference in the Pending Judicial Process, tratava precisamente, entre outras coisas, da influência dos *mass media* em processos e julgamentos. O relatório geral, da autoria de DAMASKA, está publicado no volume *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung / Effectiveness of Judicial Protection and Constitucional Order*, ed. HABSCHEID, Würzburg, 1983; vide, aí, p. 452 e segs.

2 A rigor, tal experiência é restrita a determinado tipo de órgão colegiado. Não se estende ao tribunal do júri (ao qual, no entanto, se fará uma ou outra referência ocasional), nem aos órgãos de composição mista (juízes togados e juízes leigos), como os da Justiça do Trabalho. Compreende-se que neles eventualmente revistam feição particularizada os fatores de que nos ocupamos neste trabalho, e também que se manifestem outros, de índole especialíssima.

3 Ao menos nas sociedades ditas civilizadas, passou o tempo em que ''*Court sessions were held in public and often in the open air*'' (VAN CAENEGEM, *History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, *Civil Procedure*, ed. CAPPELLETTI, p. 8). Bem se compreende que assembléias populares, convocadas para participar de julgamentos, se contivessem mal em recintos fechados. Duelos judiciários e outros modos outrora usados para resolver litígios melhor se acomodavam em espaços abertos. Aos apreciadores do teatro lírico recordaremos a cena do julgamento de Elsa de Brabante, à margem do Rio Escalda, no primeiro ato do *Lohengrim*, de WAGNER.

perder contato com o mundo exterior, no qual se destinam a surtir efeitos, afinal de contas, as suas deliberações. De uma forma ou de outra, e como quer que se devam valorar semelhantes fenômenos, o que ninguém negará é a possibilidade de que eles repercutam no teor da votação.

Item de certa importância é o do acesso ao ponto em que se situa o prédio, bem como ao respectivo interior. O ser bem ou mal situado — inclusive quanto aos meios de transporte, ou fluxo do trânsito, e assim por diante — pode fazer variar a rapidez com que cheguem ao prédio os membros do órgão julgador, e em conseqüência a probabilidade de atrasos (nem sempre suscetíveis, diga-se de passagem, de explicações do gênero...). Ora, a ausência deste ou daquele juiz que se atrase, ou que se retire mais cedo para evitar demora indesejável na volta a casa, influirá decisivamente no resultado de tal ou qual votação, e portanto na sorte de tal ou qual processo. Em grau menor, mas nem por isso desprezível, importa aqui a facilidade de movimentação dentro do edifício; talvez seja o caso de levar em conta, sob certas circunstâncias, até a disponibilidade (e, quem sabe, a velocidade) de elevadores.

Mas não é só o acesso dos *juízes* que interessa neste contexto: também o dos funcionários que os auxiliam, o dos advogados e — *last but not least* — o dos interessados em assistir ao(s) julgamento(s), e eventualmente em influir nele(s), pela simples presença ou por outros meios mais conspícuos. A tal propósito, cabe igualmente uma alusão à possibilidade de se utilizarem espaços contíguos ao prédio, ou próximos dele, para demonstrações de massas populares (ou de grupos sectários), favoráveis ou desfavoráveis a este ou aquele desfecho para determinado pleito.[4] Se a localização é propícia, e não há obstáculo à manifestação[5], é bem possível, aqui e ali, que ao menos parte dos votantes se deixe influenciar. Isso *a fortiori* sucederá se os manifestantes

4 "*Interference in the pending process by members of the public takes two main forms. One is to exert pressure at trials or disrupt them, the other to engage in demonstrations in or around the courthouse*" (DAMASKA, relat. cit., ibid., p. 452). Nenhuma das duas classes de episódios, convém notar, tem ocorrido no Brasil com grande freqüência e intensidade. Entre os do segundo tipo, acode-nos à memória o rumoroso julgamento, realizado há alguns anos pelo tribunal do júri em Cabo Frio, de notório personagem, acusado de matar a mulher, muito popular em certas rodas sociais. Grupos femininos tentaram pressionar os jurados, cercando o prédio com cartazes e faixas em que se reclamava a condenação; o réu, porém, acabou por ser absolvido.

5 Segundo informa STÜRNER, no relatório da então Alemanha Ocidental sobre o tema e para o congresso mencionados em a nota 1, supra, com invocação do § 106 a do Código Penal (*Strafgesetzbuch*) e do § 16, 1ª parte, da *Versammlungsgesetz*, são proibidas manifestações nos arredores da Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*): vide o vol. *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung — Die deutschen Landesberichtezum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht*, ed. GILLES, Colônia — Berlim — Bonn — Munique, 1983, p. 190.

puderem penetrar no edifício, ou até no recinto do julgamento, e nele externar-se por aplausos, vaias, exibição de cartazes, gestos ameaçadores ou insultuosos, palavras de ordem ditas em coro... Em casos extremos, configurar-se-á perturbação ou mesmo impedimento dos trabalhos; mas essas são hipóteses que, pela raridade e pelo estridente teor patológico, excedem os limites fixados ao artigo.

3. *O lugar do julgamento: b) o tamanho do recinto* — Como é natural, são bastante variáveis, em função de multiformes fatores, as características dos recintos onde se julga. Há uma diferença óbvia, que decorre diretamente da composição do colegiado: em regra, a órgãos mais numerosos serão destinados espaços mais amplos. Essa dessemelhança já sugere um primeiro reparo: é que, de ordinário, existe um *tamanho ideal*, por assim dizer, do ponto de vista do rendimento do trabalho.

Abaixo desse patamar, atuarão desfavoravelmente condições como o desconforto dos votantes ou a excessiva proximidade entre estes (e a de outras pessoas presentes, por exemplo advogados e partes), ainda fora dos casos de superlotação do recinto.[6] Entre as conseqüências habituais incluem-se: a diminuição da resistência dos juízes ao passar do tempo; a facilitação de conversas "particulares", nem sempre acerca de questões atinentes ao julgamento em curso; a maior exposição de cada juiz a pressões exercidas pelos colegas ou por outras pessoas, inclusive espectadores. Ou fica prejudicada a concentração, ou cresce o perigo de interferências, ou ambas as coisas ocorrem ao mesmo tempo... Em qualquer caso, poderão sofrer bastante a autenticidade e a qualidade dos votos — e, eventualmente, modificar-se até o resultado da votação.

Acima do patamar "ideal", configuram-se riscos de outra feição, mas nem por isso menos notáveis. Eventual excesso de distância entre os assentos dos juízes e a tribuna dos advogados, por exemplo, será talvez funesto para a atenção que prestem aqueles ao que disserem estes na sustentação oral de suas razões; e, se algum argumento decisivo vier a ser apresentado sob tais circunstâncias, dificilmente se lhe dará, na votação, o devido peso. Pioram as coisas, é óbvio, se o advogado não conseguir fazer-se ouvir com clareza, seja porque não disponha dos recursos vocais necessários, seja porque não funcione bem o sistema de som, seja porque ruídos provenientes do exterior penetrem na sala com muita força, e assim por diante. Em recinto grande demais, o interesse dos juízes pode desviar-se com maior facilidade para pontos estranhos ao *thema decidendum*. Afrouxa-se quase inevitavelmente o

6 Tais casos não são tão raros quanto se poderia supor. Os exemplos mais comuns situam-se entre os processos do interesse de extensas categorias de pessoas (notadamente funcionários públicos), ou relativos a questões políticas ou criminais de grande repercussão.

controle exercido pelo presidente da sessão. Torna-se menos provável que todos os membros do colegiado se mantenham constantemente "ligados" à discussão das questões relevantes. Disso podem resultar votos pouco conscientes, emitidos sem grande convicção, quando não lançados pura e simplesmente na esteira de algum outro anterior, sobretudo na do relator do processo, que se verá passivamente "acompanhado" por uma série de pronunciamentos sem luz própria.

4. *O lugar do julgamento: c) outros aspectos* — Além dos já focalizados, vários outros elementos costumam exercer influência sensível, notadamente na medida em que concorrem para favorecer ou para dificultar a concentração dos votantes: por exemplo, a temperatura ambiente, a iluminação, a maior ou menor intensidade dos ruídos, etc.

Merecem referência especial os assentos destinados aos juízes. Cadeiras desconfortáveis não os encorajam a permanecer na mesma posição, ou sequer sentados, por tempo longo; tendem a provocar deslocamentos e, com eles, distração. Por outro lado, cadeiras *muito* confortáveis talvez funcionem como chamariz para a sonolência e aumentem o perigo de ver-se este ou aquele juiz apanhado no melhor de um cochilo, ao chegar sua vez de votar... Pode até acontecer que saia correto o voto; mas, convenhamos, seria arriscado contar com a probabilidade da coincidência![7]

Quanto à disposição dos assentos, registraram-se acima os riscos seja da proximidade exagerada, seja do afastamento excessivo entre eles. Aluda-se agora à distribuição dos juízes no recinto: para a posição a ser tomada por algum deles na votação, talvez não se mostre irrelevante a circunstância de ter assento perto de determinado(s) colega(s), com quem goste de trocar idéias e aconselhar-se em momentos de dúvida. Importa saber se a colocação dos votantes lhes permite a todos ver e ouvir perfeitamente qualquer juiz que, em dado momento, use da palavra, e a este, por sua vez, enxergar com clareza as fisionomias dos outros, a fim de captar — na medida do possível — a

7 Já se impugnou, mais de uma vez, perante altos tribunais, a validade de julgamento colegiado por estar adormecido algum juiz durante a discussão da causa... Na Alemanha, o *Reichsgericht* primeiro rejeitou a argüição; mas, em decisão posterior, "affermò che il collegio giudicante non è legalmente composto quando ne fa parte un giudice continuativamente incapace di seguire quanto si svolge nell'udienza, e che di conseguenza il sonno continuato del giudice può essere dedotto come motivo di nullità della sentenza" (CALAMANDREI, *La distrazione dei giudice come motivo di mullità della sentenza*, in Riv. di dir. proc. civ., vol. XV, 1938, p. 255). Evolução semelhante experimentou a jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa: dois anos depois de rejeitar pedido de anulação feito com base no fato de ter-se rendido ao sono um dos jurados, no curso dos debates, a *Chambre criminelle* veio a cassar um *arrêt da Cour d'assises*, porque um dos membros do tribunal popular estivera dormindo ao longo de todo o interrogatório (CARBONNIER, *Flexible droit*, 6ª ed., Paris, 1988, p. 61).

reação que neles esteja (ou *não* esteja) causando sua argumentação, responder de modo satisfatório a apartes ou a pedidos de explicações, eventualmente antecipá-los e ministrar sem demora os esclarecimentos oportunos. No caso afirmativo, a colocação decerto contribuirá para fazer "ocorrer" o julgamento com agilidade, evitando hiatos de que quase sempre resulta o afrouxamento da atenção.

Considerações até certo ponto análogas cabem no tocante à localização da tribuna de onde falam os advogados. De uma localização da tribuna de onde falam os advogados. De um arrazoado oral espera-se que traga elementos idôneos para induzir os membros do colegiado a votar em tal ou qual sentido; é essa, de resto, a utilidade e, afinal, a razão mesma por que se abre aos advogados, nas hipóteses previstas, a oportunidade de falar. Pouco adianta, porém, conceder-lhes a palavra, se não se lhes proporcionam, igualmente, condições propícias a que se façam ouvir e ver bem. Votante que não veja e ouça com clareza o advogado dificilmente resistirá à inclinação para desinteressar-se do que ele está dizendo, com o conseqüente perigo — reitere-se — de passar-lhe despercebido algum argumento relevante para a decisão.

A própria decoração da sala tem sua importância. É sabida a influência que as cores soem exercer sobre o estado de ânimo das pessoas. Excessos de ornamentação às vezes atraem para si a atenção que devia estar concentrada alhures. Vale a pena insistir no item "iluminação". Luzes muito fortes e inadequadamente dirigidas podem ofuscar o juiz e impedi-lo de enxergar com nitidez alguma pessoa ou coisa de cuja contemplação lhe devesse advir conhecimento útil à formação de seu convencimento. A deficiência da iluminação, por sua vez, produzirá resultado semelhante; conforme as circunstâncias, talvez dificulte, impossibilite ou — pior ainda — falseie a leitura de um texto onde se busquem subsídios.

É normal que, no curso da sessão, este ou aquele juiz sinta o desejo (ou a necessidade) de ausentar-se temporariamente. Ora, a participação ou não de um (ou mais de um) membro do colegiado influirá de maneira decisiva, não raro, no resultado da votação. Assume relevo, portanto, a duração do afastamento — aspecto relacionado, à evidência, com a distância a que se encontrem da sala de sessões os lugares procurados com maior freqüência. Exemplo óbvio é o das instalações sanitárias.[8] Outro é o do bar, tentação permanente

8 Como é intuitivo, o ponto não interessa exclusivamente aos juízes: compreendem-se com facilidade os riscos que pode correr o advogado desejoso de sustentar oralmente suas razões em julgamento iminente e todavia forçado a retirar-se do recinto por impostergável necessidade fisiológica... Em capítulo onde, a propósito do *oral argument*, se ministram conselhos práticos aos advogados norte-americanos, especialmente aos menos familiarizados com o tribunal,

para quem cultive o hábito, tão brasileiro, de tomar de vez em quando uma xicarazinha de café. (Alternativa suscetível de contornar em certa medida o problema é a de fazer servir o cafezinho — ou, quem sabe, provisões mais substanciosas... — aos juízes em seus próprios assentos.)

Os membros do colegiado podem precisar consultar autos, apontamentos, livros e outros objetos. Isso exige algum espaço disponível, e bem assim um mínimo de facilidade de acesso as fontes. Se o magistrado entende necessária ou útil a leitura de coletânea de leis, ou de obra doutrinária, ou de repertório de jurisprudência, mas não lhe é possível obter rapidamente o que deseja, talvez acabe por privar-se de elemento valioso para formar seu convencimento e, por conseguinte, para determinar o sentido de seu voto. Isso evidencia, entre outras coisas, quão importante é a situação da biblioteca (em hipótese mais otimística, do terminal da rede informática utilizável na emergência); ou, subsidiariamente, a existência de um sistema de comunicação capaz de diminuir o tempo da consulta. Não tendo meios de esclarecer-se em tempo hábil, antes que se encerre o julgamento, o juiz em dúvida votará "no escuro", ou se ausentará do recinto, ou pedirá vista dos autos — e qualquer das opções poderá influir decisivamente no desfecho do julgamento.

5. *O tempo do julgamento: a) o dia e a hora* — Neste tópico, entram em linha de conta, antes de mais nada, o dia e a hora da sessão. Quanto ao primeiro aspecto, não é despropositado recordar a distinção, que na Roma antiga se fazia entre os dias fastos e os nefastos: em certos dias, conquanto não haja impedimento oficial à realização de sessões nos tribunais, manda a prudência que não se conte com resultados muito animadores... A sexta-feira (principalmente à tarde) constitui o exemplo clássico, se assim nos podemos expressar.[9] Em regra, a maioria dos juízes estão cansados, ansiosos pelo fim de semana (a bem da verdade, nem sempre aproveitável para repouso ou lazer por quem sobreponha — como é dever do juiz consciencioso — ao seu interesse pessoal o do serviço) e, por conseguinte, menos propensos que noutras ocasiões à tranqüilidade e à concentração. Aumenta de modo considerável a probabilidade de votos pouco meditados. Recorre-se com maior freqüência, de ordinário, à saída cômoda do puro e simples "de acordo com o relator". A suscitação de preliminares ou de questões de ordem e o próprio exercício, pelo(s) advogado(s), do direito de sustentar oralmente suas razões costumam

toma-se o cuidado de incluir, em tom enfático, o de averiguar, "*when you arrrive at the courthouse, long before your case will be reached, where the restroom nearest the courtroom is located*" (STERN, *Appellate Practice in the United States*, Washington, 1981, p. 376).

9 Não é à toa que nem a Seção Judiciária da Câmara dos Lordes, nem a Suprema Corte norte-americana "*hears oral argument on a Friday*" (informação colhida em PATERSON, The Law Lords, 4ª ed., Londres, 1984, p. 225, nota 6 ao Capítulo 3º).

provocar reações maldisfarçadas de impaciência, quando não de irritação. A pressa de chegar ao termo da jornada pode impor aos julgamentos ritmo por demais célere, quiçá tumultuá-los, com conseqüências que facilmente se adivinham.

A hora de determinado julgamento depende da que se marca para a abertura da sessão e, em princípio, da posição que o feito ocupa na pauta, a abstrair-se das inversões da respectiva ordem e de outras circunstâncias eventuais — como a ausência momentânea de qualquer juiz (como o relator) que obrigatoriamente haja de votar. Entre nós, os tribunais costumam realizar suas sessões ordinárias de tarde, a partir das 13 ou das 14 horas. Não é um horário isento de inconvenientes. Na maior parte do país e do ano, instaura-se a sessão sob condições desfavoráveis de temperatura: o início da tarde é o pique do calor. Nem sempre se conta com o antídoto da refrigeração do recinto: ainda onde exista a aparelhagem, não é incomum que se revele insuficiente, ou funcione mal (tanto para *menos*, diga-se de passagem, quanto para *mais*, com o perigo de converter a sala em frigorífico). Não se pode razoavelmente esperar atenção muito constante — nem, pois, voto muito judicioso — de quem esteja sentindo a pele a inundar-se de suor (ou, no caso oposto, o queixo a bater de frio). Mesmo, porém, que se resolva ou se atenue esse problema, sempre subsistirá o fato de que as horas imediatamente posteriores ao almoço não são as mais propícias à concentração: quase todos se tornam, nelas, especialmente vulneráveis ao sono...

Existem razões para crer que o órgão colegiado atinge o máximo de aptidão para julgar bem no período médio da sessão. Depois, à proporção que o tempo passa, a fadiga vai cobrando tributo cada vez mais pesado. Há juízes que resistem com galhardia a cinco, seis, sete horas ou mais de julgamentos contínuos; de modo geral, porém, a dose é excessiva, com o consectário inevitável de declinarem a capacidade de apreensão e a agilidade de raciocínio, quando não — e, ao menos para o relator, o ponto é capital — a facilidade de expressão e as próprias forças vocais. Por outro lado, é duvidoso que se melhore o rendimento do trabalho suspendendo-se a sessão a certa altura: os minutos da pausa — que fatalmente tende a prolongar-se mais do que o previsto —, além de aumentarem a duração global da sessão, às vezes fazem arrefecer de maneira sensível o ânimo dos juízes, à semelhança do que costuma suceder a quem pára durante a corrida para dois dedos de prosa com um amigo, e depois acha difícil voltar à velocidade anterior.

6. *O tempo do julgamento: b) outros aspectos* — Em qualquer sessão de órgão colegiado, o comum é que se realize uma pluralidade de julgamentos. Daí a existência da pauta, onde se indicam, ordenadamente, os processos a cujo respeito se pretende decidir naquela sessão. A ordem estabelecida na pauta deve, em princípio, ser observada, embora, como já se notou, admita inversões.

Que a posição do feito na pauta influa no teor da decisão é possível por mais de um aspecto. Fez-se referência a um deles no item precedente: estar o processo colocado no início, no meio ou no fim da pauta é circunstância que normalmente condiciona a hora do respectivo julgamento, com as conseqüências supramencionadas. Outro aspecto liga-se à contigüidade na pauta. Há julgamentos que, pela complexidade, pela divisão do colégio em correntes antagônicas, ou por outros motivos, exigem muito da atenção e da acuidade mental dos juízes. Ao encerrar-se um desses julgamentos, é provável que pelo menos determinado número dos participantes da sessão sinta necessidade de "relaxar" por alguns minutos. Se porventura se segue, imediatamente, outro feito também "difícil", diminui a perspectiva de que esse venha a ser julgado com tanto cuidado quanto o anterior: a propensão natural é para certo rebaixamento do nível de concentração. O fenômeno tende a reproduzir-se, com crescente intensidade, na hipótese de uma sucessão de feitos "difíceis".

A maior ou menor distância que os separe na pauta assume realce particular no caso de processos vinculados por questões de direito comuns, sobretudo quando importantes e controvertidas. Se os julgamentos se sucedem sem solução de continuidade, alcançará o grau máximo a probabilidade de que se chegue a resultados homogêneos, coerentes do ponto de vista lógico. A medida que aumente o intervalo entre eles, essa probabilidade vai-se tornando menor: esmaece a lembrança do primeiro julgamento, cresce a possibilidade de alterações na composição do colégio judicante (juízes retiram-se do recinto ou nele ingressam) e até a de mudanças de opinião dos próprios votantes.

Cabe aludir, neste contexto, à duração dos julgamentos. Salvo hipóteses raras, de matérias excepcionalmente relevantes, suscetíveis de manter presa por muito tempo a atenção dos membros do colegiado, o fato de prolongar-se além do normal pode repercutir na qualidade de um julgamento. A partir de determinado momento, os votos já serão ouvidos (e até proferidos), em regra, com certa impaciência, e correlatamente diminuirá a receptividade a argumentos novos, porventura neles contidos, quando não a disposição mesma para suscitá-los.

Importa aqui, de igual sorte, a duração total da própria sessão. Ao propósito, convém recordar que os regimentos internos dos tribunais soem fixar não apenas a hora da abertura, mas também a do encerramento das sessões, ao menos das ordinárias. Ocorre, no entanto, que nem sempre se comportam dentro dos limites estabelecidos os trabalhos de julgamento de todos os processos constantes da pauta. Duas atitudes básicas pode adotar o colegiado em tal emergência: ater-se de qualquer modo ao horário regimental ou prorrogar a sessão na medida necessária para desincumbir-se (no todo ou em parte) da tarefa remanescente. A primeira atitude, por sua vez, admite duas variantes, a depender do maior ou menor desagrado com que o órgão encare a possibi-

lidade de não cumprir a pauta inteira — o que terá como normal corolário adiar-se para outra sessão o julgamento dos feitos não apreciados no prazo. Se tal possibilidade é vista com indiferença, não haverá razão para alterar o ritmo comum dos trabalhos; se ela repugna ao colegiado, e este se adverte oportunamente do problema, poderá tentar evitá-la mediante um esforço para reduzir o lapso de tempo reservado a cada processo.

Ocioso frisar a influência que essas vicissitudes são capazes de exercer sobre o teor dos julgamentos. Acelerar o ritmo dos trabalhos, na ânsia de conciliar o respeito rigoroso do horário com o esgotamento da pauta, significará por vezes levar os juízes a pronunciar-se de maneira irrefletida, em prejuízo da valoração cuidadosa das teses e argumentos em causa. Adiar o julgamento de determinado feito é sujeitá-lo a realizar-se sob condições diferentes: talvez noutro dia da semana, noutra hora, quem sabe até com diferente composição do colégio judicante. Não ficará excluída *a priori* a eventualidade de que as perspectivas, sob as novas circunstâncias, se tornem mais favoráveis; o que de modo algum sofre dúvida é que não permanecerão idêntidas.

Isso torna oportuna breve alusão a outras possíveis causas de adiamento. Algumas se ligam a circunstâncias fortuitas e incontornáveis, como enfermidade súbita que impeça o relator de comparecer à sessão. Mas os regimentos internos costumam ampliar o rol das hipóteses. Às vezes se admite o adiamento por simples indicação do relator (ou, sendo o caso, do revisor), ou então a requerimento de advogado. Pode configurar-se aí manobra tendente a fazer que o processo seja julgado com outra composição do órgão — vista, é claro, como razão bastante para esperar-se resultado diferente. Daí a relevância do critério mais ou menos rigoroso que se adote na decisão sobre tais requerimentos.

7. *O modo do julgamento: a) publicidade ou sigilo* — O aspecto formal dos julgamentos é aquele de que em geral se ocupam mais extensa e pormenorizadamente as leis e os regimentos internos dos tribunais. Fiéis ao programa traçado de início, concentraremos aqui a nossa atenção menos na problemática de ordem técnico-jurídica que semelhante disciplina suscita do que no influxo que a respectiva solução pode exercer *de fato* sobre o teor das decisões colegiadas. Dificilmente lograremos evitar, contudo — nem poremos nisso especial empenho —, referências ocasionais àquela problemática, na medida em que se mostrem necessárias ou úteis à clareza da exposição.

Uma das primeiras questões que reclamam aqui a atenção do observador é a da opção entre o sistema da deliberação pública e o sistema da deliberação secreta. Como se sabe, predomina largamente o segundo nos ordenamentos continentais europeus, o primeiro no direito anglo-saxônico e no brasileiro.[10]

10 Para extensas indicações de direito comparado e ampla discussão de vários aspectos da

Em nosso país, a publicidade dos atos processuais é hoje mandamento constitucional (Carta da República, arts. 5º, nº LX, e 93, nº IX, *initio*); mas, ainda antes, já a consagravam, em linha de princípio, as leis processuais (Código de Processo Civil, art. 155, *caput*, 1ª parte; Código de Processo Penal, art. 792, *caput*). As exceções nelas previstas (Código de Processo Civil, art. 155, *caput*, 2ª parte; Código de Processo Penal, art. 792, § 1º) afiguram-se compatíveis com as ressalvas constantes do próprio texto da Constituição; ponto controvertido é o da utilização da "sala secreta" pelos jurados (Código de Processo Penal, arts. 480 e 481), que para alguns não pode subsistir à luz da vigente Constituição.[11]

Não é este o lugar adequado para a discussão de problemas do gênero. O que no momento nos interessa é a possível influência da sistemática adotada sobre o teor dos votos. No caráter secreto da deliberação costuma enxergar-se uma proteção do juízes contra pressões exteriores: sem ela, com maior facilidade os induziriam a tomar esta ou aquela posição — eventualmente diversa da que lhes sugerisse a convicção racional — sentimentos como o temor de uma vingança, o desejo de não desagradar a um amigo, a uma autoridade administrativa, a um magistrado de hierarquia superior, a um partido político... Votando *coram populo*, o juiz pode sem dúvida ver-se tentado a "jogar para a platéia", a preocupar-se em excesso com a repercussão do voto junto aos assistentes — e, para além deles, junto à opinião pública, ou àquilo que passe por ser a opinião pública no dizer dos meios de comunicação social... Agrava-se o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e — sobretudo! — de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que

matéria, vide BARBOSA MOREIRA, *Publicité et secret du délibéré dans la Justice brésilienne, in Temas de Direito Processual*, Quarta Série, São Paulo, 1989, p. 193 e segs.

11 Assim, v.g., JAMES TUBENCHLAK, *Tribunal do júri — Contradições e soluções*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1990, p. 110 e segs., com o apoio de RENÉ ARIEL DOTTI, *Publicidade dos julgamentos e a "sala secreta" do júri, in Livro de Estudos Jurídicos*, nº 4, Rio de Janeiro, 1992, p. 319 e segs., espec. 325 e segs. A jurisprudência, entretanto, não tem abonado a tese: vide, na primeira obra cit., p. 296 e segs., a transcrição de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 22.5.1989, no *Habeas Corpus* nº 280/89, o qual anulou julgamento levado a cabo com votação dos quesitos em sessão pública.

realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse.

Mas o caráter público da deliberação pode também exercer outro tipo de influência, máxime quando, por imposição legal ou regimental, ou por pressão das circunstâncias, tenha de ser fundamentado o pronunciamento de cada votante. Bem se concebe que, exposto ao controle da assistência, o juiz dedique maior atenção ao exame das questões discutidas, a fim de melhor justificar a posição que tome, prevenir o risco de objeções desconcertantes — ou até desmoralizantes, voluntariamente ou não —, em apartes ou em votos subseqüentes, e preservar assim sua "imagem" de julgador consciencioso e capaz. Não é impossível que seu voto acabe por ser diferente do que ele proferiria sem o aludido controle.

Caso que merece registro especial é o das partes. Já se aludiu à eventualidade de manifestações coletivas de interessados diretos; mas o problema nem sempre ganha essa dimensão: com maior freqüência, diz respeito ao comparecimento individual de um ou outro litigante isolado. A parte — qualquer das partes — tem, normalmente, acesso ao recinto e pode assistir à deliberação, inclusive nos feitos que corram "em segredo de justiça". Não são unânimes as opiniões acerca da eventual repercussão de sua presença; objeto de valorações discordantes, ela com certeza varia muito de intensidade, em função da natureza da causa, da índole das questões discutidas e, desnecessário ajuntar, da sensibilidade dos julgadores. É possível que impressione e até comova algum juiz a figura viva e próxima da vítima do acidente, ou a da mulher que alega maus-tratos por parte do marido.[12] Em compensação, haverá quem ache de mau gosto, quando não francamente demagógica, semelhante exibição. Cabe notar *a latere* que a presença da parte sem dúvida influi quase sempre no arrazoado oral do advogado: ao menos o tom será provavelmente diverso do que ele usaria na ausência do cliente.[13]

8. *O modo do julgamento: b) o procedimento* — Todo julgamento de órgão colegiado é um ato complexo, que se realiza mediante procedimento disciplinado por normas legais e regimentais. A lei processual cabe traçar as grandes linhas, ao passo que dos pormenores cuida o regimento interno. Sob variantes de alcance quase sempre reduzido, pode-se identificar um itinerá-

12 Da possível influência dos atributos físicos da parte sobre o comportamento dos julgadores fornece a tradição exemplo clássico no famoso julgamento da cortesã Frinéia: determinou-lhe o desfecho, assim se narra, o gesto do advogado Hiperides, que, para vencer as resistências dos juízes, simplesmente desnudou a ré em pleno tribunal...

13 Conforme anota STERN, ob. cit. em a nota 8, supra, p. 441, não falta quem receie "*that counsel will tend to tailor his argument to what the client rather than the court wants to hear*". Não poucos advogados, vale a pena assinalar, opõem-se com energia a que os respectivos clientes assistam ao julgamento.

rio-padrão, que comporta basicamente as seguintes etapas: anúncio do julgamento pelo presidente da sessão; relatório, a cargo do juiz designado (relator); arrazoados orais dos advogados das partes; pronunciamento do Ministério Público, se funciona no feito; colheita e computação dos votos, pelo presidente; proclamação do resultado. Quanto à votação, começa-se em regra por tomar o voto do relator, em seguida (se houver) o do revisor, e depois o(s) do(s) outro(s) membro(s) do colegiado que participe(m) do julgamento; sendo vários, a ordem geralmente adotada no Brasil é a da antigüidade: votam primeiro os juízes que, desse ponto de vista, se seguirem ao relator (ou, se for o caso, ao revisor), voltando-se eventualmente ao(s) mais antigo(s) do órgão, após o voto do mais novo.

O esquema sujeita-se a alterações que ora o tornam mais simples, ora mais complexo. São hipóteses do primeiro tipo: a de não se abrir oportunidade para que falem os advogados (o que acontece em uns poucos recursos)[14], a de não oficiar no processo o Ministério Público, a de não haver revisão. Hipótese do segundo tipo ocorre, *v.g.*, quando, no início do julgamento (ou mesmo antes), ou no respectivo curso, se suscita preliminar e, para decidi-la, se protela ou se interrompe a votação sobre a matéria principal. Em determinados casos, pode tornar-se imperiosa a suspensão do julgamento, em conseqüência de pedido de vista dos autos, formulado por algum juiz, ou da superveniente necessidade de suprir-se deficiência de *quorum*[15] etc. Normalmente, aquele se completará na sessão seguinte, ou noutra que logo depois se realize. Todas essas vicissitudes, por motivos óbvios, são capazes de influir no resultado. A uma ou duas voltaremos com mais vagar; antes, porém, cumpre sublinhar a importância que assume nesta perspectiva a própria ordem da tomada dos votos.

É fora de dúvida que os primeiros votos proferidos — independentemente, *em certa medida*, da solidez dos argumentos em que se apóiem — costumam exercer maior influência sobre o sentido da deliberação do que os proferidos mais para o fim. Isso se acentua notavelmente quando a marcha da votação desde logo revela tendência nítida ao prevalecimento de qualquer das teses

14 Os mais importantes são o agravo de instrumento e os embargos de declaração, no processo civil, consoante o disposto no art. 554 do respectivo Código.

15 Exemplo notório e ainda recente: o do julgamento, em dezembro de 1993, do mandado de segurança impetrado pelo ex-Presidente da República, Fernando Collor, contra a decisão do Senado Federal, que lhe impusera a penalidade de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (Constituição Federal, art. 52, parágrafo único). Como amplamente divulgado, dos oito Ministros não impedidos do Supremo Tribunal Federal quatro votaram pela concessão e quatro pela denegação da ordem; diante disso, o Presidente da Corte convocou três Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, noutra sessão, se completasse o julgamento.

em jogo; mais ainda, quando se atinge determinada altura sem divergência alguma. Não poucos juízes inclinam-se de hábito a aderir à corrente predominante, e são em número ainda maior os que hesitam em adotar posição totalmente isolada. Variadíssimas as razões: timidez; insegurança; comodismo; desejo de não retardar o desfecho do julgamento; convicção sincera de que, na dúvida, o melhor é ficar com a maioria, cujo entendimento se presume digno de confiança; sentimento da inutilidade prática da discordância; escassa disposição para redigir voto vencido, por estar o votante sobrecarregado de trabalho, ou por motivo menos sério... Alguém que, noutras circunstâncias, provavelmente votaria em certo sentido talvez prefira acompanhar os diversos pronunciamentos já emitidos em sentido contrário, se parece selada, em virtude deles, a sorte do processo. Caso especialíssimo — porém de jeito nenhum despiciendo — é o de magistrado que ainda não integre o órgão, mas aspire a integrá-lo e, nesse ínterim, seja convocado para nele temporariamente atuar: porventura jamais o influenciará o temor de ficar "malvisto" se divergir da maioria (ou de todo o resto) do colegiado, correndo por isso o risco de não entrar na próxima lista para promoção por merecimento? Em última análise, tudo pode depender do lugar que, na ordem da votação, toque a juiz ou juízes em situações como as indicadas.

9. *O modo do julgamento: c) a presidência* — A presidência do órgão cabe, antes de mais nada, a responsabilidade pela pauta da sessão. Se bem que na prática a tarefa de elaboração costume ficar a cargo da secretaria, é perfeitamente normal que o presidente, dentro dos critérios legais e regimentais, imprima sua marca pessoal na seriação dos processos. Aí já se configura uma primeira ocasião de influir: salientou-se acima a relevância da ordem dos julgamentos para os respectivos desfechos. É dado ao presidente, em certa medida, incluir tal ou qual feito na pauta de determinada sessão, ou, ao contrário, excluí-lo dela; ora, segundo também já se assinalou, muito depende de julgar-se a causa neste ou naquele dia.

Ninguém ignora, ademais, que o desenrolar dos trabalhos de qualquer colegiado varia muitíssimo em função da maneira pela qual são eles dirigidos. Um presidente mais atento, mais enérgico ou mais habilidoso logrará normalmente imprimir-lhes ritmo mais constante e curso mais desembaraçado. Bastaria essa consideração para evidenciar a importância que o modo de exercer a função é passível de assumir para o desfecho do(s) julgamento(s).[16]

Algumas facetas de tal influência revestem-se de colorido predominan-

16 "*The individual with potentially the greatest influence on the oral interchange is the presiding Law Lord*", escreve, com referência à Seção Judiciária da Câmara dos Lordes. PATERSON, ob. cit. em a nota 7, supra p. 66. Consoante se põe de manifesto em nosso texto, o alcance da observação pode ser estendido a outros aspectos.

temente técnico-jurídico. Por exemplo: compete ao presidente indicar ao colegiado a matéria que, em determinado momento, se encontra em discussão ou vai ser objeto de deliberação. Inclui-se nessa competência o mister de submeter especificadamente aos votantes cada uma das preliminares acaso suscitadas (ou suscitáveis pela própria presidência) e velar para que não se misturem umas com as outras, nem, *a fortiori*, qualquer delas com o mérito. Eventuais descuidos ou equívocos do presidente a tal respeito geram mal-entendidos e confusões suscetíveis de tumultuar o julgamento e comprometer de forma irremediável a exatidão do resultado. É o que sucede, *v.g.*, se acabam por somar-se quantidades heterogêneas, para dar por não conhecido recurso em relação ao qual se tinham argüido várias preliminares, ou para dizer vitorioso pleito de anulação de ato jurídico, formulado com invocação de diversos fundamentos, quando na verdade cada uma das preliminares, ou cada um dos fundamentos, obtivera votos insuficientes para conduzir ao respectivo acolhimento, embora suficientes, caso adicionados (indevidamente!), para criar a falsa impressão da existência de maioria no sentido da inadmissibilidade do recurso, ou da invalidade do ato.[17]

Prossigamos. Incumbe ao presidente colher, um por um, os pronunciamentos dos juízes que devam participar da deliberação. Para isso, é óbvio, precisa ele saber com certeza quais, dentre os presentes, têm voto em cada julgamento. Precisa também convidá-los, no momento próprio e em voz clara, a votar, e fazer a competente anotação. Precisa, enfim, computar os votos emitidos, num sentido ou noutro, a fim de proclamar, uma vez encerrada a votação, o resultado. Nesses vários momentos, pode o presidente, como é natural, valer-se do auxílio de funcionários; não há de esquecer, contudo, que é sua, pessoal, a responsabilidade pela correção do procedimento — da qual pode depender, à evidência, o desfecho. São coisas bem diferentes um julgamento presidido com atenção constante e um julgamento presidido por juiz que só de vez em quando (ou nunca...) se interessa realmente pelo que esteja acontecendo.

Outra atribuição muito relevante do presidente — inclusive na perspectiva que mais importa aqui — é a de resolver questões de ordem. Basta pensar que da solução de alguma delas decorrerá, por exemplo, a inclusão ou a exclusão de tal ou qual juiz do colégio judicante, ou a seqüência em que se vai proceder aos diversos julgamentos, e assim por diante. Igualmente importante é o grau de tolerância do presidente na fiscalização do prazo concedido para alguma fala; se, por exemplo, o advogado se vê interrompido, sem

17 Cf. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 504, 602/3 (com outras indicações bibliográficas em a nota 59); *O novo processo civil brasileiro*, 15ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 193.

contemplação, ao fim do 15º minuto, não é inconcebível que a interrupção o colha justamente em ponto capital de seu arrazoado e com isso o iniba de fazer valer, ao menos com a força necessária, argumento essencial.[18]

Também compete ao presidente velar pela manutenção da ordem durante a sessão. No exercício dessa competência, pode ele advertir quem não esteja guardando o devido decoro no uso da palavra, eventualmente cassá-la, coibir manifestações a seu ver impróprias, expulsar do recinto o espectador que se porte de modo inconveniente... É intuitiva a possibilidade de que qualquer de tais medidas repercuta na marcha e no destino de um julgamento: por exemplo, a pessoa expulsa estava a ponto de influenciar, por gestos ou palavras, o voto de algum juiz, que agora, na ausência dela, talvez se pronuncie em sentido diverso.

Mas há maneiras menos formalizadas e mais sutis pelas quais se mostra possível à presidência influir na sorte de um processo. Se está a exercê-la, v.g., juiz de autoridade intelectual incomum, que a respeito do assunto em foco tem posição doutrinária bem conhecida, não é acadêmica a hipótese de que um (ou mais de um) votante sinta constrangimento em pronunciar-se no sentido contrário. Esse tipo de influência naturalmente comporta variadíssimos graus de intensidade, dependente, entre outras coisas, da atitude do presidente mesmo durante a deliberação: concebe-se, com efeito, que ele tome a liberdade de manifestar, direta ou indiretamente, por expressões fisionômicas, quando não por palavras, aprovação ou desaprovação; ou, ao contrário, que mantenha total impassibilidade. Certo é, porém, que às vezes sua influência se torna sensível ainda que ele nenhum esforço, ao menos consciente e voluntário, faça para exercê-la.

Observe-se, *a latere*, que em alguns casos tão marcada é a ascendência do presidente sobre os outros membros do colegiado, que no funcionamento deste, e não menos que alhures no teor de suas deliberações, se torna fácil discernir traços típicos, por assim dizer, da personalidade daquele. Quando uma presidência desse calibre dura o bastante, o órgão tende a revestir-se, como um todo, de características diversas das que provavelmente apresentaria sob outra liderança: adotará, por exemplo, orientação mais progressista ou mais conservadora em questões de índole política ou social. Basta lembrar, *v.g.*, o que foi a Corte Suprema norte-americana sob a presidência de Earl Warren.[19]

18 Nota pitoresca: diz-se que, em certa sessão da Corte Suprema norte-americana, o *Chief Justice Hughes*, fiscal zeloso da observância do prazo, chegou ao requinte de interromper eminente advogado (líder do *New York Bar*) no meio da palavra *if* (STERN - GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, 5ª ed., Washington, 1978, p. 745, nota 24).

19 É habitual, nos Estados Unidos, designar pelo nome do *Chief Justice* o colegiado tal como

10. *O modo do julgamento: d): o relator* — Importantes como são as funções do relator,[20] é compreensível que influam poderosamente no julgamento a personalidade do juiz nelas investido e o modo por que as exerça. Em determinadas hipóteses, a própria escolha do relator já ministra dados para um juízo de probabilidade acerca do futuro resultado. É realmente muito o que depende, antes de mais nada, da clareza e exatidão do relatório; em seguida, do voto; e — *last but not least* — do comportamento do relator no curso restante da deliberação. Daí a relevância do critério de escolha do relator e de possíveis vicissitudes como a respectiva substituição, por exemplo, em virtude de licença, ou de impedimento superveniente.

Elaborar o relatório, sobretudo em feitos complexos, é tarefa de inexcedível delicadeza. O relatório pode ser completo ou lacunoso, longo ou breve, minucioso ou resumido, bem ou mal ordenado, cristalino ou obscuro, objetivo ou tendencioso: em qualquer caso marcará, de uma forma ou de outra, o julgamento. Além do texto escrito, que em geral se lança nos autos, há as características da exposição oral, feita na sessão; e mil aspectos podem aí assumir relevo, da dicção mais ou menos clara do relator à maior ou menor ênfase com que assinale algum tópico. Teoricamente, o relatório nunca deveria prenunciar o voto de quem dele se incumba; na prática, não raro algo transparece, e a influência pode começar a fazer sentir-se desde esse instante.

A importância do voto do relator varia em função de inúmeros fatores, além do mais óbvio, que é a solidez ou a fragilidade de sua fundamentação. Há relatores que gozam de maior confiança do que outros; isso sem dúvida se reflete na probabilidade de que o voto respectivo venha a ser acompanhado pelos demais julgadores, sobretudo — mas não exclusivamente! — se se trata de juízes desatentos, inseguros ou momentaneamente impossibilitados, por esta ou aquela circunstância, de formar convicção pessoal a respeito do problema em foco. Cabe acrescentar que certos relatores podem ser conhecidos por idiossincrasias muito salientes, como *v.g.* o pendor para favorecer o cônjuge mulher em ações de separação ou relativas à guarda de filhos menores; ou a queda para votar, em matéria tributária, a favor do fisco, ou contra ele etc. Em casos assim, o voto do relator, no sentido costumeiro, suscitará eventual desconfiança em algum colega e poderá acarretar um pedido de vista (quiçá uma divergência), que a propósito de outro assunto provavelmente não se concretizaria.

atua sob a respectiva presidência. Vejam-se, por exemplo, as referências à Warren Court em WOODWARD - ARMSTRONG, *The Brethren — Inside the Supreme Court*, Nova Iorque, 1979, p. 10, 62, 179, 223, 443, 444.

20 Para uma enumeração pormenorizada, vide BARBOSA MOREIRA, Coment. cit., vol. V, p. 561 e segs.

Até as relações afetivas entre cada um dos outros votantes e o relator podem assumir aqui relevo considerável. Juiz ligado ao relator por laços de amizade muito fortes talvez hesite em discordar de voto em que ele tenha posto grande ênfase, mormente se se cuida de questão de particular relevância, acerca da qual o relator tem posição firme e escassa tolerância para com opiniões diferentes. A hesitação aumentará caso o votante já haja divergido do relator noutro julgamento da mesma sessão; *a fortiori*, no julgamento imediatamente anterior. Desnecessário advertir o leitor de que neste ponto reencontramos, em perspectiva especial, o tema da colocação dos feitos na pauta.

Duas palavras, enfim, sobre o comportamento do relator após a emissão de seu voto. Relatores há que demonstram pouco interesse pelo que venha a suceder daí em diante; outros, ao contrário, procuram sustentar, até com veemência, a correção do pronunciamento emitido, e fazê-lo prevalecer na deliberação, utilizando-se de apartes aos colegas ou pedindo de novo a palavra para contraditar votos discordantes — possibilidades que, ao menos em teoria, dependem, é claro, da disciplina consagrada no regimento. A insistência do relator é faca de dois gumes: pode produzir o efeito desejado (na medida em que logre vencer objeções) ou oposto (se expõe os argumentos do relator a cotejo desfavorável, ou se, por excessiva ou inábil, provoca em algum outro juiz sentimento de irritação bastante para bloquear-lhe no espírito eventual tendência a aderir).

Com o clássico grão de sal, as considerações que acabamos de fazer a propósito do relator aplicam-se em parte, quando é o caso, ao revisor. Existem hipóteses, de resto, em que o voto deste assume preponderante importância, por exemplo se o do relator se afigura manifestamente inconsistente (ou o próprio relatório pouco esclarecedor).

11. *O modo do julgamento: e) os advogados* — Na maioria dos recursos e ações da competência originária de tribunais, os advogados das partes têm oportunidade de fazer-se ouvir. Podem ter até mais de uma oportunidade: assim, por exemplo, se se lhes faculta usar da palavra após o voto do relator,[21] ou a qualquer tempo, no curso da deliberação, para determinados fins.[22] A

21 Como dispunha, entre nós, a Lei nº 2.970, de 24.11.1956 (apelidada de Lei Castilhos Cabral, nome do deputado autor do projeto), a qual modificava a redação do art. 875 do Código de Processo Civil de 1939, então vigente, mas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e teve suspensa sua execução pela Resolução nº 23 do Senado Federal, de 26.10.1959.

22 Nos termos do art. 89, nºs X, XI e XII, respectivamente, da Lei nº 4.215, de 27.4.1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), são direitos do advogado: "pedir a palavra, pela ordem, durante o julgamento, em qualquer juízo ou Tribunal, para, mediante intervenção sumária e se esta lhe for permitida a critério do julgador, esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam ou possam influir no julgamento";

sustentação oral das razões destina-se, obviamente, a influir nos votos, e sem dúvida é suscetível de fazê-lo: menos, em regra, quanto ao relator (e, se houver, ao revisor), que se presume hajam examinado com atenção a causa e formado convencimento antes de virem para a sessão; mais, com referência aos juízes que não tiveram contato direto com os outros. É evidente que muito vai depender das qualidades pessoais do profissional: há sustentações orais que praticamente determinam a sorte do pleito — nem sempre, registre-se, no sentido visado por quem as faz...

Fácil compreender que a influência poderá ser maior, em princípio, se se permite ao advogado falar depois do voto do relator, cujos argumentos, sendo o caso, se lhe abrirá o ensejo de refutar. No entanto, aqui tampouco é desprezível o risco de que a insistência se mostre contraproducente: pode acontecer que o próprio relator reaja às críticas enrijecendo mais ainda — em vez de modificá-la ou atenuá-la — a posição que adotara.

Ao advogado, vale a pena observar, tanto é dado influir *falando* quanto calando... Este não é o lugar adequado para dissertar sobre problemas de tática advocatícia; mas não há como deixar de consignar o fato, já que, bem ou mal, ele se inclui entre os suscetíveis de repercutir no julgamento. Não nos estamos referindo só às hipóteses de inabilidade (ou mesmo inépcia) no arrazoado oral — por vezes tão desastrosa que aliena nos juízes toda e qualquer simpatia pela causa. Há outros casos menos ostensivos: *v. g.*, usar da palavra nos últimos instantes da sessão, e com isso acarretar-lhe o prolongamento (sobretudo no dia "nefasto" da sexta-feira!), pode não constituir o melhor meio de predispor favoravelmente o colégio judicante. A menos que o advogado tenha algo novo e muito relevante a dizer, deve pensar duas vezes antes de submeter os juízes a uma inútil maçada, que em regra os levará a desinteressar-se da oração, quando não a retirar-se pura e simplesmente do recinto. A contenção — pelo menos em dose suficiente para limitar a fala ao essencial, se não for possível omiti-la — talvez se veja, nessa e noutras ocasiões, mais bem recompensada...[23] É claro que, *de iure*, o órgão julgador tem o dever de consentir que o advogado fale por todo o tempo que a lei ou o regimento lhe assegura; mas aqui não nos interessa tanto discutir o aspecto jurídico do problema, quanto descrever o que transparece da realidade dos tribunais.

"ter a palavra, pela ordem, perante qualquer juízo ou Tribunal, para replicar a acusação ou censura que lhe sejam feitas, durante ou por motivo do julgamento"; e "reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo ou Tribunal, contra inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento".

23 "(...) *Que les procès viennent en abondance, / Et je passe avenc vous le reste de mes jours. / Mais que les avocats soient désormais plus courts.*" (RACINE, *Les Plaideurs*, 3º ato, cena IV): nessas plavras do juiz Dandin — ou quando nada, para sermos realistas, na parte final delas... — ninguém que haja exercido a judicatura em tribunal deixará de reconhecer a expressão de um desejo muitas e muitas vezes ternamente acalentado.

Por outro lado, sob certas circunstâncias, assumirá grande importância a diferença entre um comportamento desenvolto e um excesso de timidez do advogado em pedir a palavra, por exemplo, para esclarecer equívoco acerca de questão de fato (vide, supra, a nota 22). O voto de algum juiz, principalmente dentre os que não tiveram contato direto com os autos, talvez seja influenciado pelo esclarecimento, ou pela falta dele. Como todas, a medalha tem seu reverso: uma interrupção ociosa, ou sujeita a desmentido convincente por parte do relator, ou de quem quer que esteja a votar, produzirá seguramente o efeito de um tiro pela culatra.

12. *O modo do julgamento: f) outros aspectos* — Já aludimos, mais de uma vez, à eventualidade de que algum juiz (ou mais de um), no curso da deliberação, peça vista dos autos. É pouco freqüente, porém não impossível, que o faça o próprio relator (ou o revisor), surpreendido por argumento que porventura suscite qualquer dos colegas, ou o(s) advogado(s), e que não lhe haja ocorrido ao estudar o processo.

O pedido de vista é incidente capaz de influir de várias maneiras no resultado do julgamento. Antes de mais nada, provoca a suspensão deste, com a possibilidade de que, na sessão de prosseguimento, esteja modificada a composição do colégio. A ausência de juiz que ainda não votara será talvez fatal para a parte a cujo favor ele se teria pronunciado; a de juiz que já tinha votado preexclui a eventual reconsideração do voto.

O mero fato de pedir-se vista já costuma imprimir nova feição ao itinerário do julgamento. Que este possa continuar, mediante a colheita do(s) voto(s) restante(s), depende do regimento. Em geral, a continuação é possível, mas raramente se evita nos juízes remanescentes certa tendência a declarar que preferem aguardar o pronunciamento de quem pediu vista, máxime se se trata de juiz de grande prestígio, cuja opinião goza de particular autoridade — ou então, mais simplesmente, se, faltando pouco tempo para a hora regular de encerramento, todos estão ansiosos por ver acabar a sessão...

Ao prosseguir o julgamento interrompido — sob condições, repita-se, sempre diferentes —, toma-se de início o voto de quem haja pedido vista. Semelhante pronunciamento pode, é claro, influir por força dos bons argumentos que contenha; mas há outras formas de influência, de índole menos técnico-jurídica. De ordinário, alguns juízes, sobretudo aqueles que tinham declarado aguardá-lo, ouvirão o voto com atenção; dentre os outros, haverá quem o ouça, embora em geral com atenção menor (ou sem nenhuma atenção), e até, provavelmente, quem nem sequer o ouça. Variará muito, por conseguinte, a repercussão das razões invocadas. Se o juiz que pedira vista vem a acompanhar o relator, é quase automática, em geral, a concordância dos que tinham permanecido na expectativa, principalmente se no mesmo sentido já se havia pronunciado a maior parte dos votantes na sessão originária. Se

aquele, ao contrário, diverge do relator, a possível influência de seu voto dependerá bastante, na extensão, do número de juízes que o estejam aguardando: é entre esses, com efeito, que ele tem maior probabilidade de angariar adesões, relativamente raro como é que algum dos outros tome a iniciativa de reconsiderar o voto antes proferido.

Outro incidente suscetível de exercer influência no resultado do julgamento é a conversão deste em diligência, para correção de vício, suprimento de omissão ou melhor esclarecimento de fatos. Algumas das conseqüências geradas pela conversão equiparam-se às do pedido de vista. Também aqui se interrompe o julgamento, que apenas se completará noutra sessão. Daí as mesmas possibilidades de alteração das circunstâncias, até eventualmente aumentadas, visto que a realização da diligência exigirá talvez lapso de tempo maior que o intervalo entre duas sessões consecutivas, e portanto só em data já mais ou menos distante daquela em que se iniciara estará o julgamento em condições de prosseguir. Significa isso que dificilmente se poderá contar, no prosseguimento, com recordações muito vivas na memória dos participantes da sessão anterior; e com toda a probabilidade haverá quem esteja tomando conhecimento do assunto pela primeira vez.

Aspecto sem dúvida importantíssimo é o da contribuição que a diligência porventura traga ao material da causa. Não nos deteremos no ponto, que melhor se situa no plano técnico-jurídico. Aludiremos unicamente, de passagem, à possível existência de circunstâncias idôneas para condicionar o grau de influência a ser exercido pelos novos dados: assim, por exemplo, a intercorrente substituição do relator, em virtude de licença, aposentadoria ou falecimento.

Ainda mais vistosos que os supramencionados são os incidentes da uniformização da jurisprudência e da declaração da inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo sobre cuja aplicação se discuta, como premissa lógico-jurídca do julgamento. Eles têm, é óbvio, um aspecto eminentemente técnico, na medida em que a deliberação do órgão maior, recebida pelo que suscitara a questão, vai predeterminar, ao menos em parte, o teor da decisão final deste.[24] Outros ângulos despertam interesse de espécie diversa. Por exemplo: deferido que seja o requerimento de uniformização, ou acolhida pela maioria do órgão fracionário a prejudicial de inconstitucionalidade, suspende-se, aqui também, o julgamento, e em geral por tempo superior ao resultante de pedido de vista ou de conversão em diligência. Não é preciso repetir o que já se disse acerca das conseqüências que tal demora pode gerar.

24 Para um estudo pormenorizado da disciplina jurídica de ambas as matérias, e bem assim para outras indicações bibliográficas, vide BARBOSA MOREIRA, Coment. cit., vol. V, p. 4 e segs., e 27 e segs., respectivamente.

Aliás, se se reconhecer ao órgão fracionário alguma discrição ao apreciar o requerimento de uniformização da jurisprudência,[25] fica patente a influência do maior ou menor rigor empregado em tal apreciação: dependerá dele que se dê ou não seguimento ao incidente, e portanto que o órgão fracionário venha ou não a ficar vinculado a tal ou qual tese jurídica no momento de julgar a causa.

13. *Observações finais* — Está longe de exaurir-se com o que ficou dito até agora a enumeração dos fatores extrajurídicos suscetíveis de influir nas decisões dos órgãos colegiados. Por mais de um motivo abstemo-nos de prolongá-la.

O primeiro é o receio de, prosseguindo, alarmar algum leitor além de toda medida razoável. Não desejamos dar a ninguém a impressão de que os julgamentos desse tipo se resolvem, afinal de contas, numa espécie de loteria, onde o que menos importa é o direito da parte. Nossa experiência de magistrado não nos autoriza em absoluto a insinuar que em qualquer hipótese sobrepaire a tudo mais a temperatura reinante na sala de sessões, ou a hora em que se examina a causa, ou alguma vicissitude fisiológica de juiz ou de advogado... Tais fatores atuam, é certo; mas, à evidência, não atuam todos ao mesmo tempo, nem com igual intensidade. Em muitos casos, sua influência será tão pequena a ponto de tornar-se praticamente irrelevante. É bom tomarmos consciência de que o fenômeno existe; evitemos, porém, exagerar-lhe o alcance, convertê-lo em pretexto para uma sorte de mania persecutória.

Soma-se a isso a percepção clara de nossas próprias limitações. Não obstante as leituras que possamos ter em ambos os setores, falta-nos formação técnica especializada em sociologia da Justiça e em psicologia judiciária.[26] Semelhante carência, com certeza óbvia para quem quer que haja lido as páginas precedentes, aconselhava (e aconselha) muita cautela e nenhuma pretensão. Inspirou-nos mesmo, entre outras coisas, uma atitude mais *descritiva* que *valorativa* em relação aos fatos apresentados. É verdade que, aqui e ali, não conseguimos deixar de emitir juízos de valor; mas a perspectiva em que nos quisemos colocar decididamente não foi a de um estudo essencialmente *crítico* de aspecto algum do funcionamento dos tribunais.

25 Como hoje nos parece razoável: vide BARBOSA MOREIRA, Coment. cit., vol. V, p. 17.

26 São áreas científicas, aliás, em que a produção nacional não se tem distinguido nem pela quantidade, nem — com as exceções de praxe — pela qualidade. Veja-se em GILLES; *Der Beitrag der Sozialwissenschaften zur Reform des Prozessrechts*, no vol. cit. em a nota 3, supra, a impressionante enumeração das principais obras publicadas na República Federal da Alemanha, nos anos imediatamente anteriores a 1983 (hoje, a lista seria sem dúvida muito mais longa), no campo da investigação sociológica em temas relacionados, de forma direta ou indireta, com o processo. Oxalá os elementos que aqui singelamente alinhamos possam ser úteis a algum especialista pátrio, porventura disposto a dedicar ao assunto a atenção que ele merece.

Os dados com que lidamos provêm, em grandíssima parte, de observações pessoais feitas ao longo de treze anos e meio de exercício da judicatura no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Algo, contudo, deve ficar bem claro: se em algum ponto o leitor identificar referência a comportamento menos recomendável para um julgador, esteja certo de que ela não reflete necessariamente o resultado da contemplação de qualquer dos juízes com quem nos honramos de conviver naquela corte. Pode muito bem suceder — e sem dúvida mais de uma vez sucederá — que observado haja sido... o próprio autor do trabalho. Só me permito aditar que essa auto-observação não se cingiu a comportamentos efetivamente manifestados, senão que também abrangeu estados de espírito, movimentos interiores, inclinações psíquicas — ou, se quiserem palavra mais forte e talvez mais exata, *tentações*. Sinceramente esperamos que, na maior parte dos casos, sobre essas haja prevalecido a voz da consciência que, implacável, nos chamava a cumprir com zelo os deveres do cargo. É o máximo que nos achamos em condições de dizer sem incorrer em presunção temerária...

POLUIÇÃO E TRIBUTAÇÃO

JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA[1]

1. O comportamento humano em face do meio ambiente — princípios jurídicos; 2. O Estado como promotor da preservação ambiental — princípio do poluidor-pagador — recursos públicos; 3. As espécies tributárias e sua inserção na política de defesa do meio ambiente; 4. Conclusões.

Resumo

Em face de uma histórica e crescente destruição da Natureza pela intervenção humana, as Nações Unidas formularam vinte e dois princípios jurídicos retores da convivência humana com o meio ambiente, dos quais exsurge a responsabilidade dos Estados na preservação do meio ambiente, havendo necessidade de estruturarem-se serviços públicos competentes, o que suscita a questão do custeio da proteção ambiental, a determinar a adoção do princípio do poluidor-pagador. Tal pode ser realizado também através do sistema tributário, adequando-se as espécies tributárias à chamada tributação ambiental. Nos Estados Unidos, o imposto é amplamente empregado no mecanismo da tributação ambiental, enquanto na Europa também se empregam as taxas ambientais. As contribuições de melhoria se prestam naturalmente a custear obras públicas de conteúdo ambientalista que valorizem propriedades imobiliárias. A Constituição Federal brasileira omitiu-se quanto à tributação ambiental, mas a Constituição do Estado do Rio de Janeiro é expressa ao determinar a adoção de política tributária que implemente o princípio do

1 Relatório apresentado à Comissão Fulbright em decorrência da participação do autor no Seminário Teórico-Prático de Direito Ambiental Comparado, realizado, nos Estados Unidos, sob o patrocínio daquela Comissão.

poluidor-pagador. Recomenda-se a adoção da temática "poluição-tributação" no Direito Financeiro e Tributário brasileiro, já que ele não é infenso à tributação ambiental.

1. *O comportamento humano em face do meio ambiente — princípios jurídicos*

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 a verdura das plantas". E, completa o Livro Sagrado, "assim se fez e era muito bom."[2]

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 desastrada 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 a ORGANIZAÇÃO DAS 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 um 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 eqüidade 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 eqüitativa" — que prevê a um só tempo a solidariedade e a

2 *Gênesis*, capítulo 1.

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 meta econômico-social o que se denomina de "desenvolvimento sustentável"[3].

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.

O desenvolvimento sustentável 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.

2. *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 co-participação ou interferência prévia dos setores ambientais abalizados, tendem a não sopesar ou não avaliar adequadamente as repercussões ambientais de decisões de política econômica, comercial, agrícola, energética, tributária.

3 NOSSO FUTURO COMUM, publicação da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1988, p. 388/389.

4 A Constituição do Brasil dispõe no seu artigo 225 que: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

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]. No Brasil, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1989, consagrou expressamente este princípio[6].

Cria-se, assim, no 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[7].

O princípio do poluidor-pagador pode realizar-se tanto através do licenciamento administrativo, da imposição de multas, de determinação de limpeza ou recuperação ambiental, como através da cobrança de tributos, enquanto fontes de recursos para custeio de proteção ambiental.

Exemplo de engenhoso mecanismo de financiamento estatal da preservação ambiental é fornecido pelo chamado "SUPERFUND" nos Estados Unidos: trata-se, como diz o nome, de um gigantesco fundo público (previsão de recursos da ordem de US$ 9,000,000,000.00 até o final de 1991), o qual é destinado ao combate à poluição por resíduos perigosos ("hazardous wastes").

O "Superfund" foi criado pela lei de revisão, de 1986, do CERCLA — Comprehensive Environmental Responde, Compensation and Liability Act, de 1980, e compõe-se de receitas provenientes de arrecadação do imposto de renda, do imposto sobre petróleo e derivados e do imposto sobre produtos químicos perigosos e derivados. Respaldada por esses volumosos recursos, a autoridade ambiental pode determinar a limpeza (*clean-up*) de determinado local degradado pelos resíduos perigosos. O(s) administrado(s) responsável(eis) pela limpeza que não a fizerem sujeitar-se-á(ão) ao ressarcimento, em *triplo*, dos respectivos custos incorridos pelo Estado, salvo hipótese de justa causa, quando se dá, apenas, o reembolso das despesas efetuadas pelo Poder Público. Anote-se que se trata de responsabilidade objetiva e solidária

5 THE POLLUTER-PAYS PRINCIPLE, publicação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 1975.

6 O art. 258, parágrafo 1º, nº XVIII, determina a adoção de política tributária que implemente o princípio do poluidor-pagador.

7 Wallace E. Oates, *"Deveria a Poluição Ser Tributária?" in Economic Impact*, nº 65, p. 27/31 (ed. em português, USIA, Washington, DC, 1989/3).

dos atuais e dos anteriores proprietários ou operadores do local ("site"), e dos transportadores ou lançadores dos resíduos perigosos[8].

O SUPERFUND se constitui em exemplo representativo de *eficiência legislativa* na constituição e utilização de fundos públicos através da *vinculação de impostos*, e de satisfação do *princípio do poluidor-pagador* no custeio da recuperação ambiental.

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"[9].

No Brasil, salvo revisão do art. 167, IV, da Constituição Federal[10], a técnica de vinculação de impostos não pode ser aplicada[11]. É que, ressalvadas as exceções ali expressas, consagrou-se constitucionalmente (como na Carta de 1967) o princípio orçamentário de não-afetação da receita. É verdade que já se verificou uma evolução em relação à Constituição anterior, que vedava a vinculação de qualquer *tributo*, enquanto a atual restringe a proibição aos *impostos*. De qualquer maneira, embora respeitável, o princípio financeiro-

8 Admitem-se como justa causa para não proceder à limpeza ou recuperação determinada administrativamente a força maior, o caso fortuito, o risco de falência em virtude de realização de tal despesa, e exigüidade do prazo concedido pela autoridade ambiental etc.

9 USA, Committee on Ways and Means US House of Representatives: OVERVIEW OF THE FEDERAL TAX SYSTEM, Washington, D.C., 1990 Edition.

10 "Art. 167. São vedados:
I a III — *omissis*;
IV — 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 a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, parágrafo 8º".

11 Cf., do Autor, *MEIO AMBIENTE, TRIBUTAÇÃO E VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS*, tese aprovada no XVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado (Belém, 1991), na qual apresentou a seguinte proposta de emenda à Constituição Federal:
"Art. 167. São vedados:
I a III — ... *omissis* ...;
IV — 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 *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*".
Introdução de um parágrafo 7º ao 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."

orçamentário da não-vinculação da receita não deveria estratificar-se draconianamente no texto da Constituição, o que impede o atendimento a exceções que se impõem em face de relevantes circunstâncias ou valores que necessitam ser atendidos. E se a saúde da população e o meio ambiente ecologicamente equilibrado são *prioridades nacionais* (arts. 197 e 225 da Constituição), muitas vezes haver-se-á que garantir também a *primazia do desembolso* das verbas públicas respectivas, o que se enseja exatamente através da vinculação da receita[12].

3. *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)[13]

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)[14].

12 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, assegurar-se-lhe também a *primazia do desembolso* das verbas públicas respectivas, o que se enseja extremamente através da *vinculação da receita*.

13 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 de Janeiro, 1991 — no prelo. 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, critérios cientificamente hábil a diferençar 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". Cf. do Autor, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA — CONTEÚDO E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 53-54.

14 Diferentemente do que sucede com a imposição tradicional — que visa exclusivamente à arrecadação de recursos financeiros (fiscais) para prover ao custeio dos serviços públicos — conceitua-se como tributação *extrafiscal* aquela que é orientada para *fins outros* que não a captação de dinheiro para o Erário, tais como a redistribuição da renda e da terra, a defesa da

Do ponto de vista ambiental é usual[15] a classificação das exações públicas em:

— "effluent charges" (literalmente, encargos sobre efluentes): cobrados em geral sobre as descargas poluentes líquidas, aéreas ou sonoras;

— "user charges" (encargos de usuário): cobrados sobre a utilização dos sistemas de esgotamento sanitário público;

— "administrative charges" (encargos administrativos): cobrados em face das atividades públicas de controle, autorização, registro e fiscalização;

— "product charges" (encargos sobre produtos): cobrados sobre o preço de produtos poluentes; um sistema de graduação de alíquotas ("tax differentiation") permite incentivar-se ou desestimular-se a produção e o consumo de bens mais ou menos meritórios face às políticas ambientais.

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 dedutibilidade de doações de terrenos e matas com finalidade preservacionista.

Ora, no Brasil, tendo-se em consideração o disposto no art. 16 do "CTN" (Código Tributário Nacional)[16], os impostos indiretos[17] sobre a produção e o

indústria nacional, a *orientação dos investimentos para setores produtivos ou mais adequados ao interesse público*, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial, etc. (Cf., do Autor, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, op. cit., p. 54 e n. 28, 73).

15 Cf. ECONOMIC INSTRUMENTS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, 1989, p. 14/15 e segs.

16 Art. 16 do CTN: "*Imposto* é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte."

17 Impostos *pessoais* são aqueles cujo fato gerador e base de cálculo levam em consideração as condições individuais do contribuinte; são geralmente ditos *direitos*, pois, economicamente, o respectivo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte indicado na lei como tal. Ao revés, dizem-se *reais* (do Latim *res, re*) os impostos que são decretados sob a consideração única da matéria tributável com abstração das condições personalíssimas do contribuinte; são geralmente ditos *indiretos*, pois, pago o tributo, o contribuinte, dito *de direito*, logra ressarcir-se do seu ônus, transferindo-o a terceiro ("contribuinte de fato") que, economicamente e indiretamente, acaba sofrendo o peso do sacrifício fiscal. Cf., do Autor, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, op. cit., n. 5, p. 70.

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, de sorte a se estimular a fabricação de produtos mais eficientes e menos poluidores e desestimular a dos que sejam ineficientes e poluidores (excelente exemplo seria a tributação diferenciada para veículos ou máquinas que apresentassem baixo consumo e que utilizassem combustíveis "limpos" ou não-poluentes ou tivessem equipamentos antipoluição). 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 empregam-se as *taxas ambientais*[18] (às quais os Estados Unidos são refratários)[19] 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[20].

No direito brasileiro, em matéria de *taxa*, à luz do artigo 77 do C.T.N.[21], parecem admissíveis como fatos geradores o licenciamento, a fiscalização e a limpeza ou recuperação ambientais, tendo como respectivas bases de cálculo

18 Cf. DEREGULATION AND ENVIRONMENTAL QUALITY — THE USE OF TAX POLICY TO CONTROL POLLUTION IN NORTH AMERICA AND WESTERN EUROPE, de CRAIG E. REESE, Quorum Books, Wesport, Connecticut. London, England, 1983. Cf. também ECONOMIC INSTRUMENTS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1989.

19 Roger W. Findley e Daniel A. Faher, *in* ENVIRONMENTAL LAW, 2ª ed., West Publishing Co., Nutshell Series, St. Paul, 1988, p. 121.

20 INTERNATIONAL HANDBOOK OF POLLUTION CONTROL, Edward Kormondy, coord., Greenwood Press, New York. Westport, Connecticut. London, 1989.

21 Art. 77 do CTN: "As *taxas* cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular de poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

o custo dos serviços públicos de licenciamento e fiscalização, e o custo da limpeza ou recuperação correlacionáveis, exemplificativamente, a situações individuais dos contribuintes (tipo de estabelecimento/instalações/atividades, área fiscalizada etc). e aos volumes de emissões, despejos ou produção de resíduos poluidores.

A Constituição Federal brasileira omitiu-se quanto à *tributação ambiental*. Mas a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1989, é, como visto, expressa no art. 258 ao determinar a adoção de *política tributária* que implemente o *princípio do poluidor-pagador*, enquanto o art. 259 assim dispõe, a propósito das *taxas ambientais*:

> "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* prevista no art. 81 do C.T.N.[22], 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[23].

4. *Conclusões*

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 a 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

22 Art. 81 do CTN: "A *contribuição de melhoria* cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado."

23 Cf., do Autor, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, op. e loc. cit.

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).

A inserção da temática "poluição e tributação" no Direito Financeiro e Tributário brasileiro, a par de sistematizar a chamada *tributação ambiental*, se recomenda em virtude da relevância assumida pela preservação do meio ambiente e dos vultosos recursos necessários a que a ela se proceda eficazmente, sobretudo se se considerar a priorização desse valor na própria Constituição Federal. É inegável a utilidade da *tributação ambiental* como instrumento de arrecadação de recursos para a prevenção ou recuperação do meio ambiente (tributação fiscal), bem como, de um ponto de vista extrafiscal, para combater práticas degradadoras ou estimular condutas preservadoras do meio ambiente.

A experiência tributária norte-americana, em especial no campo dos impostos, pode ser adaptada ao direito brasileiro, que não é infenso à tributação ambiental.

Também as taxas e as contribuições de melhoria prestam-se, por sua natureza, a servir de meio de financiamento das ações do Poder Público destinadas à promoção da preservação e recuperação do meio ambiente.

Nesta como noutras matérias pertinentes ao Direito Ambiental, a adoção e a implementação do instrumental jurídico dependerá da determinação política dos Governantes e da mobilização da sociedade com vistas a dotar o País de mecanismos eficientes de proteção ao meio ambiente, processo que há de deitar raízes na educação da população e que deverá frutificar na consciente harmonização do desenvolvimento econômico com o respeito ao equilíbrio da ordem natural em benefício da qualidade de vida das gerações presentes e sobretudo das futuras.

BIBLIOGRAFIA (Somente obras citadas no texto)

DOMINGUES-DE-OLIVEIRA, José Marcos — CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, CONTEÚDO E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988.

— *ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS*, conferência proferida no V Congresso Nacional de Estudos Tributários da Academia Brasileira de Direito Tributário, Rio de Janeiro, 1991 (no prelo).

— *MEIO AMBIENTE, TRIBUTAÇÃO E VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS*, tese aprovada no XVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Associação Nacional de Procuradores de Estado, Belém, 1991.

FINDLEY, Roger W. e FAHER, Daniel — ENVIRONMENTAL LAW, 2ª ed., West Publishing Co., Nutshell Series, St. Paul, 1988.

KORMONDY, Edward (coord.) — INTERNATIONAL HANDBOOK OF POLLUTION CONTROL, Edward Kormondy, coord., Greenwood Press, New York. Westport, Connecticut. London, 1989.

OATES, Wallace E. — *"Deveria a Poluição Ser Tributada?", in Economic Impact*, nº 65, (ed. em português, USIA, Washington, DC, 1989/3).

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT — *Economic Instruments for Environmental Protection*, Paris, 1989.

— *The Polluter-Pays Principle*, Paris, 1975.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento) — NOSSO FUTURO COMUM, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1988.

REESE, Craig E. — DEREGULATION AND ENVIRONMENTAL QUALITY — THE USE OF TAX POLICY TO CONTROL POLLUTION IN NORTH AMERICA AND WESTERN EUROPE, Quorum Books, Wesport, Connecticut. London, England, 1983.

U.S.A. Committee on Ways and Means US House of Representatives: OVERVIEW OF THE FEDERAL TAX SYSTEM, Washington, D.C., 1990 Edition.

MANDADO DE INJUNÇÃO: ASPECTOS POLÊMICOS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

LUÍS CESAR SOUZA DE QUEIROZ

Introdução

Este trabalho tem por objetivo o estudo de uma das mais importantes novidades da Constituição brasileira de 1988, o *Mandado de Injunção*.

A relevância deste instituto é incontestável, sendo evidenciada pela sua finalidade, que é a de garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A importância do Mandado de Injunção somente é comparável com o volume de dúvidas sobre sua adequada compreensão, tanto a nível doutrinário quanto a nível jurisprudencial.

Ao desenvolver o trabalho, proceder-se-á uma verificação do mandado de injunção à luz do Direito Constitucional Positivo Brasileiro, quando, então, serão enfrentados os principais pontos que atormentam os estudiosos da matéria. O primeiro deles é a definição de mandado de injunção, como também a fixação de sua natureza jurídica. Enfrentar-se-á, ainda, um dos temas mais controvertidos sobre o assunto: qual o conteúdo da prestação a ser proferida pelo Poder Judiciário quando do julgamento do mandado de injunção, ou seja, qual o efetivo alcance da ordem de injunção.

A seguir serão analisadas algumas das principais decisões da Suprema Corte do país sobre *mandado de injunção*, demonstrando como o Poder Judiciário tem compreendido o instituto. Será dado um enfoque especial aos pontos acima abordados, destacando a evolução do posicionamento do Judiciário frente ao instituto, reflexo natural do amadurecimento do *mandado de injunção* no cenário jurídico nacional.

O trabalho será ultimado com a exposição das conclusões envolvendo as

questões propostas e discutidas, procurando, de alguma forma, contribuir para a compreensão e absorção de tão importante instituto pelo mundo jurídico.

I. *O mandado de injunção no direito constitucional positivo brasileiro*

Para se interpretar um conceito jurídico é preciso, seguindo o ensinamento de *Karl Engisch*[1], estabelecer o seu conteúdo e o seu alcance. O conteúdo é fornecido pelo cientista do direito ao efetuar a definição do conceito, sendo o alcance o grupo de casos individuais que se subsumem no conceito jurídico. Todo esse processo interpretativo, que se utiliza de vários métodos (gramatical, histórico, lógico e sistemático), insiste *Engisch*, deve conduzir à compreensão do instituto, que se caracteriza pela apreensão do conteúdo real (objetivo) de uma expressão, e pela apreensão dos motivos daquele que se exprime.

I.1. *Definição*

O mandado de injunção foi introduzido no Direito Constitucional Positivo Brasileiro através da Constituição de 1988, que em seu art. 5º, inciso LXXI, assim dispõe:

> "LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

O mandado de injunção está incluído no Título II da Constituição que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente, no Capítulo I que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Por se tratar de um instituto novo, sem identidade com qualquer outro do direito comparado, há naturais divergências entre os autores ao proceder a definição.

Vale, portanto, citar a definição de mandado de injunção de alguns estudiosos do assunto.

José Afonso da Silva[2] ensina que "o certo é que se trata de uma ação judicial, ou seja, de um meio de invocar a atividade jurisdicional que terá por objeto assegurar o exercício:

1 Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 126 e ss.

2 *Ob. cit.*, p. 28.

1) de qualquer direito (individual, coletivo, político, econômico ou social) outorgado pela Constituição, desde que não regulamentado;

2) das liberdades constitucionais, não regulamentadas, quando essa regulamentação for exigida na Constituição, como no art. 5º, VI e VII;

3) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Soberania aqui é a soberania popular, nos termos do art. 14 da Constituição, não a soberania estatal, que esta não é prerrogativa individual, mas do Estado."

Por sua vez, Celso Agrícola Barbi[3] entende que "parece fora de dúvida que o mandado de injunção é uma garantia fundamental porque serve para assegurar outros direitos constitucionais ameaçados de não-uso por falta de norma regulamentadora".

José Cretella Júnior[4] define o mandado de injunção "como a ação civil do rito sumário, que possibilita a todo aquele, que tem direito subjetivo público ou privado, exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tornados inviáveis pela falta de norma regulamentadora".

Para o saudoso Hely Lopes Meirelles[5], "Mandado de Injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Const. Rep., art. 5º, LXXI)."

Celso Ribeiro Bastos[6] situa o mandado de injunção entre as garantias constitucionais.

Arrematando, pontifica Ulderico Pires dos Santos[7] que "Injunção é ordem formal, cogente. Sua força é mandamental, imperativa e determinante no sentido de que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa por determinação da autoridade judiciária. É, pois, um *praeceptum de faciendo* ou *praeceptum de non faciendo* de ordem constitucional contra atos dos Poderes Legislativo e Executivo e até mesmo contra os do Poder Judiciário."

Tomando por base estas e outras definições não citadas, é possível traçar os contornos do conceito jurídico de mandado de injunção: *é uma ação constitucional, de natureza constitutiva (com efeitos somente entre as partes),*

3 Celso Agrícola Barbi, *"Mandado de Injunção" in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Ed. Saraiva, 1990, p. 393.

4 José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição, 1988*, vol. 2, RJ, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 724.

5 *Ob. cit.*, p. 131.

6 *Ob. cit.*, p. 220.

7 *Ob. cit.*, p. 14.

incluída entre as garantias fundamentais, que tem por objetivo a asseguração do exercício efetivo de quaisquer direitos, e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, desde que os direitos, as liberdades e as prerrogativas já estejam conferidos pela Constituição, estando, todavia, inviabilizados por falta de regulamentação.

I.2. *Da natureza jurídica*

Discute-se, ainda, em doutrina sobre a natureza jurídica do mandado de injunção, o que foi possível verificar pelas diversas definições do instituto.

Há os que consideram ser de *natureza meramente declaratória*, identificando-a com a da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, outra nova figura introduzida pela Constituição de 1988 (art. 103, § 2º).

Outros entendem que a *natureza jurídica* é *condenatória*, cabendo, pois, ao Poder Judiciário conceder, diretamente, aquele direito pretendido pelo impetrante.

Corrente diversa, é a que defende a *natureza constitutiva* do mandado de injunção. Para os partidários dessa corrente a ordem de injunção tem por objeto a criação, para o caso concreto em questão, da norma regulamentadora necessária para viabilizar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa, de que seja titular o impetrante.

A última corrente é a que entende tratar-se de *natureza mandamental*, devendo o Poder Judiciário dar ciência ao Poder omisso da mora em regulamentar, para que este adote as providências necessárias, e se se tratar de direito oponível contra o Estado, que sejam suspensos os processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse omissão inconstitucional.

Expostas as diversas correntes sobre o tema, cabe manifestar-me a respeito. Entendo ter o mandado de injunção natureza jurídica constitutiva, limitando-se a criar a norma regulamentadora para o caso concreto.

I.3. *Alcance da ordem de injunção*

A determinação do alcance da ordem de injunção é um dos pontos mais controvertidos na doutrina. Os reflexos desta controvérsia, naturalmente, se reproduzem na jurisprudência.

Para discutir-se sobre o alcance da ordem de injunção, é preciso fixar a natureza jurídica de mandado de injunção. Estabelecer o alcance da ordem de injunção é precisar que tipo de providência jurisdicional deve o juiz proferir ao julgar este *writ*. O mandado de injunção, quanto à providência jurisdicional, poderia ser classificado em ação: meramente declaratória, condenatória, constitutiva ou mandamental. Esta questão foi examinada no Capítulo anterior, onde as quatro correntes foram apontadas.

Por uma implicação lógica, deve haver uma correlação entre a fixação da natureza jurídica do mandado de injunção e a determinação do alcance da ordem de injunção. Vale examinar o posicionamento doutrinário a respeito desse tema.

José Afonso da Silva[8] não se prende a uma das correntes, considerando inócua a discussão acerca da natureza jurídica do mandado de injunção. Assim, afirma que "O mandado de injunção é, pois, uma ação judicial. Nota-se muita preocupação em definir *a priori* qual a natureza dessa ação. Diz-se que isso é necessário para que o Juiz possa saber que rumo imprimir ao processo e a seu julgamento. Ora, essa preocupação de encaixar institutos novos nos velhos esquemas teóricos do processo não é sequer científico. Compete ao Juiz, sem essas preocupações teórico-abstratas, decidir a lide, com os elementos e pressupostos que a própria Constituição já oferece. Depois, a prática vai definindo a configuração do instituto, quando, então, incumbirá à doutrina definir sua natureza, quer identificando-a a uma das existentes (*ação meramente declaratória, ação constitutiva, ação condenatória, ação mandamental*), ou reconhecendo nela um novo tipo. Pode ser quando se determine a matrícula de um aluno. Pode ser que, em outros casos, tenha outra natureza: seja condenatória, ao condenar, por hipótese, que determinada categoria econômica conceda à categoria de trabalhadores a participação nos lucros de suas empresas. Pode ser que, em outros casos, seja cominatória. O que se pode talvez dizer a esta altura é apenas que o processo injuncional será de conhecimento com subseqüente execução de sentença em muitos casos; em outros, talvez apenas com execução cominatória ou mandamental como no mandado de segurança."

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos[9] tece algumas considerações sobre o assunto, e conclui sem indicar, de forma precisa, um tipo de providência jurisdicional. Leciona o professor: "O problema fundamental que a medida suscita é saber que tipo de provimento cabe ao Poder Judiciário baixar; é dizer, reconhecida na pessoa do impetrante a titularidade de um direito constitucional e constatada ainda a impossibilidade de sua função por ausência de norma regulamentadora, o que deve fazer o órgão jurisdicional incumbido de julgar a medida? Deferi-la? Sim, por certo. Mas para que efeito? Três soluções são logicamente comportáveis: a primeira consistiria em o próprio Judiciário editar a norma faltante. De fato, se é este o óbice fundamental ao exercício

8 *Ob. cit.*, p. 27/8.
9 *Ob. cit.*, p. 220/1.

do direito, na ausência de uma norma, que o órgão competente para baixá-la se omite em fazê-lo, não é destituído de sentido, à primeira vista ao menos, o pretender-se deslocar esta tarefa para o Poder Judiciário, que de forma substitutiva, de forma vicária, se comportaria como um legislador editando uma norma que a princípio deveria ser baixada pelo próprio legislador ou administrador remisso.

O efeito desta decisão seria obviamente *erga ommes*.

Uma segunda concepção alicerça-se no pressuposto essencial de que o provimento jurisdicional deve ser feito valer tão-somente no caso concreto, isto é: ao órgão judicante compete tão-somente expedir aqueles comandos e diretrizes que confiram satisfação ao requerente do mandado, sem qualquer possibilidade de que o decidido beneficie terceiros não-integrantes do feito. Note-se que nesta concepção do instituto subjaz ainda a idéia de que o magistrado possa e deva exercer função legislativa, ponto que mais adiante discutiremos.

Finalmente, uma terceira solução é imaginável: a de que o Judiciário ordene à autoridade omissa que baixe as medidas viabilizadoras do exercício do direito. As sanções pelo descumprimento seriam várias, dependendo sobretudo do órgão emissor da norma. Se se tratar de autoridade administrativa, é perfeitamente lícita a cominação de prazo para que aja, sob pena de ver-se incursa na figura delituosa do descumprimento de ordem judicial. Se a omissão for legislativa, a procedência do mandado de injunção formalizará claramente a responsabilidade daquele poder que, se não se desonerar do dever que lhe incumbe, sujeitar-se-á a sanções que podem ser desde uma ação de indenização contra o Estado com vistas à reparação dos danos sofridos pelo impetrante, com possível ação de regresso contra os agentes causadores do dano, até as sanções de cunho extrajurídico, mas para as quais a decisão judicial muito colabora, consistente na não-recondução daqueles legisladores faltosos.

Das três hipóteses elencadas, a primeira é absolutamente descartável. Se é certo que o problema da omissão legislativa é grave, não é igualmente certo transformar-se o julgador por profissão no substituto de um legislador ou autoridade administrativa, conforme o caso, também por profissão, mas, na verdade descumpridores de seus deveres.

E conclui: "A solução para o problema há de se obter conferindo ao magistrado a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, sem a necessidade de transmudar-se o julgador em legislador. A solução há de ser, como vimos, adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de integração que se requer. Não se nega que, em muitas hipóteses, ao magistrado seja dado prover a situação com diretrizes suficientes

para conferir operacionalidade ao direito do impetrante. Exemplo disto é o direito assegurado no art. 5º, L: 'Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação'."

Existem os que equiparam o alcance do *mandado de injunção* ao da ação de inconstitucionalidade por omissão, o que é inaceitável. Desse entendimento compartilha Manoel Gonçalves Ferreira Filho[10], ao afirmar que "O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a 'separação de poderes', não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os 'princípios fundamentais' da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição. De fato, o art. 60, § 4º, III, como anteriormente lembrado (Cap. 21), inova no Direito brasileiro, proibindo seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a 'separação de poderes'.

Concluímos, pois, que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como conseqüência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrador, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção."

Comunga do mesmo entendimento Alcino Pinto Falcão[11] ao questionar "Como procederá, entre nós, o órgão do Poder Judiciário competente, ao apreciar da omissão (falta de norma regulamentar, como prevê o texto)? O inciso não lhe dá poder *constitutivo*, para editar um sub-rogado da 'norma regulamentar', nem para, na sentença, cominar qualquer prazo e sanção para o não entendimento da sentença, cominar qualquer prazo e sanção para o não atendimento da sentença em prazo côngruo. Estranha garantia, que — posto contraditório processual — afinal se resolverá num inócuo *notum facere*, que ficará dependente da boa-vontade do órgão passivo na relação processual e que — se for o legislativo — poderá deixar (sem que na sentença) para as Calendas Gregas o atendimento do mandado (sic), que afinal nada mais será que um pomposo *notum facere*. Se o mandado de segurança até hoje tem alimentado divergências entre os nossos processualistas, esse novo mandado

10 *Ob. cit.*, p. 277.
11 *Ob. cit.*, p. 309.

de injunção, no que toca à natureza da ação, será o maior quebra-cabeça para a nossa processualística.

Por isso — embora concordando em que, como quer o ilustre professor paulista, o inciso contenha os pressupostos necessários para ajuizar-se o remédio — considero não se tratar de norma perfeita, mas sim *minus quam perfecta*, por falta de sanção para o caso de não atendimento do disposto em sentença, mesmo quando do STF (art. 102, I, q e II, a). Em termos práticos, pouco ou nada sobrará para o impetrante vitorioso, a não ser um atestado para certificar que tinha razão ao dizer que seu direito assegurado na Constituição não estava sendo viável, por omissão de norma regulamentadora e ficar aguardando que a sentença sensibilize o órgão competente para editar a carente norma regulamentadora."

Há quem defenda um caráter constitutivo, criando o Judiciário a norma regulamentadora, beneficiando terceiros que estejam em situação igual a do impetrante. Assim escreve Diógenes Gasparini[12]: "A execução da sentença faz-se por meio de comunicação ao Poder, órgão ou autoridade competente para cumpri-la, nos termos e condições mencionados na própria decisão. Executada a sentença com a edição da norma regulamentadora, todos os que se encontram em situação igual a do impetrante podem perante ela fazer valer seus direitos."

Por último, há quem adote a corrente constitutiva, conferindo a ordem de injunção apenas o efeito de criar a norma para o caso concreto, assegurando, ainda, se o caso exigir, uma medida assecuratória do direito. Nesta linha posiciona-se Celso Agrícola Barbi[13]: "A fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto na imprensa, ou em entrevistas, é a de o juiz criar, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda.

Essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usar funções próprias de outro Poder."

Entende da mesma forma o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso[14]: "Registre-se que o mandado de injunção tem caráter substancial, ao contrário do mandado de segurança, que é mais instrumento processual de realização de direito líquido e certo, isto é, de direito subjetivo que decorre de uma relação fático-jurídica, fato-direito objetivo, em que os fatos devem estar comprovados de plano. O mandado de injunção, por ter caráter substantivo,

12 *Ob. cit.*, p. 568.
13 *Ob. cit.*, p. 391.
14 *Ob. cit.*, p. 170 e segs.

faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria 'para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial', ou adota 'uma medida capaz de proteger o direito reclamado'."

E complementa, fazendo referência ao julgamento do MI 283-DF: "Nesse julgamento, permaneci fiel à tese que sustento, no sentido de que deve a Corte, ao julgar procedente o mandado de injunção, elaborar a norma para o caso concreto. Baseando-se no projeto de lei em andamento no Congresso Nacional, que regulamenta o § 3º do art. 8º do ADCT, elaborei a norma para o caso concreto. Obtida a norma, o interessado ajuizaria, no Juízo de 1º grau, a ação própria. No MI 284-DF, em que se discutiu matéria igual, Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu no mesmo sentido. O meu voto foi na linha do proferido no MI 283-DF.

No MI 232, em que o contribuinte desejava gozar de isenção inscrita no § 7º do art. 195 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal marcou o prazo de seis meses para que o Congresso editasse a lei regulamentadora. Se não o fizesse, o contribuinte-impetrante entraria no gozo do direito outorgado pela Constituição. Também neste caso, fiel ao meu ponto de vista a respeito do tema, elaborei a norma para o caso concreto.

Nos MMII 95-RR e 124-SP, em que se pleiteava a viabilização do direito ao aviso prévio proporcional concedido pelo art. 7º, XXI, da Constituição, o Supemo Tribunal Federal deferiu, em parte, o pedido, para, declarada a mora, notificar o legislador para que a supra. No julgamento desses mandados de injunção, o que ocorreu, também, no julgamento do MI 369-DF, elaborei a norma para o caso concreto: o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observando o mínimo de trinta dias. Obtida a norma — e é exatamente isto o que o impetrante procura obter no mandado de lei injunção —, o impetrante, no Juízo Trabalhista, mediante reclamação, comprovará os dados fáticos que comporão a relação fatos-norma objetiva, vale dizer, os fatos sobre os quais a norma obtida incidirá. Dessa incidência poderá surgir o direito subjetivo perseguido, sendo tal decisão do Juízo Trabalhista. Em síntese: julgado procedente o mandado de injunção, pelo STF, obtém-se a norma para o caso concreto. Com a norma, o interessado ajuiza a competente ação; nesta, se for o caso, os fatos deverão ser comprovados."

Considerando as diversas posições acima descritas, parece-me mais adequado entender que a ordem de injunção tem por alcance a criação de uma norma especial, para o caso concreto do autor da demanda, que faz as vezes da norma infraconstitucional ausente, o que viabiliza o exercício do direito constitucional por parte deste autor.

II. *O mandado de injunção à luz da jurisprudência*

Neste ponto será demonstrada a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do mandado de injunção.

A seqüência dos acórdãos é informada pela data do julgamento, o que permite uma visualização do amadurecimento e da progressiva absorção do instituto por parte da Suprema Corte com o passar do tempo.

V.1. *Mandado de Injunção nº 107-DF (Liminar-Questão de Ordem)*

"Mandado de Injunção nº 107-DF
(Liminar-Questão de Ordem)
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves.

Requerente: José Emídio Teixeira Lima

Requerido: Presidente da República

Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não.

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte — que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q —, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mando de injunção, nos termos do voto do relator.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da Questão de Ordem que lhe submeteu o Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de reconhecer a natureza mandamental do Mandado de Injunção e a auto-aplicabilidade do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, adotando-se, no que couber, o procedimento do Mandado de Segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 23 de novembro de 1989 — Néri da Silveira, Presidente — Moreira Alves, Relator."

O julgamento deste mandado de injunção, com data de 23.11.89, constitui-se num *leading case*. Nele, pela primeira vez, o pleno da Suprema Corte examinou duas questões fundamentais: a de natureza jurídica do mandado de injunção, e a da auto-aplicabilidade ou não do *writ*.

Neste julgamento, o relator, Ministro Moreira Alves, primeiro definiu a natureza da ação como sendo mandamental, e com base nessa conclusão, decidiu que o mandado de injunção era auto-aplicável.

O Ministro Moreira Alves analisou as correntes mandamental e constitucional sobre a natureza jurídica do mandado de injunção. Quanto à segunda, dividiu-a em duas partes: a) a dos que defendem uma eficácia somente entre as partes; b) a dos que defendem uma eficácia *erga omnes*.

Concluiu o Ministro relator pela natureza mandamental do *writ*.

Por ter definido a *natureza jurídica do mandado de injunção* como sendo *mandamental*, o Ministro considerou a norma do art. 102, I, "q" (que dispõe sobre a competência do Supremo para procurar e julgar o mandado de injunção) auto-aplicável.

É mister observar, que mesmo tendo o Supremo aproximado o mandado de injunção da ação de inconstitucionalidade por omissão, não igualou os dois institutos. No caso em questão, decidiu pela suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que pudesse advir dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. É evidente que este tipo de decisão é incompatível com o pedido em uma ação de inconstitucionalidade por omissão.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, foi unânime, acompanhando o voto do relator, o Ministro Moreira Alves.

V.2. *Mandado de Injunção nº 168-RS*

"Mandado de Injunção nº 168-RS
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

Requerente: Humaitá S/A — Comércio e Indústria

Requeridos: Presidente da República, Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER.

Mandado de Injunção. Natureza.

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.

2. Créditos judiciais contra a Fazenda Pública: pagamento parcelado (ADCT, art. 33): faculdade do Poder Executivo.

3. O art. 33 do ADCT de 1988 não outorgou direito ao credor da Fazenda Pública ao pagamento parcelado nele previsto, ao contrário, como faculdade do Poder Executivo competente, extinta com o transcurso do prazo decadencial de 180 dias sem decisão a respeito; à omissão dela, por conseguinte, não dá margem a mandado de injunção.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido.

Brasília, 21 de março de 1990 — Néri da Silveira, Presidente — Sepúlveda Pertence, Relator."

Este julgamento, ocorrido em 21.03.90, manteve a mesma linha do anteriormente decidido pelo Supremo no *leading case* — MI-107-DF (Liminar — Questão de Ordem), sendo ratificada a *natureza mandamental* deste *writ*.

V.3. *Mandado de Injunção nº 238-RJ*

"Mandado de Injunção nº 238-RJ

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello.

Requerente: Nélio Geraldo Rodrigues.

Requerido: Congresso Nacional.

Mandado de Injunção — Pretensão de caráter patrimonial — Incompatibilidade com a natureza mandamental do *writ* — Seguimento denegado.

Trata-se de mandado de injunção, impetrado por empregado demitido por empresa privada, buscando a implementação da norma constitucional que proclama o direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI).

O Impetrante, ao concluir a inicial, requer 'a citação da Agena Ind. Eletrônica Ltda., para que responda nos termos da presente o pedido que ao final será deferido, conferindo ao impetrante o valor do aviso prévio proporcional consagrado no art. 7º, XXI, da Constituição Federal' (grifei).

Não há como dar trânsito a pedido que, sob a roupagem da injunção, deduz pretensão de caráter patrimonial, incompatível com a natureza mandamental do *writ*. Essa natureza mandamental, definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI nº 107-DF, tem adquirido nitidez nos seus contornos. Assim é que, ao decidir o MI nº 168-RS, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, consignou:

'O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado (...).'

O novo *writ* não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Por outro lado, ainda que se admitisse idônea, na hipótese, a via do *mandamus*, melhor sorte não colheria a impetração. Isso, porque a efetiva tramitação de projetos de lei regulamentando o artigo 7º, XXI, da Constituição (P.L. 1.554/89 e 1.656/89) — admitida pelo próprio impetrante — afasta, do Estado, a *inertia agendi vel deliberandi*, caracterizadora da mora constitucional, pressuposto necessário do mandado de injunção.

Com estas considerações, nego seguimento ao pedido (RISTF, art. 21, § 1º).

Brasília, 23 de maio de 1990 — Ministro Celso de Mello, Relator."

Neste caso, mais uma vez foi afirmada a *natureza mandamental do mandado de injunção*. O impetrante pretendia obter a eficácia plena da norma constitucional que dispõe sobre aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, e por contrariar a natureza mandamental do *writ* seu pedido não foi conhecido.

No Capítulo I.3, foi transcrita uma passagem da obra do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, onde menciona que, no julgamento dos MMII nºs 95-RR, 124-SP e 369-DF, em que se discutiu a mesma matéria, ele decidiu pela criação da norma regulamentadora para aquele caso concreto.

V.4. *Mandado de Injunção nº 235-5-RJ*

"Mandado de Injunção (ML) nº 235-5-RJ
Tribunal Pleno (DJ, 12.03.1993)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves.

Requerentes: Rubens Nascimento dos Santos e outros.

Requerido: Presidente da República.

Ementa: — Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9º, da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir.

— Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem *legitimatio ud causam*, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.

— Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.

Mandado de injunção não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, preliminarmente, em rejeitar a conversão do julgamento em diligência para integrar a relação processual com a citação da União Federal e não conhecer do Mandado de Injunção, por ilegitimidade ativa *ad causam* dos requerentes.

Brasília, 20 de junho de 1990.

Néri da Silveira, Presidente — Moreira Alves, Relator."

Neste julgamento, pela primeira vez, após a decisão da Questão de Ordem no MI-107-DF, voltou a ser discutida a natureza jurídica do mandado de injunção.

O ressurgimento do debate sobre este ponto foi provocado pela chegada ao Supremo de dois novos Ministros, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Carlos Velloso.

Estes dois novos Ministros, ao que parece, são partidários da *corrente constitutiva*. Ambos entendem que a decisão do *writ* deve criar a norma regulamentadora para o caso concreto.

V.5. *Mandado de Injunção nº 283-DF*

"Mandado de Injunção nº 283-DF
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt.

Impetrados: União Federal e Congresso Nacional.

Mandado de Injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite — não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107-QO) — que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção nº 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º — "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida

reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" — vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

Acórdão

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, preliminarmente, em rejeitar a proposta de conversão do julgamento em diligência: no mérito, em deferir, em parte, o Mandado de Injunção, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 20 de março de 1991 — Adir Passarinho, Presidente — Sepúlveda Pertence, Relator."

A partir deste julgamento inaugura-se uma nova fase na Suprema Corte. *O Supremo passa a conferir eficácia plena ao direito constitucional do*

impetrante, que se encontrava inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Trata-se de um autêntico divisor de águas, o que caracteriza este julgamento como sendo um *leading case*.

Com este acórdão o Supremo quebrou o tabu da pseudo-afronta ao Princípio da harmonia e independência dos Poderes. *Foi conferida eficácia plena à norma concessiva do direito do impetrante.*

Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso reiteraram o seu *posicionamento constitutivista.*

V.6. *Mandado de Injunção nº 232-RJ*

"Mandado de Injunção nº 232-RJ
(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves.
Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire.
Requerido: Congresso Nacional.
Mandado de injunção.

Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional.

Mandado de injunção conhecido, por parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de vencido esse prazo em que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministros Relator, Octavio Galotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, por maioria de votos, em conhecer em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferir para declarar o estado de mora em

que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que o deferiam, em termos diversos.

Brasília, 2 de agosto de 1991 — Sydney Sanches, Presidente — Moreira Alves, Relator."

Neste acórdão confirma-se o novo posicionamento do Supremo, *sendo conferida eficácia plena à norma que concedeu o direito ao impetrante.*

A novidade a ser destacada, é o posicionamento do Ministro Célio Borja que acompanhou a *corrente constitutiva* liderada pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

V.7. *Mandado de Injunção nº 284-DF*

"Mandado de Injunção nº 284-DF
(Tribunal Pleno)

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Celso de Mello.

Impetrantes: Sérgio Cavallari e outros.

Impetrados: Congresso Nacional e União Federal.

Mandado de injunção. Natureza jurídica. Função processual. ADCT, art. 8º, § 3º (portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica) — A questão do sigilo. Mora inconstitucional do Poder Legislativo, Exclusão da União Federal da relação processual. Ilegitimidade passiva *ad causam. Writ* deferido.

O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional — consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício do direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

No caso, do § 3º, do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória.

Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. Joseph Comblin, "A Ideologia da Segurança Nacional. O Poder Militar na América Latina", pág. 225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro — que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta — consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva do Bobbio, como "um modelo ideal do governo público em público".

O novo *writ* constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional — único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada — e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de

julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, em acolher a preliminar suscitada pelo Ministro Moreira Alves, para excluir a União Federal do processo, por ilegitimidade passiva. Ainda, preliminarmente, por unanimidade, em julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, quanto aos impetrantes Fernando Durval de Lacerda e Arthur Cupertini Macagi. No mérito, por maioria dos votos, em deferir, parcialmente, o pedido, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello.

Brasília, 22 de novembro de 1991 — Octavio Gallotti, Presidente — Celso de Mello, Relator para o acórdão."

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal confirma seu *novo posicionamento, concedendo eficácia plena ao direito do impetrante*, que estava inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

O fato novo, que merece ser ressaltado, é a chegada do Ministro Ilmar Galvão, que também é partidário da *corrente constitutiva*. Este Ministro também considera que a decisão em mandado de injunção deve criar a norma regulamentadora para o caso concreto, viabilizando o exercício do direito pelo impetrante.

III. *Conclusão*

Neste capítulo final apresento uma breve síntese das conclusões relativas a cada um dos pontos suscitados no trabalho:

1. O mandado de injunção é uma ação constitucional, de natureza constitutiva (com efeitos somente entre as partes), incluída entre as garantias fundamentais, que tem por objetivo a asseguração do exercício efetivo de quaisquer direitos, e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, desde que os direitos, as liberdades e as prerrogativas já estejam conferidos pela Constituição, estando, todavia, inviabilizados por falta de regulamentação.

2. O mandado de injunção tem natureza jurídica constitutiva, limitando-se a criar a norma regulamentadora para o caso concreto.

3. A ordem de injunção tem por alcance a criação de uma norma especial, para o caso concreto do autor da demanda, que faz as vezes da norma infraconstitucional ausente, o que viabiliza o exercício do direito constitucional por parte deste autor.

4. O Supremo Tribunal Federal tem evoluído na compreensão do mandado de injunção, conferindo, de forma variada, eficácia plena às normas constitucionais concessivas de direitos. A teoria constitutiva já vem sendo defendida por alguns Ministros. Com o amadurecimento do instituto, tudo indica, que a Supema Corte aceitará a natureza constitutiva do mandado de injunção, passando a criar a norma regulamentadora, com eficácia restrita ao caso concreto, viabilizando, assim, o exercício dos direitos constitucionais pelos respectivos titulares.

BIBLIOGRAFIA

Accioli, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

Ackel Filho, Diomar. "*Writs*" Constitucionais, São Paulo, Saraiva, 1988.

____ "Mandado de Injunção", artigo publicado na RT, vol. 628.

Amaral Santos, Moacyr. *O Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. RT, 1989.

____ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984.

Antunes, Carmem Lúcia. "*Liminar no Mandado de Segurança*" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.

Barbi, Celso Agrícola. "*Mandado de Injunção*" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.

Barbosa, Ruy. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1933.

Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

Batista Martins, Pedro. *Recurso e Processos de Competência Originária dos Tribunais*, 1957.

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6ª edição, 1991.

Bobblio, Norberto. *Teoria dell Ordinamento Giuridico*. Torino. G. Giappichelli Editore.

____ (e Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino). *Dicionário de Política*, coord. da tradução João Ferreira, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1991.

Calmon de Passos, J.J. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data" (Constituição e Processos)*, Rio de Janeiro, 1989.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991.

Cappelletti, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Sergio Fabris. 1984.

Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 7ª ed. atualizada por José Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Forense.

Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Mandado de Segurança*, Freitas Bastos, 1966.

Cocivera, Benedetto. Verbete na *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1971, vol. XXI.

Cooley, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, tradução de Alcides Cruz, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

Costa, Coqueijo. *Mandado de Segurança e Controle Constitucional*, LTr, 1982.

Costa, José Rubens. "*O Mandado de Injunção como norma garantidora dos direitos*

sociais" in Mandado de Segurança e de Injunção, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
Cretella Júnior, José. *Comentários à Constituição de 1988*, Rio, Forense Universitária, 1991.
Dantas, Ivo. *Mandado de Injunção*, AIDE, 1989.
David, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1986.
Diniz, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
Engisch, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
Fagundes, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1957.
Falcão, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1990.
Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito — técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Ed. Atlas, 1990.
Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
Figueiredo, Marcelo. *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, Ed. RT, 1991.
Flacks, Milton. *Mandado de Segurança: Pressupostos da Impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
Gasparini, Diogenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1992.
Greco Filho, Vicente. "Injunção de provoca divergências", art. publ. in *O Estado de São Paulo*, 17.4.91, p. 17.
____ *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989.
Höffe, Otfried. *Justiça Política —fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado.* Tradução Ernildo Stein, Petrópolis, Ed. Vozes, 1991.
Ihering, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito.* Rio de Janeiro, Ed. Rio, 4ª Edição, 1983.
Japiassú, Hilton e Marcondes Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1993.
Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Pura.* Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição.
Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.
____ *O Problema da Justiça*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1993.
Lacerda, Galono de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. VIII.
____ "Eficácia imediata do Mandado de Injunção" *in Anais de Seminário sobre os novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, CEPAD, dez/1988, p. 1-6.
Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito,* Tradução de José Lamego, Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
Maciel, Ademar Ferreira. "*Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão" in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos (Conceito e Legitimação para Agir)*, São Paulo, Ed. RT, 1989.
Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira,* 5ª ed.
____ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1965.
Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data",* São Paulo, Ed. RT, 1989.
Mello, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-inglês, inglês-português*, Rio de Janeiro, Barrister's Ed., 5ª ed., 1992.
Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.
Moreira, Wander Paulo Marotta. "Notas sobre Mandado de Injunção" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
Moura Rocha, José de. *Do Mandado de Segurança: a Defesa dos Direitos Individuais*, Rio de Janeiro, AIDE, 1982.
Oliveira, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção, Da Inconstitucionalidade por Omissão, enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*, São Paulo, Ed. RT, 1993.
Othon Sidou. *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos,* Rio de Janeiro, Forense, 1977.
____ *Mandado de Segurança*, São Paulo, Ed. RT, 1969.
____ "Mandado de Segurança: meio século de aplicação" *in Rev. da Faculdade de Direito de Caruaru*, 1985.
Padover, Saul. "*The living U.S. Constitution*", New American Library, 1987.
Paula Reis, Mautélio Wagner de. "Os Honorários em Ação de Mandado de Segurança", trabalho publicado *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
Pires dos Santos, Ulderico. *Mandado de Injunção*, São Paulo. Ed. Paumape, 1988.
Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., v. XIII, 1939 e 1974, v. IV.
____ *Tratado das Ações,* São Paulo, Ed. RT, 1976, v. VI.
____ *Tratado de Direito Privado*, v. 6º, São Paulo, Ed. RT.
____ *Comentários à Constituição de 1967,* com a Emenda nº 1 de 1969, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
Ribeiro, Antonio de Pádua: "Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, S. Paulo, Saraiva, 1990.
Ribeiro de Oliveira, Eduardo. "Recurso em Mandado de Injunção" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
Romano, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral,* trad. de Maria Helena Diniz, São Paulo, Ed. RT, 1977.
Rosas, Roberto. *Direito Sumular*, São Paulo, Ed. RT.

Schwartz, Bernard. *Direito Constitucional Americano*, tradução de Carlos Mayfeld, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1966.
Sciacchitano, Verbete na *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1971, vol. XXI.
Silva, José Afonso da. *Mandado de Injunção e "Habeas Data"*. São Paulo, Ed. RT, 1989.
____ "Mandado de Injunção" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
____ *Mandado de Injunção e "Habeas Data"*, São Paulo, Ed. RT, 1989.
Silva Pacheco, José da. *Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, São Paulo, Ed. RT, 1990.
Silva, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. RT, 1993.
Streck, Lenio Luiz. *O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro*, Ed. Trabalhistas, 1991.
Strenger, Irineu. *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1988.
Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1989.
Theodoro Júnior, Humberto. "Mandado de Injunção" *in Mandado de Segurança e de Injunção*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1990.
____ *Processo de Conhecimento*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
Velloso, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993.
Vilanova, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977.

DIREITO E PAIXÃO[1]

LUÍS ROBERTO BARROSO

I. A Paixão. II. Paixão pelo Direito. Limites e Possibilidades. II.1. A Ciência do Direito; II.2. O Direito Positivo; II.3. O Direito Subjetivo. III. A Paixão pela Palavra. IV. Conclusão.

1. *A Paixão*

O pensamento intelectual e, mais notadamente, o pensamento jurídico, por longo tempo, guardou-se isolado numa auto-suficiência excludente, que limitava o seu objeto e, de certo modo, amesquinhava o conhecimento que produzia. O formalismo e o positivismo jurídicos, sem embargo de sua justificação histórica, contribuíram para este quadro, que talvez pudéssemos chamar de *narcisismo* científico.

É certo que a Ciência do Direito sempre utilizou, aqui e ali, elementos da História, da Filosofia, da Política, da Economia. Mas estas sempre foram relações inevitávies ou de conveniência, aproximações racionais entre afins. Relações tensas, de desconfiança. O golpe militar de 1964, por exemplo, foi a vitória da Economia sobre o Direito, do discurso da eficiência sobre o discurso da legalidade, dos economistas sobre os bacharéis. Uns e outros, hoje, irmanados na solidariedade do fracasso. Os fatos demonstram, contudo, que é mais fácil reconstituir a ordem jurídica que a ordem econômica.

Mas, retoma-se o raciocínio, este narcisismo supostamente científico do mundo do Direito, excessivamente apegado à lógica formal e ao racionalismo, jamais se concedera espaço para reflexões que incorporassem valores, prin-

1 Conferência proferida aos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 5.4.94. Texto revisto pelo autor.

cípios e conceitos de domínios menos ortodoxos. Como a psicanálise e os limites insondáveis do inconsciente. Como o domínio das paixões.

Gostaria de trazer, assim, para a discussão jurídica — ou, antes, para incorporá-la como um dos elementos do discurso jurídico — a *paixão*, deslocando para o espaço público um tema que até pouco tempo estava "circunscrito ao domínio privado".[2]

A *paixão*, que é a expressão de um sentimento ou de uma emoção, sempre intensos, movida pelo inconsciente, é, quando não a *pièce de resistance*, ao menos o tempero necessário à razão científica. O domínio das paixões é muito vasto. Para além da paixão amorosa e da paixão sexual, os sentidos da paixão passam pela glória, pelo medo, pela inveja, pelo ciúme, pela cobiça, pela amizade, pela liberdade.

A paixão, em si e por si, não é ética, não é politicamente correta, não é engajada. Mas é possível canalizá-la, dar-lhe um sentido valorativo e explorar-lhes as potencialidades. A paixão bem direcionada é uma energia poderosa a serviço da causa da humanidade.

É impossível, aqui, abstrair do sentido mais corrente da palavra paixão, que identifica o envolvimento entre pessoas, um envolvimento sexual, convencionalmente entre homem e mulher, mas que comporta, também, um amplo espaço alternativo.

Notem que falo de paixão, e não de amor. Com isto não quero endossar a oposição ideológica que se faz entre amor e paixão, captada com maestria por *Maria Rita Kehl*, "em que a paixão é representada como o momento fulgurante — mas impossível — do encontro entre duas pessoas, enquanto o amor é visto como a água morna do dia-a-dia cinzento, com o qual somos obrigados a nos conformar".[3]

Ao contrário, creio no amor apaixonado e cúmplice, que supera a paixão narcísica de cada um. O amor sublime, que não exige o rebaixamento do erotismo e nem o conformismo imposto — e não eleito espontaneamente — a certos deveres sociais e legais. Ainda nas palavras de *Maria Rita Kehl*, "o amor sublime é amor de escolha e, portanto, amor de liberdade. É união com base em afinidades eletivas e, portanto, uma aliança A FAVOR, e não CONTRA, o vôo de cada um pela vida".[4]

Na verdade, não falo do amor porque ele é um ponto de chegada, um porto de repouso. Quem ama encontrou e se encontrou. Falo da paixão, que

2 Adauto Novaes. *Apresentação* ao livro "Os Sentidos da Paixão", coletânea, Funarte/Companhia das Letras, 1987.

3 Maria Rita Kehl, "A Psicanálise e o Domínio das Paixões", *in* "Os Sentidos da Paixão", cit., p. 479.

4 Idem, p. 484.

é a procura. Quem está apaixonado está em busca do ponto de equilíbrio. O desejo é a falta. Por isto mesmo, a paixão é o exercício de uma busca. Encontrar é ter de partir para outro lugar. A paixão não é feita de realidade, senão que de imaginação.

É a paixão, ou são as paixões, mais que o amor, a energia essencial que move o mundo. Há as paixões menores, como a cobiça, a vaidade, a ambição de poder. Mas há paixões redentoras, como a da liberdade e da justiça.

A paixão que nos move aqui na academia, no mundo universitário, é a paixão intelectual, a paixão do conhecimento. Nós vivemos do pensamento. E a tarefa do pensamento, como observou Roberto Mangabeira Unger, "é a de confortar os aflitos e afligir os confortados".[5]

Uma observação final, ainda uma vez tomada por empréstimo a *Maria Rita Kehl*: "A paixão intelectual tem uma característica oposta à paixão sexual: enquanto esta quer exclusivamente, aquela quer adesões. Quer ser compartilhada pelo maior número possível de pessoas"[6]. É o que se pretende conseguir aqui.

II. *Paixão pelo Direito. Limites e Possibilidades*

O Direito, como forma de expressão humana, envolve criação, sentimento, estilo. Ao lado de sua vocação pragmática, voltado para a realidade e a solução de problemas, o Direito existe, também, para satisfazer ao espírito, para ser bonito, para acenar ao dia seguinte. Por trás das ortodoxias sisudas e dos formalismos caricatos, Direito também é arte.

Em passagem bem inspirada, citada por *Ferrara*, constatou *Ihering* que "com um saber moderado pode-se ser um jurista distinto; e nunca chegar a sê-lo, tendo-se embora, um conhecimento vastíssimo"[7]. É que por trás do saber objetivo, existe uma dimensão subjetiva: quem professa o conhecimento, em nome de quem, para atender que desígnios? Também o Direito — ou, sobretudo o Direito — está no domínio dos sentimentos e das paixões.

Remarque-se que não se vai proceder à análise da paixão *no* Direito, ou

5 "O Conteúdo Possível de uma Alternativa Democratizadora para o País", *Mimeo*, palestra na ALEMG, 17.03.93.

6 Ob. cit., p. 472.

7 "Interpretação e Aplicação das Leis", 4ª ed., Armenio Amado, Coimbra, 1987, p. 182. E disse mais: "Se não quer perder-se numa lógica de conceitos, tão asperamente fustigada por Ihering ("Scherz und Ernst in der Jurisprudenz", p. 357), a ciência não deve encerrar-se num magnífico e solitário castelo de marfim, distante dos rumores do dia, mas tem de entrar na vida, seguir-lhe os movimentos e as aspirações, perscrutar as necessidades que a fazem pulsar, sempre consciente da mónita que não é a vida que deve adaptar-se ao direito, mas sim o direito à vida" (p. 184).

seja, as hipóteses em que a norma jurídica acolhe o elemento paixão, seja para neutralizá-la, estimulá-la ou incriminá-la. A paixão está *dentro* da norma, por exemplo, quando a lei penal permite a redução da pena em um terço quando o crime de homicídio é cometido "sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima" (C. Penal, art. 121, § 1º). Ou quando permite ao cônjuge impugnar a doação feita pelo outro ao amante (C. Civil, arts. 1.177 e 248, IV). Ou quando considera adiantamento da legítima a doação dos pais a um dos filhos (art. 1.171).

A paixão aqui considerada é a que move o cientista, o intérprete ou os operadores do Direito, seja na sua elaboração doutrinária, seja na compreensão da norma, seja na atuação em casos concretos. Para os fins aqui propostos, é digno de registro que a palavra Direito assume, dentre outros, três conteúdos: o de *Ciência* do Direito, o de Direito *Positivo* e o de Direito *Subjetivo*. Cada um desses domínios mobiliza diversamente o professor, o advogado, o cidadão. E suas paixões.

II.1. *A Ciência do Direito*

Em uma primeira acepção, o termo Direito designa um domínio científico, um conjunto ordenado de conhecimentos acerca de determinado objeto. É a *Ciência do Direito*. O objeto da ciência jurídica são as *normas jurídicas*, seus elementos, seus atributos, sua interpretação e aplicação.

Ao trafegar pelo Direito, em plano científico, é preciso atentar para duas dimensões distintas: de um lado, é preciso conhecer-lhe o instrumental teórico, os princípios, os conceitos e os mecanismos de atuação. A ignorância não é boa conselheira e induz antes ao preconceito que à participação transformadora. De outra parte, é preciso perceber o papel político-ideológico do Direito, questionar a quem ele serve e que interesses promove. Sem esta percepção crítica, o conhecimento se burocratiza e se amesquinha.

Há, assim, uma fusão indissolúvel, e aparentemente esquizofrênica, que impõe ao jurista verdadeiro fazer ciência e fazer política. De um lado, o discurso científico, dogmático, positivo. De outro, a compreensão do papel ideológico e institucional do Direito.

Aqui, como em tantas coisas na vida, é preciso combinar *razão* e *emoção*. Como averbei em outro estudo[8]: "E mesmo quando faço política, procuro ser *racional* e razoável. E quando faço ciência, faço-o *emocionadamente*. Não sou neutro, nem imparcial. Parodiando *Cortazar*, sei onde tenho o coração e por quem ele bate." Pura paixão.

8 "Direito Constitucional e Democracia", 1993, mimeo.

O mundo, tal como apreendido pela ciência, aspira à *objetividade*. As conclusões a que se chegam, mediante a observação e a experimentação, podem ser verificadas por qualquer outro membro competente da comunidade científica. É que a racionalidade desse conhecimento procura despojar-se do emotivo, tornando-se impessoal na medida do possível.[9]

As ciências naturais (v.g. física,.biologia) estudam a realidade sob uma postura metodológica *descritiva*, ordenando princípios que são constatados. Seu objeto consiste em revelar algo que já existe, vale dizer: elas atuam ao nível dos sistemas *reais* do *ser*. As ciências sociais, nas quais se inclui o Direito, sem desprezo ao estudo descritivo dos sistemas reais, ocupam-se, também, do estudo e elaboração dos sistemas *ideais*, ou seja, da prescrição de um *dever-ser*. Desse modo, não se limita a ciência jurídica à explicação dos fenômenos sociais, mas, antes, investe-se de um caráter normativo, ordenando princípios concebidos abstratamente na suposição de que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeito benéfico e aperfeiçoador.[10]

O conhecimento convencional, formulado no modelo liberal, divulga caber ao Direito reger a vida coletiva, nela introduzindo a ordem e a justiça. O direito é a positivação dos valores mais elevados da civilização, para sua assimilação por uma dada sociedade.

Assim colocado, o Direito é, por certo, alguma coisa apaixonante e apaixonável. Ordem, justiça e valores da civilização. Quem não sentiria vivo entusiasmo pela possibilidade, emocionante, de assim servir à humanidade?

Esta visão idealizada confronta-se com a circunstância de que o Direito, enquanto ciência, não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. Conseqüência natural é que em seu estudo se projetem a visão subjetiva, as crenças e os valores dos que a ele se dedicam.

Surge, assim, a teoria crítica do Direito, fundada no pressuposto assentado pela filosofia marxista de que a sociedade é dividida em classes: a dos proprietários dos meios de produção e a dos detentores da força de trabalho. Numa sociedade assim dividida, a ordem jurídica espelha a vontade da classe dominante — i. é., dos proprietários dos meios de produção — e tende a proteger os *valores* que lhe atenda aos anseios.

Nesta linha crítica, o Direito, embora procure se apresentar de forma neutra e imparcial — tornando seu aplicador, o Estado, um árbitro dos conflitos sociais —, é na verdade, um sistema de dominação.

9 Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Martins, "Filosofando. Introdução à Filosofia", 1986, p. 120.

10 V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Análise Sistemática do Conceito de Ordem Econômica e Social nas Constituições dos Estados Democráticos", tese apresentada no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987, p. 4 e 5; José Joaquim Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", 1986, p. 28 e 29.

Assim compreendido, o Direito é uma ciência menor, desprezível. Se alguma paixão puder mobilizar, é a da repulsa, da rejeição.

No fundo, o Direito se presta a um e outro papéis. É a positivação dos valores da ordem e da justiça, e é instrumento dos interesses da classe dominante. Tudo depende do papel que o cientista e o intérprete pretendam desempenhar. De que lado ele vai estar, e com que olhos examinará as questões que surjam. Depende, às vezes, da situação concreta; depende, outras tantas, do ponto de observação. Como na constatação de *Ramón de Campomar:*

> *"En este mundo, señor,*
> *No hay verdad ni mentira:*
> *Pués todo tiene el color*
> *Del cristal con que se mira"*[11].

Em conclusão, o Direito, mesmo o Direito da classe dominante, tem *nuances*, tem brechas que permitem que dentro dele se desbraye um espaço importante de luta. Luta pelas liberdades individuais, pela aproximação das pessoas, pela democratização das oportunidades. Se assim não fosse, se o Direito não pudesse ser, em alguma medida, instrumento de libertação e de humanização, não haveria sentido em estarmos aqui.

O Direito é ciência. O Direito é técnica. É preciso conhecer-lhe o instrumental teórico e prático. Mas é preciso ter convicções límpidas e colocar o conhecimento a serviço das causas em que se acredita. É preciso ter paixão e compaixão. Pois, como ensina a canção, "lo que puede el sentimiento, no lo hay podido el saber".

II.2. *O Direito Positivo*

Consoante se desenvolveu no tópico precedente, a definição, a cada tempo, de quais são os valores a serem protegidos e os fins a serem buscados não é uma questão jurídica, mas sim política. Todavia, consumada a decisão pelo órgão próprio, ela se exterioriza, se formaliza pela via do Direito, que irá então conformar a realidade social. Por este mecanismo, o poder transforma-se de político em jurídico.

A organização desse poder e o delineamento dos esquemas de conduta a serem seguidos são levados a efeito por meio de *normas jurídicas*, que, no seu conjunto, compõem o que se denomina direito positivo[12]. As normas jurídicas, assentamos anteriormente, constituem o objeto da ciência do direito.

11 Citado de memória, sem acesso à fonte.

12 Também os costumes constituem o direito positivo. Para não se percorrerem sutilezas inoportunas nesta instância, equiparam-se, aqui, as idéias de direito positivo e de direito objetivo.

Sem pretender deflagrar polêmica que não cabe nesta instância, a idéia de *norma jurídica* que aqui se vai utilizar identifica-se com o conceito material de *lei*, independentemente de hierarquia. Consiste ela no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva.[13] Trata-se, pois, de uma forma de conduta imposta aos homens por um poder soberano e cuja observância é por este garantida e tutelada.[14]

A doutrina liberal tradicional vê a norma jurídica, a *lei*, como expressão da vontade geral institucionalizada. É ela o fundamento do Estado de Direito: "Governo de leis e não de homens." A legalidade foi o superação do estágio do poder absoluto, autoritário, enfeixado nas mãos do monarca. Além de instrumento de proteção das liberdades individuais, é possível identificar na lei um conteúdo de relevo na busca de justiça social. Foi a constatação de *Laccordaire*, em passagem célebre: "Na luta entre o forte e o fraco, entre o servo e o senhor, é a lei que liberta e a liberdade que oprime."

A paixão pela norma deita raízes do formalismo jurídico, e foi desenvolvida com especial talento e devoção por Hans Kelsen, principal formulador do positivismo jurídico. De acordo com as idéias expostas em sua obra-prima *Teoria Pura do Direito*[15], Direito é norma. Não é papel do jurista questionar-lhe a legitimidade, nem incorporar à sua análise elementos tomados por empréstimo a outras ciências, como a Política, a Economia ou a Sociologia.[16]

Não se pretende aqui minimizar o papel relevante do positivismo jurídico no desenvolvimento da moderna ciência do direito. Mas é utópica, para não dizer falsa, a crença de que possa haver um domínio ideologicamente *neutro* ou cientificamente *puro*.

13 M. Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 1979, p. 20.

14 Roberto de Ruggiero, "Instituições de Direito Civil", vol. I, p. 26. A estrutura lógica aqui referida aplica-se, especificamente, às normas destinadas a reger comportamentos sociais.

15 A 1ª edição é de 1934. A 2ª edição, com ampla reelaboração, mas preservação da substância da idéia de uma "pureza metodológica do conhecimento científico jurídico" (Prefácio), é de 1961. V. "Teoria Pura do Direito", Ed. Armenio Amado, Coimbra, 1979.

16 Em palavras do próprio Kelsen, no capítulo inicial de sua obra (ob. cit., p. 17): "A Teoria Pura do Direito é uma Teoria do Direito Positivo (...) Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o Direito (...) É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental".

O fetiche da legalidade, a paixão cega pela norma é politicamente devastadora. Ninguém pode julgar-se imparcial ou alegar suposta indiferença ante as conseqüências práticas que sua atuação como intérprete da norma possa favorecer ou mesmo engendrar. O conhecimento humano não tem por objeto apenas a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.[17] Não há neutralidades, nem a vida é feita de abstrações ou remotas projeções para o futuro. No verso inspirado de Drummond: "O tempo é minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente."

A paixão acrítica pela norma é a paixão neurótica pelo dominador. Quem quer que tenha observado como o fascismo se implantou na Itália e como o nazismo empolgou a Alemanha — a supostamente grande Alemanha das artes e das letras — terá percebido como a legalidade pode ser manipulada e corrompida pelos desígnios mais vexatórios à espécie humana. *Ruy Barbosa* — o insuspeito Ruy — ao paraninfar uma turma de bacharéis, nos primórdios da República, verbalizou a advertência de que iriam eles se consagrar à lei "num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis as que põem e dispõem, mandam e desmandam em tudo".

A paixão pela lei não é desprezível. Só que não poderá ser monogâmica. É certo que as leis existem para ser cumpridas. Um dos flagelos deste País é, precisamente, o descumprimento constante, reiterado e, sobretudo, impune das leis. As leis existem para ser cumpridas. Mas é preciso pensá-las criticamente. É preciso ter a curiosidade de investigar a quem elas aproveitam, que objetivos visam, e buscar, quando seja o caso, por trás da lei, a justiça. Alguns dos grandes passos da história da humanidade resultaram de algum tipo de transgressão à ordem instituída. E, por isso mesmo, algumas vezes, é preciso ousar para além da lei.

A este propósito, eu tenho um bom exemplo, da época em que militava no movimento estudantil. Foi em 1977, no *campus* da PUC, no Rio. Era o primeiro grande ato público contra a ditadura militar, desde que o Ato Institucional nº 5 e o Decreto-lei nº 477, ambos de 1968, proscreveram a atividade política na Universidade. Éramos sete mil pessoas. Lá fora havia um cerco de policiais e soldados, e um helicóptero fazia vôos rasantes. Todo mundo administrava o próprio medo de estar ali, e o ar estava tão pesado e denso que dava para pegar e cortar à faca.

De repente, lá no fundo dos pilotis, alguém desfraldou uma faixa impensável, radical, utópica, onde se lia: "Pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita". Isto em pleno Governo Geisel, que chegou a balançar por tentar abolir a

17 Michel Miaille, "Reflexão Crítica sobre o Ensino Jurídico. Possibilidades e Limites", *in Crítica do Direito e do Estado*, 1984, p. 42.

tortura. Ainda era tempo de censura e de cassações. Pois bem: não se passaram dois anos e veio a anistia ampla, geral e irrestrita. E nós aprendemos ali, na luta, na prática, na vida, que certos estavam os rebeldes franceses do *chienlit*, naqueles dias atônitos do final da década de 60, com seu *slogan* desafiador: "Seja realista, peça o impossível!"

A vida é feita de conservação e de transformação. Discernir entre o que deve ser conservado e o que deve ser transformado pode impedir paixões desenganadas, trágicas, fatais. Às vezes é preciso prudência, às vezes é preciso ousadia. Veja-se, a seguir, um bom exemplo de cada qual.

O Canto XII da "Odisséia" relata que Ulisses, ao voltar da Guerra de Tróia, teria de passar por um ponto do mar repleto de recifes, de onde sereias, com um canto belo e sedutor, atraíam os navegadores para o choque contra as pedras e o naufrágio inevitável. Advertido do perigo, Ulisses obrigou seus companheiros de viagem a remar com os ouvidos tapados de cera e se fez amarrar por cordas ao mastro do navio. (Note-se que ele não se privou do prazer, só do risco.) E, assim, passou incólume pela tentação do canto das sereias.

Às vezes, no entanto, a despeito dos perigos, é preciso ousar e entregar-se à sedução da paixão. Mesmo sob o risco de arremeter contra os recifes e naufragar. Quem não se lembrará da imagem contundente, comovente mesmo, do solitário estudante chinês, de braço erguido à frente do tanque, paralisando, por breve tempo, mas com infinita coragem, a marcha das tropas sobre a Praça da Paz Celestial, em Pequim?

É preciso, de regra, respeitar a lei e a autoridade. Mas quando uma e outra não forem respeitáveis, é preciso valer-se do direito de resistência, que é a paixão que se ergue, acima da lei, pela justiça e pela liberdade.

II.3. *O Direito Subjetivo*

Na terceira e última acepção que vamos aqui considerar, o vocábulo direito designa a posição que as pessoas desfrutam em face do ordenamento jurídico. As leis, ao consagrarem determinados valores e ao protegerem certos bens jurídicos, fazem-no, em última análise, para satisfazer interesses dos indivíduos. Esta situação de proveito, de vantagem, titularizada por aquele a quem a norma deseja satisfazer é o direito subjetivo.

Direito subjetivo, assim, é o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse.[18] A norma jurídica de conduta

18 M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 169. Embora não haja referência do autor, esta definição identifica-se, em seus elementos essenciais, com as de Ruggiero e Maroi, Michoud e Trotabas e Ferrara (v. Caio Mario da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", vol. I, 1974, p. 42).

caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade[19] de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir.[20] Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público*.

Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características[21]: 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.

Os direitos subjetivos — que, no plano constitucional, serão direitos *políticos, individuais, sociais* e *coletivos* ou *difusos* — são assegurados, como se referiu, por ações judiciais, quando não sejam respeitados espontaneamente. Este direito de ação, que é, em si, um direito subjetivo público, ao qual corresponde o dever jurídico do Estado de prestar jurisdição, vem consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição da República: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Conceptualmente, a questão do direito de ação não sofre alteração ontológica quando transportada para o plano penal. Próprio dos Estados civilizados

Ela tem conteúdo eclético, no sentido de que utiliza, conjugadamente, elementos da teoria da vontade, de Windscheid, pela qual o direito subjetivo é o *poder de ação assegurado pela ordem jurídica*, e da teoria do *interesse*, de Ihering, para quem ele é um *interesse juridicamente protegido* (v. José Carlos Moreira Alves, "Direito Romano", vol. 1, 1987, p. 104, e Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., p. 40-3).

19 É pertinente, aqui, o emprego da palavra faculdade, como fazem inúmeros autores, porque, em verdade, o titular do direito pode fazer ou não uso da norma para exigir a efetivação da conduta prevista. Faculdade designa, precisamente, a possibilidade de praticar ou não determinado ato, sem um correspectivo dever jurídico de outrem (v. Arnold Wald, "Curso de Direito Civil", vol. 1, 1962, p. 136).

20 V. José Carlos Moreira Alves, ob. cit., p. 103. Utilizou-se a idéia de direito subjetivo por seu caráter universal e aceitação relativamente pacífica, apesar de objeções respeitáveis, como as de Hans Kelsen e Leon Duguit, cujos fundamentos não cabe aqui comentar e aos quais não aderimos. Aceitamos, todavia, que os direitos subjetivos sejam a espécie principal do gênero situação jurídica subjetiva (ativa ou de vantagem), que compreende, também, pelo menos — para não avançar em terreno polêmico — os interesses legítimos e as faculdades. Para aprofundamento dessa questão, com ampla referência doutrinária, veja-se José Afonso da Silva, ob. cit., p. 153 e segs.

21 San Tiago Dantas, "Programa de Direito Civil" (Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, 1942-1945), s. d., p. 150.

é o monopólio do uso da força e do poder de administrar justiça. Por via da ação penal, o Estado-Administração exerce, perante o Estado-juiz, o poder-dever de reprimir as infrações penais.[22] Aos acusados, por sua vez, são assegurados direitos subjetivos diversos, dentre os quais o do devido processo legal, abrangendo, dentre outros, o direito de defesa e o contraditório.

Pois bem: é no plano dos direitos subjetivos e do exercício das ações judiciais, cíveis e penais, que o Direito mergulha, sem retorno, no domínio das paixões. É quando a norma genérica e abstrata se transforma na regra concreta que decide o caso levado a juízo, que o Direito se humaniza. É aqui que se decide: quem fará fortuna e quem se arruinará; que destino terá uma criança; quem herderá, quem indenizará. Questões de honra e questões de caprichos, nas insondáveis complexidades da alma humana, fazem o dia a dia da aplicação do Direito pelos Tribunais.

Ali convivem agressor e vítima; sócios e ex-sócios, amigos e ex-amigos, amantes e ex-amantes, cônjuges e ex-cônjuges, pais, filhos, irmãos, parentes, próximos ou remotos. Os sentimentos são os mais variados, sempre intensos: amor, ódio, medo, glória, ciúme, cobiça, desespero, sede de justiça. Os Tribunais são lugares de paixões revoltas, desencontradas.

Além das partes envolvidas no litígio, o processo, este cenário de paixões, terá ainda dois atores sempre necessários, e um terceiro eventual: o advogado, o juiz e o membro do Ministério Público. Dos três, somente o advogado pode legitimamente se apaixonar pela causa.

O Ministério Público, e os órgãos e agentes que desempenham suas funções, destina-se, precipuamente, à tutela dos valores fundamentais e indisponíveis da sociedade. Em sede penal, cabe-lhe deduzir em juízo a pretensão punitiva do Estado e postular a repressão aos criminosos. No juízo civil, os *curadores* se ocupam de certas instituições (registros públicos, fundações, família) ou de certas pessoas (ausentes, incapazes, acidentados no trabalho).[23] Mais recentemente, a tutela dos direitos coletivos e difusos, notadamente por via da ação civil pública, tornou-se, também, função institucional do Ministério Público.

Ordinariamente, o Ministério Público não atua em processos estritamente privados. Em grande parte dos feitos em que oficia, age na condição de *custos legis*, devendo opinar imparcialmente. E mesmo quando atua na posição típica de parte — como na ação penal pública e na ação civil pública — seu papel é de representante da sociedade, em busca de *justiça*, e não necessariamente da *vitória*. Porque assim é, podem os agentes do Ministério Público requerer

22 Sobre o tema, v. Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", vol. I, 1979, p. 298 e segs.

23 Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, "Teoria Geral do Processo", 1976, p. 177.

arquivamento de inquérito policial ou pedir a absolvição do réu. Apenas justiça, nada de paixão.

O juiz é o agente da função jurisdicional do Estado. Cabe-lhe, mediante provocação da parte interessada, pronunciar o direito do caso concreto. A vontade do Estado-juiz tem caráter de definitividade e, após os recursos cabíveis, reveste-se da autoridade de coisa julgada. Princípios destacados na ordem constitucional brasileira são os da independência e imparcialidade dos juízes (CF, arts. 95 e 96). (É bem de ver que o juiz, de regra, desagradará a um dos lados. Estará sempre condenado a conviver com 50% de rejeição. No mínimo, porque às vezes desagradará a todos.) O juiz há de ser o árbitro desapaixonado dos conflitos de interesses.

Não assim o advogado. Ao contrário do Ministério Público e da Magistratura, a Advocacia é um exercício de paixão. Nos limites da lei e do Código de Ética, o advogado há de ser parcial, engajado e comprometido com os interesses de seu cliente. Não obstante isto, diz a Constituição, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133).

É preconceituosa e desinformada a avaliação do advogado, em certos círculos de ignorância, como sendo o profissional da mentira. Ele é o profissional que, dentre teses jurídicas alternativas e sustentáveis, defende aquela que aproveita aos interesses que lhe foram confiados. E, do outro lado, defendendo os interesses opostos, haverá outro advogado. Cabe a cada advogado enunciar os argumentos que atendem a seu cliente. A Justiça será o produto dialético do confronto de teses antagônicas.

Por viver a turbulência das paixões, a advocacia tem disciplina rígida. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27.04.63) impõe aos advogados um longo elenco de direitos e de deveres. Antes, deixa a lei claro que "entre juízes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos" (art. 669).

O art. 87 da Lei 4.215/63 impõe ao advogado uma série de deveres, dentre os quais se podem destacar: a) defender a ordem jurídica e a Constituição da República; b) observar os preceitos do Código de Ética Profissional; c) guardar sigilo profissional; d) exercer a profissão com zelo e probidade; e) defender com independência os direitos e as prerrogativas profissionais e a reputação da classe; f) velar pela dignidade da magistratura, tratando as autoridades e funcionários com respeito e independência, não prescindindo de igual tratamento; g) recusar o patrocínio de causa que considere imoral ou ilícita, salvo a defesa em processo criminal; h) *tratar com urbanidade a parte contrária e seus advogados, as testemunhas, peritos e demais pessoas que*

figurem no processo, não compartindo nem estimulando ódios ou ressentimentos.

O art. 88 do Estatuto é uma afirmação de princípio do advogado que precisa se confrontar com a paixão alheia:

> "*Art. 88. Nenhum receio de desagradar a juiz ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deterá o advogado no cumprimento das suas tarefas e deveres*".

Dentre os direitos do advogado constantes do art. 89 do Estatuto, encontram-se: a) exercer, com liberdade, a profissão em todo território nacional, na defesa dos direitos ou interesses que lhe forem confiados; b) fazer respeitar, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade do seu domicílio e do seu escritório e dos seus arquivos; c) comunicar-se, pessoal e reservadamente, com os seus clientes, ainda quando estes se achem presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar, mesmo incomunicáveis; d) ter vista de inquéritos e processos em geral; e) ser publicamente desagravado, quando ofendido, no exercício da profissão.

A realização dos direitos subjetivos, a concretização, no mundo dos fatos, dos comandos contidos na norma jurídica, é a finalidade última do Direito. É aqui que ele sai do papel e entra na vida, feita de gente, cérebro, nervos, coração, sentimentos e enormes paixões.

III. *A Paixão pela Palavra*

O ofício do Direito é o ofício de enfileirar palavras. Seduzir, convencer, cooptar. Este é o papel do advogado, do Professor. Para nós, escrever, falar, nunca é um ato de banalidade. Nós vivemos delas, das palavras. Somos todos gigolôs das palavras.

É preciso ter paixão pela linguagem. E a paixão pela linguagem, escreveu Paulo Leminski, este formidável poeta e romancista curitibano, é a poesia. Mesmo escrevendo e falando em prosa, é preciso fazê-lo sob o símbolo da poesia. Não em rimas — que, na prosa, não vai bem — mas em ritmo, em métrica, em sonoridade.

Nos anos em que eu vivi fora do Brasil, senti falta de muitas coisas. Atividades, lugares, pessoas. Mas nenhuma saudade era mais constante que a saudade de falar português. Escolher cada palavra, saber-lhe o sentido, saborear-lhe a sonoridade. Lembrava-me sempre da declaração de amor de Camões, não a Portugal, mas ao português: "Deixem os Portugais morrerem à míngua. Minha Pátria é minha língua".

Eça de Queiróz, em "A Correspondência de Fradique Mendes", escreveu com humor e maestria:

> *"Um homem só deve falar, com impecável segurança e pureza, a língua da sua terra: - todas as outras as deve falar mal, orgulhosamente mal, com aquele acento chato e falso que denuncia logo o estrangeiro. Na língua verdadeiramente reside a nacionalidade; - e quem for possuindo com crescente perfeição os idiomas da Europa vai gradualmente sofrendo uma desnacionalização.*
> *(...) Não, minha senhora! Falemos nobremente mal, patrioticamente mal, as línguas dos outros."*

Tenham, de certo, indulgência pelo radicalismo de nosso Fradique, inadvertido de que os tempos subseqüentes exigiriam a ampliação dos horizontes lingüísticos. Nos dias que correm, não há sobrevivência intelectual sem acesso ao conhecimento que se produz em outras línguas. E nem sempre dá tempo de esperar pelas traduções. Aliás, uma das vantagens do terceiro-mundismo é tornar-nos cosmopolitas. Aqui, ninguém sobrevive intelectualmente se não tiver os olhos postos no conhecimento que se produz além-mar.

Pois bem: no exercício desta paixão pela palavra, leiam e ouçam de tudo um pouco. De fotonovelas a bulas de remédio, sempre há uma entrelinha surpreendente, uma inspiração insuspeita, um momento de humor ou de ridículo, a ser flagrado numa palavra. Não posso evitar algumas sugestões pessoais. Em meio a tudo, não deixem de ler Fernando Pessoa. É o que de mais lindo já se produziu em língua portuguesa. Não deixem de ler *Mafalda*, do Quino, porque nem tudo na vida é erudição. Ser espirituoso é fundamental. Não deixem de ouvir Caetano Veloso e sua constatação desconcertante de que "de perto, ninguém é normal". Como poucos, essa gente — em meio a tantos outros — professa, com fascínio e carisma, a paixão pelas palavras.

A paixão pela palavra é um exercício de estética, de som, de prazer, nunca de presunção. A beleza está na simplicidade, na transparência, na clareza. Nunca na linguagem empolada, pernóstica, arrogante.

O livro de Introdução à Ciência do Direito que tive de ler no 1º ano de Faculdade, ilustra, sob a forma de caricatura, como *não* se deve utilizar a linguagem. Ao final do texto, à guisa de síntese do que se havia acabado de ler, o conceituado autor perpetrou a seguinte pérola:

> *"Eis a nossa posição — fundamentalmente essêncio-existencialista, como notamos no capítulo XLVI — porque atribui ao direito uma essência (o conteúdo) e uma existência (o continente), como condição de sua manifestação plenária no convívio, do mesmo passo que o enxerga qual fenômeno* noético *(vivencial), de natureza* sincrética *e não meramente eclética, visto como é a síntese* eidética *que o informa, e não a tese e, ainda menos, a antítese."*

Este texto, desabando sobre alunos do 1º ano, pode pôr a perder uma vocação.

A Revista de Direito Civil publicou, recentemente, o texto de aula inaugural proferida em uma das principais Universidades do País, por Professor da mais elevada reputação e vasta obra publicada. Nele se liam passagens como estas:

> *"**1. Porticum***
> *No instante solente em que se descerram os reposteiros do ano letivo da mais antiga das Faculdades de Direito do País, e as solarengas arcadas mais ainda se arredondam para acolher, em maternal amplexo, a algaravia dos neófitos que se congraça com a solércia dos veteranos.*
> *(...) Nossa lucubração é assim uma homenagem a toda a Faculdade, manirrota nas dádivas da diuturna generosidade (...) graças a cuja seriedade e devotamento nossa heráldica ciência passou a iluminar as eras e a nortear os povos...*
> *(...) Mas o nosso testemunho fica manifestado, não obstante a semente contra o risco de arrostar a canícula da preguiça mental dominante e o vendaval desagregador do imediatismo e da ambição."*

Fujam de coisas assim. Saibam ter o desprezo essencial pela erudição exibicionista, pelo hermetismo vazio. A codificação desnecessária ou indevida da linguagem é um instrumento de poder. É uma forma de excluir a maioria, de negar-lhe acesso ao conhecimento e à informação.

Mirem-se, neste particular, na passagem inspiradíssima de Manuel Bandeira ("Itinerário de Pasárgada"), que abre o magnífico livro de Plauto Faraco de Azevedo ("Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica"):

> *"Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo sob a especiosa capa de hermetismo. Só não fui claro quando não pude."*

É bem verdade que, a despeito da simplicidade que deve ser buscada, o Direito é uma Ciência. Uma Ciência é feita de princípios, conceitos e termi-

nologia próprios. Jamais minimizem a importância de empregar as palavras adequadas para identificar as idéias que se quer expressar. Chamar coisas distintas pelo mesmo nome, ou coisas iguais por nomes diversos, inviabiliza a produção e transmissão do conhecimento. Não se esqueçam que é a palavra, a linguagem, a capacidade de comunicação verbal e escrita que distinguem o homem dos outros animais e o fazem instrumento da civilização.

Nem a necessidade de ser simples, nem a necessidade de ser técnico dispensam a elegância da linguagem. Fujam da vulgaridade, da linguagem grosseira, da linguagem agressiva. O Conselho de Ética e Disciplina da OAB examina, presentemente, para o fim de punição do advogado que a subscreveu, petição do teor seguinte:

> *"A advogada da Autora, uma recalcada, hipócrita, ignorante, tanto fez que acabou por despejar o colega de profissão do prédio em que residia...*
> *(...) Essa imbecil causou-me profundos dissabores, humilhações, e vem causando, ainda, por causa de um capricho, mas essa filha da p. terá muito em breve uma resposta aos seus desumanos atos profissionais."*

Por fim, tenham o orgulho e a resignação de falarem em português. Orgulho de uma língua vasta, rica, sonora, sensual, às vezes ardente.

Tenham, todavia, a resignação de falarem uma língua que não abre portas para o mundo. O português é um túmulo. Se escrevessem em outras línguas, Pontes de Miranda, Miguel Reale, Seabra Fagundes, Barbosa Moreira teriam sido nomes mundiais. Em seu trabalho "Poesia: A paixão da linguagem", *Paulo Leminski*, com sagacidade e humor, lamentou:

> *"Vocês já imaginaram a desgraça que é escrever em português?* ***Sometimes I wonder****. Quem é que sabe português nesse planeta, fora Brasil, Angola, Moçambique, Cabo Verde, Macau?*
> *(...) A gente já nasce numa língua periférica, escrever uma coisa em português e ficar calado mundialmente é mais ou menos a mesma coisa."*

Mas há encantos em não ser o mais universal, em não ser o mais conhecido, em não ser o maior de todos. Fernando Pessoa captou a evidência, com lirismo, ao constatar que o Tejo — o grande Tejo — não era maior do que o rio — o pequeno rio — de sua aldeia:

> *"O Tejo é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia,*
> *Mas o Tejo não é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia*

> *Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia.*
> *O Tejo tem grandes navios*
> *E navega nele ainda,*
> *Para aqueles que vêem em tudo o que lá não está*
> *A memória das naus.*
> *O Tejo desce de Espanha.*
> *E o Tejo entra no mar em Portugal.*
> *Toda a gente sabe isso.*
> *Mas poucos sabem qual é o rio da minha aldeia*
> *E para onde elè vai*
> *E donde ele vem.*
> *E por isso, porque pertence a menos gente,*
> *É mais livre e maior o rio da minha aldeia."*

Alguém poderá dizer que estas preocupações com a linguagem constituem um mero apego à forma, à embalagem, aos *ritos*, e não à substância. Pois a vida é feita de conteúdos, mas também de ritos. A retórica vazia é perversa ao espírito. Mas sem estilo, sem forma, sem ritos desperdiça-se a beleza e a vida se torna árida e penosa. O prazer é parte importante da vida.

Há uma bonita passagem em "O Pequeno Príncipe", um livro simpático, desmoralizado por gerações de *misses* iletradas. É um diálogo entre a raposa e o príncipe, que assim corre:

> *"- Teria sido melhor voltares à mesma hora, disse a raposa. Se tu vens, por exemplo, às quatro da tarde, desde às três eu começarei a ser feliz. (...) Mas se tu vens a qualquer momento, nunca saberei a hora de preparar o coração... É preciso ritos.*
> *- Que é um rito? perguntou o principezinho.*
> *- É uma coisa muito esquecida também, disse a raposa. É o que faz com que um dia seja diferente dos outros dias; uma hora, das outras horas."*

Sobre a falta de ritos — e o primitivismo que daí resulta — escreveu ainda uma vez Eça de Queiróz, pela pena de Fradique Mendes:

> *"De resto, não se desconsole, amigo! Mesmo entre os simples há modos de ser religiosos, inteiramente despidos de liturgia e de exterioridades rituais. Um presenciei eu, deliciosamente puro e íntimo. Foi nas margens do Zambeze. Um chefe negro, por nome Lubenga, queria, nas vésperas de entrar em guerra com um chefe vizinho, comunicar com o seu deus, com o seu Mulungu (que era,*

como sempre, um seu avô divinizado). O recado ou pedido, porém, que desejava mandar à sua divindade, não podia transmitir através dos feiticeiros e do seu cerimonial, tão graves e confidenciais matérias continha ... Que faz Lubenga? Grita por um escravo: dá-lhe o recado, pausadamente, lentamente, ao ouvido: verifica bem que o escravo tudo compreendera, tudo retivera: e imediatamente arrebata um machado, decepa a cabeça do escravo, e brada tranqüilamente: "Parte"! A alma do escravo lá foi, como uma carta lacrada e selada, direita para o Céu, ao Mulungu. Mas daí a instantes o chefe bate uma palmada aflita na testa, chama à pressa outro escravo, diz-lhe ao ouvido rápidas palavras, agarra o machado, separa-lhe a cabeça, e berra: "Vai!" Esquecera-lhe algum detalhe no seu pedido ao Mulungu... O segundo escravo era um pós-escrito... Esta maneira simples de comunicar com Deus deve regozijar o seu coração."

A linguagem do Direito há de conformar-se aos rigores da técnica jurídica. Mas sem desprezo à clareza, à transparência, à elegância e ao ritmo melodioso da poesia. As palavras, para o Professor, para o advogado, para os operadores do Direito, em geral são feitas para persuadir, demover, incentivar. Não basta sintaxe. Não basta ortografia. Não basta semântica. É preciso paixão.

IV. *Conclusão*

Com as dificuldades previsíveis, percorreram-se aqui alguns dos caminhos em que se cruzam o Direito e a Paixão. Uma viagem acidentada, na combinação implausível entre o inconsciente psicanalítico e a racionalidade jurídico-científica. Um mergulho experimental, que não foi muito além da superfície. Concorre, antes em originalidade que em luxo, esta combinação despretensiosa e atemporal de Kelsen, Marx e Freud. Cada qual achando a companhia do outro incômoda.

O BRASIL E O NOVO CENÁRIO ECONÔMICO INTERNACIONAL[1]

MARCÍLIO MARQUES MOREIRA

No texto que segue pretendo organizar algumas reflexões sobre o que identifico como cruciais desafios econômicos a serem superados pelo Brasil na busca da modernidade, bem como sobre as principais potencialidades brasileiras no cenário internacional inteiramente novo que se vai desenhando a nossos olhos.

Em uma primeira observação, de caráter metodológico, sublinharia que não é possível, hoje, entender a economia brasileira e as profundas reformas de que necessita, senão a partir de uma análise abrangente que leve em conta, de um lado, as transformações ocorridas nas relações econômicas[2] e políticas internacionais nos últimos anos e, de outro lado, a própria dinâmica interna de nossa economia.

UMA NOVA ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL?

Tornou-se um já quase lugar-comum afirmar que vivemos tempos revolucionários. Há apenas dois anos, levantaram-se as esperanças de que uma "Nova Ordem Mundial" estaria na iminência de despontar.[3] Com efeito, ao

1 Agradeço aos Secretários Arthur Nogueira e Alexandre Parola a valiosa contribuição que prestaram na elaboração deste texto.

2 Em artigo anterior à queda do Muro de Berlim, constante do número de *Lua Nova* dedicado ao tema "Relações Internacionais e o Brasil", procurei sistematizar as principais transformações econômicas então em curso no nível mundial. Veja Marcílio Marques Moreira, "O Brasil no Contexto Internacional do Final do Século XXI", in Lua Nova (nº 18, agosto de 1989), p. 5 a 23.

3 É irônico que o lema da nova "ordem econômica internacional", por tanto tempo perseguido pelo Terceiro Mundo, tenha sido arrebatado pelo Primeiro Mundo no momento em que o Segundo Mundo entrou em colapso e o Terceiro Mundo se pulverizou. É paradoxal, também,

compararmos o cenário internacional de nossos dias com o que perdurou até 1988, a idéia de uma nova época não parecerá exagerada.

O antigo "império do mal" não apenas deixou de ser uma ameaça, como sequer existe mais como país. Berlim não mais está dividida e voltou a haver apenas uma Alemanha. De maneira totalmente surpreendente, a Guerra Fria passou a ser, apenas, objeto de estudo dos historiadores. O mundo político-estratégico cujas fronteiras se delinearam ao longo das conferências de Teerã, Yalta e Potsdam é agora passado.

A euforia que se seguiu à queda do Muro de Berlim fez surgir a crença de que a Democracia, vitoriosa nos dois embates globais com o totalitarismo (a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria), que marcaram meio século (1939-1989), se tornaria logo valor universal e que o livre-mercado, vista o colapso das economias de comando, seria adotado, sem delongas, como a melhor forma de organização racional da vida econômica.[4]

Seria, no máximo, uma questão de tempo, pensava-se, até que os homens pudessem viver em paz e em paz trabalhar para erradicar a pobreza.

Não eram poucas as promessas que essa nova ordem trazia, mas também não eram pequenos seus desafios.

Na América Latina, graças a persistentes esforços de redemocratização política e de reconstrução de economias até então excessivamente fechadas, surgiam sinais de um promissor desempenho nos anos 90, sinais que foram recebidos com alívio e esperança após a década perdida dos anos 80. Será duradoura essa esperança? Uma grande incógnita ainda se levanta: como conciliar nossas ainda frágeis democracias com economias de mercado emergentes?[5] Como assegurar que as reformas em curso se tornem estruturalmente

que, tão logo emitida essa palavra de comando, emergiram vários e sérios focos de desordem que parecem fugir a qualquer controle, haja vista a trágica situação na Iugoslávia. De qualquer forma, a expressão "Nova Ordem" é infeliz e ressabe à engenharia social totalitária. A propósito, é revelador que Keynes tenha começado a esboçar os primeiros delineamentos do que viria a ser o sistema de Bretton Woods já em novembro de 1940, expressamente em contraposição às promessas nazistas de uma "Nova Ordem". Cf. J. M. Keynes, *Activities 1940-1944, Shaping the Post-War World: The Clearing Union*, ed.: Donald Moggridge, XXV Volume de "The Collected Writings of John Maynard Keynes" (Londres: Macmillan, 1980), esp. p. 1 a 16.

4 O clima eufórico pós-queda do muro teve sua manifestação mais vigorosa em controvertido artigo de Fukuyama publicado na revista *The National Interest*, no verão de 1989. Sua tese neo-hegeliana do "fim da história" foi por ele reelaborada três anos mais tarde em Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: The Free Press, 1992).

5 Recente livro examina o tema, usando duas metodologias distintas: comparações quantitativas sincrônicas entre um grande número de países, que apontam para uma correlação positiva entre desenvolvimento e democracia; e estudos qualitativos diacrônicos, de escopo histórico, bem menos concludentes e, portanto, mais pessimistas para os países hoje em

sedimentadas? Será suficiente desenvolver uma "nova economia política" para entender e enfrentar os desafios da governabilidade ou da "boa governança", ou será necessária uma mais profunda revolução de mentalidades, atitudes e processos?

No mundo em desenvolvimento como um todo, como evitar desempenhos tão diferenciados, que estão alargando o fosso que separa, não apenas o Norte do Sul, mas também os próprios países em desenvolvimento entre si, de um Sudeste Asiático em rápida expansão a uma América Latina promissora, até uma África que parece ancorada na crise?

O Leste, que reconquistou a liberdade política, para onde estará indo: para o caos ou para a reconstrução ordenada? Como melhor promover e aprofundar o processo de reestruturação econômica em curso, compatibilizando-o com o objetivo de consolidação democrática? Como evitar desvios, bloqueios ou mesmo retrocessos?

Superado o fantasma do holocausto nuclear, que, apesar do horror que inspirava, parecia impor certa ordem e permitir um mínimo de previsibilidade,[6] velhos fantasmas ressurgiram sob a forma de nacionalismos latentes, de ódios raciais às vezes milenares, de rivalidades religiosas arraigadas e de diferenças lingüísticas que se reacendem.[7] Nesse contexto, como assegurar um mínimo de paz, ordem e prosperidade?

À expectativa de um fim prematuro da História veio substituir-se um desencanto com as promessas do pós-Guerra Fria. E as acesas esperanças quanto a uma "nova ordem" gradualmente vêm-se deixando temperar pela

desenvolvimento, quanto à relação entre democracia e desenvolvimento capitalista. Cf. Dietrich Rueschemeyer, Evelyne H. Stephens e John D. Stephens, *Capitalist Development & Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1992).

6 Para uma vívida descrição do mundo após o fim da Guerra Fria, veja André Fontaine, *L'un sans l'autre* (Paris: Fayard, 1991). Fontaine começa o livro com citação de Georgi Arbatov, em 1988, que dramatiza o desequilíbrio que representou a quebra da bipolaridade. Disse Arbatov, então, ao *Time*: "Nós estamos em vias de fazer-vos algo terrível. Nós estamos em vias de privar-vos de um inimigo". Conclui que o fim da Guerra Fria não significa, entretanto, o fim das contradições. "O confronto entre ambições de duas superpotências foi agora substituído", diz Fontaine, pela tensão "entre dois ventos não menos contrários — a unidade e a atomização". Comenta, então, o duplo sentido dessa palavra: "Tínhamos o perigo da destruição nuclear, agora o da fragmentação excessiva". Veja citação nas páginas 7 e 353.

7 O ressurgimento de nacionalismos e ressentimentos até então latentes pode ser atribuído, em parte, ao fato de o fim da Guerra Fria ter representado, simultaneamente, o fim da Primeira e da Segunda Guerra Mundial, o que, pela primeira vez desde 1918, eliminou as categorias distintas de "vencedores" e "vencidos" e colocou a nu os artificialismos dos tratados de paz que apenas "aparentemente" puseram fim àquelas guerras. Veja o brilhante artigo de Conor Cruise O'Brien, "The Future of the West", in *The National Interest* (nº 30, Winter 1992/1993), p. 3 a 10.

consciência de quão difícil é deixar o passado para trás, encarar o presente e reinventar o futuro.

UM MUNDO GLOBAL OU UM PLANETA BALCANIZADO?[8]

Nesse futuro a ser reinventado, qual será a configuração da economia internacional? As forças centrípetas, que conduziriam a uma globalização crescente, afiguram-se como a mais forte tendência, mas as forças centrífugas, que trabalham no sentido contrário, parecem ter fôlego de sete gatos e operam no sentido da fragmentação.

Durante os anos 80, a desregulamentação dos sistemas financeiros contribuiu para que se intensificassem os fluxos financeiros de escopo global. Estima-se hoje que esses fluxos superam em até cem vezes o comércio internacional de bens. Ao mesmo tempo, novas tecnologias e processos produtivos e significativos avanços nos setores de transporte e comunicações, ao exigirem enormes investimentos em P&D, permitirem consideráveis economias de escala e assegurarem a entrega tempestiva de insumos comprados e de produtos vendidos além fronteiras e distâncias,[9] contribuíram para o efetivo desenvolvimento de mercados globais. Esse movimento de inovação e globalização e os profundos ajustes conjunturais realizados no início dos anos oitenta contribuíram para que, no resto da década, ocorresse um dos mais longos períodos, no pós-guerra, de crescimento dos países desenvolvidos.

Esses anos de elevada atividade econômica, contudo, não foram isentos de problemas, como se pode testemunhar pela herança de graves déficits financeiros, sérios desequilíbrios estruturais e pesadas dívidas acumuladas.

A crise econômica de que os Estados Unidos estão saindo vagarosamente e na qual o Japão e a Alemanha ainda se encontram engolfados parece revelar natureza distinta das meras flutuações cíclicas. Desta vez, uma deterioração sem precedentes dos valores dos ativos levou a uma séria crise também no balanço de ativos e passivos, em contraste às meras retrações conjunturais, que se traduzem sobretudo em contas negativas de lucros e perdas.

8 Sobre essa dicotomia, veja dois livros instigantes: Louis Emmerij (ed), *One World or Several* (Paris: Development Centre of the Organization for Economic Co-Operation and Development, 1989) e Yves Marie Laulan, *O Planeta Balcanizado* (São Paulo: Instituto Liberal, 1992).

9 Foram a melhoria nos serviços e a queda nos preços de transportes e comunicações que permitiram a introdução do sistema "just in time" (ou "kanban", segundo os japoneses que introduziram essa técnica gerencial), que diminuiu drasticamente a necessidade de se manterem altos estoques de insumos ou peças. Com a "redescoberta" da geografia econômica, começa-se a falar hoje em sistema "just in place".

Quais são, nesse contexto, as perspectivas para os anos 90?

Nos países industrializados centrais, a recuperação do ciclo recessivo que os atingiu no início da década dos noventa tende a ser lenta, refletindo as dificuldades e o gradualismo do processo de ajuste. Um crescimento mais robusto só dever-se-á afirmar à medida que esse processo se amplie e se torne estrutural.

Os Estados Unidos, cuja evolução econômica recente já vinha acentuando os *constraints* de um *hegemon* declinante, ou ao menos claudicante,[10] lutam hoje para alcançar uma reativação econômica consistente e a recuperação de níveis adequados de produtividade e competitividade, ao mesmo tempo em que tentam reduzir os entrelaçados déficits orçamentário e de contas correntes. As dificuldades com que o Governo Clinton vem-se deparando desde a posse revelam não só a dificuldade de transferir uma liderança paroquial para o contexto nacional em um país sobre o qual recaem responsabilidades de escopo mundial (uma aparente repetição do fenômeno Carter), senão também a complexidade de uma economia do porte da americana, a braços com graves desequilíbrios internos e amplas incertezas externas. Apesar do declínio relativo, das dificuldades conjunturais e de certa perplexidade quanto ao papel que podem e devem exercer no novo cenário internacional, que, ao invés da ordem prometida, trouxe mais incertezas e dilemas, os Estados Unidos não deixam de ser, hoje, *a* superpotência mundial por serem o único país que alia poder militar-nuclear, liderança política e, apesar de tudo, pujança econômica.

O Japão, por sua vez, enfrenta, além de uma crise política sem precedentes, recessão de severidade só experimentada por ocasião da crise dos meados da década dos setenta, então induzida pelo primeiro choque do petróleo. Muitos dos melhores grupos empresariais do país estão, pela primeira vez em sua história, registrando prejuízos operacionais, além do impacto negativo, que também atingiu o sistema financeiro japonês, da já mencionada depreciação dos ativos imobiliários e dos valores mobiliários. A Alemanha, tendo subestimado os custos da reunificação, vê-se às voltas com imprevistas conseqüências fiscais e monetárias. Para 1993, projeta-se queda de 2% na atividade econômica alemã.[11] Acresce que a rigidez estrutural nas relações capi-

10 O fenômeno do declínio relativo, em termos econômicos, dos Estados Unidos, foi tratado em inúmeros livros, como os de Gilpin e Rosencrance, mas encontrou sua afirmação mais vigorosa em Paul Kennedy, *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000* (New York: Random House, 1987). Cf. p. 514 a 535. Os antideclinistas, por sua vez, também foram muitos, entre os quais Huntington, Nau, o próprio Rosencrance e Fukuyama, mas encontraram seu porta-voz mais afirmativo em J. S. Nye, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power* (New York: Basic Books, 1990). Houve, paralelamente, o surgimento de duas superpotências econômicas — a Alemanha e o Japão — e a disjunção entre poder político-militar e poder econômico.

11 Veja *The Economist* (June 5th-11th, 1993), p. 107.

tal-trabalho tem prejudicado, na Alemanha como também, em certa medida, no Japão, os avanços de competitividade inerentes à nova fase da economia, a da informação. Isso inverte a situação de várias décadas, quando o consenso e a intimidade, que naqueles países caracterizavam o relacionamento capital-trabalho, permitiram, ao assegurarem tranqüilidade e cooperação, significativos ganhos de produtividade.

Japão e Alemanha, portanto, que pareciam quase imunes a abalos econômicos mais sérios, vêm sendo assaltados, pela primeira vez talvez desde o pós-guerra, por questionamentos de seus próprios modelos de capitalismo. De fato, a atual crise, ao contrário da crise de 1974-75, alimenta-se de fatores endógenos e coloca à plena luz fragilidades estruturais insuspeitadas. Acresce que o desequilíbrio fiscal provocado pelos custos da reunificação levaram o Bundesbank a adotar política monetária tão restritiva e juros tão altos que, na maioria dos outros países europeus, ocorreram agravamento da recessão, desvalorização cambial e aumento do desemprego. Essa situação trouxe de volta ao Continente o europessimismo (ou o renovado temor de euro-esclerose) que parecia ter sido superado pelas promessas advindas dos avanços no processo de unificação.

Valeria também analisar dos países continentais, cujo desempenho vem sendo muito diferenciado.

A Rússia, que em 1992 enfrentou uma inflação de mais de 2000% e cujos índices inflacionários no primeiro semestre de 1993, apesar de melhores, não afastaram ainda o risco de uma hiperinflação, sofreu em 1992 uma queda do produto da ordem de brutais 16%. Seu PIB é estimado pelo Banco Mundial em US$ 480 bilhões, um pouco superior ao do Brasil, mas outros observadores têm estimativas muito menores.[12] A perspectiva para 1993, por sua vez, é de nova queda, que, em termos acumulados nesta década, já atinge a alarmante cifra de 30% a 40%, proporção maior do que a sofrida por qualquer país industrializado na Grande Depressão dos anos 30. A Rússia tornou-se, sem dúvida, o exemplo doloroso do gigante abatido.[13]

A China, no outro extremo, com um PIB estimado em torno dos mesmos

12 *O Economist Intelligence Unit*, por exemplo, o avalia em apenas US$ 140 bilhões. Cf. *The world in 1993* (Londres: The Economist Publications, 1992) p. 46, 47 e 94.

13 Veja Leonard Silk, "Dangers of Slow Growth", in *Foreign Affairs*, vol. 72, nº 1, p. 168, e John Edwin Mroz, "Russia and Eastern Europe: Will the West Let them Fail?", in ibid., p. 44 a 57. O dramático colapso econômico da Rússia se deve em grande parte à concentração de investimentos no setor militar e no quase total isolamento deste do setor civil, tanto agrícola quanto industrial, além do anquilosamento burocrático e da obsolescência tecnológica que caracterizaram nas últimas décadas o aparato produtivo soviético. Veja a respeito no citado livro de Paul Kennedy a seção sobre "The Soviet Union and its Contradictions", p. 488 a 514.

US$ 480 bilhões pelos métodos tradicionais, teve um crescimento de aproximadamente 13% em 1992 e continua se expandindo em torno de 10% em 1993. A taxa de inflação, porém, aponta para uma perigosa aceleração, embora ainda abaixo dos 20% anuais. Além de sua economia vir crescendo a taxas médias em torno dos atuais 10% já há mais de dez anos, novas estimativas do Fundo Monetário Internacional, usando para comparação internacional a paridade do poder de compra, telescopam o PIB da China para US$ 1,66 bilhão, o que a tornaria a 3ª maior economia do mundo, após os EUA e o Japão.[14]

Comparada com os "tigres" (Coréia, Hong-Kong, Cingapura e Taiwan), os "dragões" (Tailândia, Malásia) do Sudeste da Ásia, e mesmo com a superpotência econômica que é indiscutivelmente o Japão, o "renascimento" da China como o "dinossauro redivivo" constitui-se no fato recente mais importante da economia mundial. De fato, o excepcional desempenho econômico e a nova percepção da enorme dimensão da China, em termos de população, de território e hoje também em termos econômicos, fazem com que a China desponte como um dos atores econômicos mundiais mais relevantes.[15]

É claro que a própria China também corre o risco de fragmentação — e sua história não é tranqüilizadora a esse respeito. O forte surto de progresso econômico que, iniciado em regiões delimitadas na costa pacífica só agora está se interiorizando com êxito, é um fator que tanto pode pesar a favor da unidade, quanto inclinar-se em direção a uma fragmentação entre províncias e regiões que já se orientam por padrões capitalistas modernos e regiões tradicionais mais atrasadas.

A Rússia continua, é claro, a ter particular importância para a *política*

14 Veja *The Economist* (May 15th-21st, 1993), p. 75, e Steven Greenhouse, "New Tally of World's Economies Catapults China into Third Place", in *New York Times* (May 20, 1993). Essas novas estimativas baseiam-se em estudo ainda não publicado do FMI e de extrapolações feitas a partir do *World Development Report 1992* (Washington: World Bank, 1992). Embora os números absolutos não tenham sido oficialmente divulgados, as razões que levaram o FMI a adotar novos critérios de avaliação foram publicadas no *World Economic Outlook* de maio de 1993 (Washington: IMF, 1993). A matéria é objeto do anexo IV, "Revised Weights for the World Economic Outlook: Market-Exchange-Rate-Based Weights versus PPP-Based Weights", p. 116 a 119.

15 Veja, entre outros, Walter Russell Mead, "An American Grand Strategy: the Quest for Order in a Disordered World", in *World Policy Journal* (Spring 1993, vol. X, nº 1), esp. p. 28 e 29, que falam no The Chinese Century. Entre outros conceitos pinço o seguinte, de particular interesse para nosso raciocínio: *"China's massive population, its economic prowess and the collapse over the last 50 years of three of the four powers that once hemmed it in — Britain, Russia and Japan — together with the decline of the fourth — the United States —, are creating a radically new situation in the Orient."*

mundial. Seu esforço de reconstrução econômica e política pode ter êxito a médio e longo prazos, mas a curto prazo corre o risco de resvalar para a fragmentação, o caos ou, hipótese não menos preocupante, para o restabelecimento de aguerridas posturas imperialistas empenhadas em recuperar a unidade perdida. E como ainda detém dezenas de milhares de ogivas e armas táticas nucleares, qualquer desses cenários alternativos são de tirar o sono ao mais tranqüilo dos observadores.

POSSÍVEIS NOVAS CONFIGURAÇÕES DA ECONOMIA MUNDIAL

Nessas circunstâncias, como serão redefinidas as macroestruturas do cenário internacional?

Mais do que nunca será necessário pensar em molduras de amplo escopo e longo alcance que permitam apreender o mundo em sua complexidade. Houve o tempo da Balança do Poder, em seguida o da confrontação bipolar. E agora, qual a nova estrutura que se afirmará no cenário internacional?

Ao pensarmos sobre possíveis cenários para o desdobramento das presentes mudanças, o pior de todos os resultados possíveis, para nós, seria um futuro no qual as economias mais desenvolvidas se voltassem sobre si mesmas e, fechando-se em prósperas fortalezas, passassem a conviver, isoladas, com um "resto do mundo" crescentemente pobre e fragmentado.

A perspectiva da divisão do mundo em *trading blocs* propiciaria novo surgimento de protecionismos, unilateralismos e conflitos comerciais. A disrupção de comércio resultante imporia pesadas perdas aos países em desenvolvimento, virtualmente indefesos na hipótese de uma guerra comercial deflagrada pelos principais atores do comércio internacional.

Adicionalmente, essa volta sobre si mesmo do mundo desenvolvido, ao fragilizar ainda mais as economias "em transição", agravaria os riscos, já sérios, de fragmentação na Europa do Leste, na ex-União Soviética, nos países islâmicos e na África.

O mundo está, portanto, assistindo ao exercício simultâneo de forças contraditórias, agindo algumas no sentido centrípeto e outras, no centrífugo. Crescente globalização convive, portanto, com tendências de fragmentação.[16] E entre globalização e fragmentação, tendências extremas, manifestam-se

16 Sobre o assunto, comenta David Fromkin: "For the central question in the politics of the twenty-first century will be the tension between holding together and pulling apart: between the centripetal pull of a modern global economy that requires regional and planetary organization, and the centrifugal push of atavistic tribalism.". Cf. artigo do autor: *The Coming Millenium: World Politics in the Twenty-First Century*, in ibid., p. 4.

processos de adensamento regional. Alguns interpretam essas manifestações como a constituição de blocos de construção (*building blocs*) que podem vir a agregar-se num arcabouço de índole multilateral e universal; outros, ao contrário, enxergam nessa movimentação a tendência para a formação de blocos estanques ou de fortalezas fechadas.

Uma análise objetiva parece apontar no sentido de uma interpretação intermediária.

Os três *trading blocs* em formação — a Comunidade Econômica Européia, a NAFTA e a região pacífica da Ásia — constituem, ao menos por enquanto, fenômenos de adensamento de comércio em certos mega-espaços, movidos mais por uma realidade ditada pela geografia econômica do que por um voluntarismo comercial excludente.

Estimam economistas de porte de um Paul Krugman, que, mesmo na ausência do Mercado Comum, o comércio intra-europeu dos países membros da Comunidade Econômica Européia — o mais estruturado desses mega-espaços — ainda absorveria em torno de 55% do comércio exterior global dos respectivos países (em vez dos 60% atuais).[17]

Acresce que a unificação européia — e sobretudo o que seriam suas dimensões política e monetária esboçadas no Tratado de Maastricht — perdeu muito de seu ímpeto no momento em que ela se confrontou com o dilema entre aprofundar a unificação de seu núcleo central e acolher novos membros ao Norte, ao Sul e ao Leste, isto é, os países escandinavos, a Áustria e a Suíça (que rejeitou em plebiscito a proposta, mas pode mudar de idéia), a Turquia, Malta, Chipre e o Marrocos, e os recém-libertados países da Europa Oriental e Central, ou mesmo alguns ex-integrantes da União Soviética, como, possivelmente, os países bálticos e a Ucrânia.[18]

Se essas hesitações ocorrem no mais formalizado dos blocos e se expres-

17 Sobre a redescoberta da geografia econômica pelos economistas, veja Paul Krugman, *Geography and Trade* (Cambridge: The MIT Press, 1991). Não se trata, é claro, de uma visão determinista. Tanto é que Krugman também afirma que "*increasing returns give a decisive role to history in determining the geography of real economies*" (p. 10). A observação sobre a CEE foi feita por ocasião de conferência de Krugman em Cancún, México, em 12 de fevereiro de 1993, a convite de *The Economist Conferences*. Octávio Paz, ao comentar o renovado interesse dos Estados Unidos no continente americano, face ao surgimento de novos centros de poder na Europa e no Pacífico, faz um comentário no mesmo sentido: "*La geografia es la madre da la historia*". Cf. Octávio Paz, "Pequeña Crónica de Grandes Días" (México: Fondo de Cultura Econômica, 1990), p. 41.

18 Essa encruzilhada para a CEE é discutida, com muita pertinência, em dois recentes trabalhos, um de Werner Weidenfeld, "The Future of Europe: Regional Integration or Nation-States?", e outro de Edward Mortimer, "Western Europe Looks East: What Role in Central and Eastern Europe?", in *Revolution and Change in Europe* (Chicago: The Chicago Council on Foreign Relations, 1993).

saram na negativa da Dinamarca no primeiro plebiscito (decisão revertida no segundo referendo), no quase empate no plebiscito da França e nas tergiversações no Parlamento do Reino Unido, o que dizer da NAFTA, em que um país predominante, os Estados Unidos, gera 87% do produto da região e acolhe, por razões mais políticas (em que se incluem a pressão migratória e o narcotráfico) do que econômicas, dois países de economia muito menores, mas com quem tem amplas fronteiras geograficamente abertas? Acresce que a inclusão do México na NAFTA, que parecia "favas contadas" até há pouco, está encontrando resistência crescente de aliança entre associações de ambientalistas, sindicatos operários, associações defensoras dos direitos humanos e consumidores. Para superá-la seria necessária forte liderança do Executivo, o que se torna cada vez mais questionável com o surpreendentemente precoce desmanche do prestígio de Clinton.

Na Ásia pacífica, embora venha ocorrendo também significativo adensamento do intercâmbio e dos investimentos intra-regionais, as distâncias geográficas — e também as históricas e culturais, em que sobressaem o ainda enorme ressentimento e a aguda desconfiança em relação ao Japão — parecem não favorecer a hipótese de criação de uma área de livre comércio, e, por muito mais razão, de um mercado comum.

Acresce que a liderança do Japão, único país que poderia encabeçar, no momento, esforço agregador pela sua indiscutível força econômica/financeira/tecnológica, já começa a ser desafiado pela crescente pujança econômica da China, país com objetivos mundiais radicalmente diversos dos do Japão.

Como exposto acima, estima-se que já hoje, em termos de paridade de poder de compra, a China responda por cerca de 70% do PIB japonês. E com as taxas de crescimento em torno de 10% que a China já vem apresentando há mais de 10 anos, a China tenderá em não tão longo período a ultrapassar o Japão como mercado econômico, constituindo-se em pólo próprio de amalgamação na Bacia do Pacífico.

A emergente liderança chinesa na região tornou-se, também, mais plausível como colapso da União Soviética como potência econômica na Ásia e encontrará lastro de apoio na grande prosperidade das "colônias chinesas", que surgiram como resultado da grande diáspora chinesa em curso há séculos, assim como na extensa presença na região da ética confúcio-budista. Esta pode estar exercendo na região papel análogo ao da ética protestante nos primórdios do capitalismo.[19] Em contraposição, o Japão ainda tem de enfrentar

19 Sobre o tema da diáspora chinesa, que incluiria entre 34 e 55 milhões de chineses ou seus descendentes (a diferença resulta de incluir-se ou não no conjunto os habitantes de Taiwan), controlaria entre US$ 1,5 e US$ 2 trilhões em ativos e que se pautariam por uma ética confuciana que dá grande valor à educação, trabalho intenso, respeito paterno, sentido de dever

múltiplos ressentimentos historicamente arraigados que, apesar do adensamento dos fluxos comerciais recíprocos, ainda parecem longe de desaparecer.

A formação de blocos excludentes, de natureza estanque, não parece, pois, a tendência de maior probabilidade. Entretanto, forças nesse sentido estão em curso e têm de ser acompanhadas com a maior atenção pela nossa diplomacia econômica para uma avaliação constante de suas conseqüências potenciais para o Brasil. Os arranjos especiais e privilégios já estabelecidos ou em negociação, por exemplo, como as planejadas preferências da Comunidade para produtos dos países do Leste europeu, análogas às já acordadas à África, podem vir a constituir-se em séria ameaça ao livre acesso, em igualdade de condições, de nossas exportações ao mercado europeu, dado o grande potencial do Leste Europeu e dos países da ex-União Soviética como fornecedores de manufaturas de tecnologia intermédia e de baixo custo, em direta competição com o Brasil.[20]

A VOCAÇÃO UNIVERSALISTA DO BRASIL

A diversificação, tanto em termos de categorias de produtos, quanto de mercados de origem e destino de nosso intercâmbio exterior, além do pequeno peso relativo que este representa no comércio mundial, aponta para uma vocação preferencial do Brasil pelo multilateralismo. Os grandes blocos comerciais em formação, sobretudo os de caráter excludente, não condizem com o universalismo dos interesses econônicos brasileiros.

Isso não exclui, é claro, nosso forte interesse em acordos de cooperação econômica mais estreita e de integração com países contíguos a nós, em especial os do MERCOSUL e os de um possível Merconorte[21] (sobretudo

e ordem, harmonia e poupança, veja Simon Winchester, *Pacific Rising: The Emergence of a New World Culture* (New York: Prentice Hall, 1991), esp. p. 219 a 269, e Amaury Porto de Oliveira, *Cartas de Cingapura* (Nova Série, nº 4, jul-ago/92), p. 3 e 4. O tema é evidentemente complexo, possibilitando interpretações diversificadas. Ao fazer-se a comparação com a ética protestante tal como entendida por Max Weber, é sempre interessante referir ao próprio esforço de Weber de compreender e expor a "religião da China" (que, aliás, para muitos não é uma religião, mas sim uma ética). Cf. Max Weber, *The Religion of China*, trad. por Hans H. Gerth e com introdução de C. K. Yang (Chicago: the Free Press., 1951).

20 Cf. Winston Fritsch e João Roberto Teixeira, "Fatores determinantes das Exportações Brasileiras para a CE: Uma Análise Prospectiva dos Impactos da Ampliação do Espaço Econômico Europeu" (mimeo, *paper* apresentado ao V Fórum Nacional, São Paulo, 3 a 6 de maio de 1993), p. 22 a 25. Ver também artigo e editorial do *Financial Times* intitulados, respectivamente, "A Porta Semi-Aberta para Produtos do Leste" e "A CEE Deve Dar o Sinal Verde para as Exportações do Leste", e reproduzidos na *Gazeta Mercantil* de 17 de junho de 1993, p. 2 e 4.

21 Ver artigo na *Gazeta Mercantil*, de 29 de maio de 1993, de autoria de José Casado, com o sugestivo título de "O Brasil já Articula o Merconorte", p. 1 e 3.

Peru, Bolívia, Colômbia e Venezuela). O MERCOSUL, além de seus méritos próprios — e o dinamismo recente de nossas exportações para a América Latina demonstra o potencial dos mercados da região —, tem a virtude de reforçar, de muito, nosso poder de barganha em futuras negociações com outros parceiros potenciais, como, entre outros, a Comunidade Econômica Européia, a NAFTA e o Japão.

De qualquer forma, a lição a ser aprendida desse cenário é que, se não é totalmente negro, ele é potencialmente um caleidoscópio de claros e escuros, com o qual precisamos aprender a conviver, aproveitando as oportunidades potenciais e evitando os perigos latentes. Simultaneamente, a nossa diplomacia tem de empenhar-se para a gradual construção de uma nova ordem mais estável e verdadeiramente multilateral e universalista. Esta é a que mais interessa a um país como Brasil, que, sendo apenas um pequeno ator do comércio internacional (responsável por cerca de 1% do movimento de mercadorias), tem um intercâmbio externo muito diversificado, tanto em relação à pauta de produtos de exportação e importação, quanto em termos dos respectivos destinos e origens. É por isso que nossa diplomacia tem de explorar todas as oportunidades de construção de tal ordem, isto é, de um sistema multilateral verdadeiramente simétrico, baseado em regras estáveis, justas e consensualmente estabelecidas. Já Aristóteles arguía que era aos pequenos e fracos que interessava um sistema objetivo e justo de direito.[22] Os poderosos têm a alternativa de recorrer a medidas unilaterais de força ou a polícias particulares.

Em um mundo onde a Democracia revelou ser uma aspiração universal do homem e no qual o livre mercado comprovou sua superioridade, não há nenhuma razão pela qual esses valores devam estar confinados à organização interna das sociedades. Na verdade, eles são ainda mais importantes no cenário internacional.

Essa é a razão pela qual precisamos de uma ONU reforçada, de um Bretton Woods reformulado e de um GATT revitalizado.

O reforço do papel das Nações Unidas há de incluir uma ampliação de seu âmbito de atuação, uma revisão de seu processo de tomada de decisões e o desenvolvimento de mecanismos que permitam a implementação eficaz de suas decisões. No que concerne ao Conselho de Segurança, sua atual

22 Cf. Aristóteles, *The Politics*, tradução Ernest Barker (Oxford: Clarendon Press, 1952), p. 262: "[é difícil] persuadir os homens a agir de maneira justa se eles têm bastante poder para assegurar seus próprios interesses egoístas. Os mais fracos estão sempre ansiosos por igualdade e justiça. Os fortes não lhes dão atenção". A tradução é de minha autoria. Veja Marcílio Marques Moreira, *Poder, Liberdade, Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1980, esp. o capítulo I, "Poder Nacional e Cenário Mundial". A citação está na página 43.

composição deveria ser revista de forma a incluir "novos atores", muitos deles pesos pesados da economia mundial, atuais ou potenciais: Japão, Alemanha, Índia, Brasil e Nigéria. O problema de tal ampliação decorre, naturalmente, da dificuldade em encontrar um critério objetivo para as escolhas, inclusive porque a seleção de alguns tenderá a acirrar rivalidades regionais. De fato, são também candidatos naturais, entre outros, o Egito, o Paquistão, a Indonésia, o Canadá, a Austrália, a Itália e Bangladesh. E as já citadas revisões das estimativas dos produtos nacionais brutos dos países só vêm adicionar um complicador a mais.

As instituições de Bretton Woods, duramente abaladas desde os chamados choques de Nixon em 1971 e 1973,[23] que destruíram o sistema de paridades cambiais fixas fiscalizadas pelo FMI, assim como a conversibilidade em ouro do dólar — a moeda internacional que substituíra o padrão-ouro —, também precisam de uma ampla reformulação. As recentes crises nos mercados cambiais europeus vieram reforçar tal convicção, uma vez que o FMI esteve praticamente *a quo* do processo. Acresce que, com o ingresso em seus quadros dos países do Leste Europeu e os da ex-União Soviética, o FMI e o Banco Mundial finalmente universalizaram-se.

A ausência do FMI no processo de coordenação macroeconômica mundial, hoje quase exclusivamente entregue ao inorgânico Grupo dos Sete, reforça a necessidade de repensar-se e reformular-se a forma de atuação do FMI e de fortalecer-se o seu papel na articulação também das políticas macroeconômicas dos países desenvolvidos. Se tal não acontecer, o FMI continuaria a retringir-se ao papel de "polícia" do bom comportamento macroeconômico dos países em desenvolvimento ou "cobrador" das dívidas acumuladas pelos mesmos. E como o FMI e o Banco Mundial operam em *tandem*, a exigência de revisão de suas posturas aplica-se tanto a um como a outro.

A Rodada Uruguai, por sua vez, é uma oportunidade ímpar que não pode ser desperdiçada.[24] O crescente risco de que o presente impasse prevaleça ou leve a um resultado medíocre é por demais perigoso para ser ignorado. É

23 Veja análise da evolução arcabouço de Bretton Woods após o impacto dos choques de Nixon e da transformação dos mercados financeiros internacionais com "as inovações tecnológicas em telecomunicações, a apresentação eletrônica da informação financeira e pelo desenvolvimento de novas formas de ativos financeiros", isto é, crescente securitização de ativos e transação em índices, futuros, opções e "swaps" de taxas de juros e câmbio, entre outros, em Theodore Geiger, *The Future of the International System: the United States and the World Political Economy* (Boston: Unwin Hyman, 1988), p. 31 e 32.

24 Veja Rubens Ricupero, "A Rodada Uruguai e o Futuro do Sistema Multilateral de Comércio", trabalho mimeografado apresentado ao V Fórum Nacional, São Paulo, 3 a 6 de maio de 1993.

urgente uma conclusão com êxito da Rodada Uruguai e a institucionalização do GATT da forma a reforçar o sistema multilateral de comércio. Para o Brasil, que é um *global trader*, apesar de ainda situar-se, do ponto de vista geográfico e econômico, na periferia mundial, um multilateralismo vigoroso é crucial.

BRASIL: OPORTUNIDADES E PERIGOS

No contexto acima esboçado, qual é o papel a ser desempenhado pelo Brasil? Quais são as oportunidades que aquele cenário nos oferece e quais os potenciais escolhos?

Aqui, permito-me confessar que, a despeito das graves dificuldades conjunturais que se nos deparam, sou essencialmente otimista. Quando adotamos uma perspectiva de longo prazo e levamos em conta nossas "vantagens comparativas" dentro de um conceito amplo, o Brasil oferece horizontes promissores.

Em 1992, o Brasil rompeu com uma crença segundo o qual a Democracia é uma planta frágil na América Latina. Ao contrário, ela mostrou ser realidade sólida o suficiente para resistir a um traumático processo de *impeachment* sem qualquer ameaça à ordem pública ou qualquer restrição às liberdades individuais. É tranqüilizador perceber que, afinal de contas, as raízes da Democracia são hoje mais sólidas do que se imaginava.

É contra esse pano de fundo que precisamos entender a economia brasileira. Diferentemente de tantos casos de ajustes bem-sucedidos, o Brasil está reformulando sua economia no contexto do mais amplo pluralismo democrático. O ajuste pode, por isso, ser um pouco mais demorado, mas, uma vez, alcançado, teremos a certeza de que representa a vontade livremente expressa da maioria da população. E que será, portanto, mais duradouro.

Uma outra razão pela qual o processo de ajuste tende a ser mais trabalhoso são as próprias complexidade e dimensão da economia brasileira. Seu PIB, de mais de US$ 400 bilhões, mesmo segundo os cálculos mais conservadores, ou de US$ 790 bilhões,[25] segundo novas estimativas, representa quase 40% do PIB latino-americano. Sua população e território, o quinto do mundo. Seu parque industrial é forte e diversificado. Suas lavouras e seu *agro-business*, dos mais dinâmicos e competitivos, seu sistema financeiro, dos mais modernos. Seu comércio exterior, que por muitos anos apresentou déficits, agora ostenta um dos maiores superávits do mundo. Os dados para 1992 mostram

25 Essa afirmativa se refere às novas estimativas do FMI e do Banco Mundial referidas na nota nº 13.

saldo de US$ 15,7 bilhões, sendo as exportações de US$ 36,2 bilhões e as importações de US$ 20,5 bilhões. E a tendência é da manutenção de um sólido setor externo. Para 1993 são esperadas exportação de US$ 40 bilhões e importação em torno de US$ 24 a 25 bilhões, com um superávit próximo ao do ano anterior.

É fácil entender que é muito mais difícil ajustar uma economia de tal dimensão e complexidade.[26]

O MODELO DE DESENVOLVIMENTO DO PÓS-GUERRA (1945-1980)

De um outro ponto de vista, o próprio êxito por mais de três décadas — 1945/1980 — do processo autárquico de substituição de importações é uma dificuldade adicional no sentido de sua superação por um novo modelo de desenvolvimento.

O modelo de desenvolvimento econômico adotado desde a Segunda Guerra Mundial pode ser definido como um modelo de *crescimento a qualquer custo*, que privilegiava o crescimento quantitativo sobre o desenvolvimento qualitativo.

Acresce que, no afã de alcançar tal crescimento, passou-se a aceitar qualquer forma de financiá-lo, em vez de escolher o método menos oneroso, sobretudo a médio e longo prazos. Recorreu-se, sem escrúpulos, à *inflação* e ao desregrado *endividamento externo*, e desdenharam-se formas mais sadias de mobilização de recursos, tais como a *tributação* e o *mercado de capitais*.[27] Além das daninhas conseqüências internas, de que a aceleração inflacionária foi a mais grave, o endividamento excessivo (*debt overhang*) acentuou de muito a vulnerabilidade da economia às flutuações conjunturais externas, sobretudo de taxas de juros e de câmbio.

O desenvolvimento identificava-se quase que exclusivamente com a *industrialização*. A agricultura e o sistema de distribuição foram relegadas por muito tempo a segundo plano, prejudicando a produção e a produtividade e gerando índices absurdos de desperdício e ineficiência.

26 George Kennan, no seu recente livro *Around the Cragged Hill* (New York: WW Norton, 1993), chama a atenção para a dificuldade de boa (e tempestiva) governança dos países continentais, que ele chama de "países-monstros" — Rússia, Estados Unidos, China, Índia, Brasil. Trata-se do efeito que outros apelidam de "superpetroleiro", que só muda de rumo por meio de manobras lentas e cautelosas. Cf. especialmente capítulo 7, "Dimensions", p. 142 a 156.

27 Sobre diversas formas de mobilizar recursos para o desenvolvimento econômico, veja artigo hoje clássico, no qual nos inspiramos para identificar os quatro métodos ou técnicas referidos: John G. Gurley e E. S. Shaw, "Financial Structures and Economic Development", in *Economic Development and Cultural Change* (vol. 15, nº 3, abril de 1967), p. 257 a 268.

O modelo era intrinsecamente *voltado para dentro*. O Brasil, com vastos recursos naturais e humanos e amplo mercado doméstico, não precisava preocupar-se, dizia-se então, com o que se passava no "resto do mundo".

Embora a partir de meados dos anos sessenta tenha-se dado maior ênfase às exportações e embora tenham ocorrido períodos com menor fechamento às importações (tendência revertida nos anos oitenta após a crise da dívida), a mentalidade introvertida só muito recentemente vem-se modificando.

O *Estado* era o grande *motor do desenvolvimento*, enquanto a iniciativa privada foi relegada a um papel de mero coadjuvante.

O Estado foi efetivamente modernizado, tendo exercido, durante certos períodos com surpreendente eficácia, o papel de fomentador do desenvolvimento. Chegou a ser relevante fonte de poupança e de investimento. Muitas empresas estatais tornaram-se modelares em comparação com suas congêneres no mundo em desenvolvimento.[28] A fragilização fiscal e operacional na década de oitenta reverteu drasticamente esse quadro, levando ao quase colapso fiscal do Estado e à dramática deterioração no atendimento de serviços públicos que hoje presenciamos.

Enquanto o crescimento econômico era enfatizado, houve, entretanto, lastimável e espantoso *menosprezo pela dimensão social do desenvolvimento*.

A mais flagrante manifestação desse menosprezo revelou-se na *baixíssima prioridade atribuída à educação*, sobretudo à educação básica universal.

Mas o fenômeno foi além e abrangeu a pouca atenção dada à saúde preventiva, ao saneamento e à habitação, ao problema do transporte urbano de massas, à segurança pública. Simultaneamente, prevaleceu a idéia de que uma mais justa distribuição de renda seria uma conseqüência natural do crescimento econômico, e não a conseqüência da universalização de uma educação básica de qualidade, de um sistema tributário justo e equilibrado, de uma política de rendas eficaz e do melhor atendimento das necessidades básicas da população.

Apesar de suas limitações e deformações acima apontadas, o modelo

28 Cf. Thomas Trebat, *Brazil's State-Owned Entreprises: a Case Study of the State as Enterpreneur* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983). Numa análise realista dos objetivos e do desempenho das empresas estatais no Brasil, Trebat comenta que "for a lengthy period from the mid 1960s, the large state-owned enterprises developed a fairly high degree of managerial autonomy while maintaining good operational performance" e conclui: "Brazil's experience with public enterprises serves to illustrate some of the limitations as well as the advantages of these instruments of public policy", p. 237 e 245. Quanto às origens históricas no Brasil do Estado-Providência, Cf. Alfredo Bosi, *Dialética da Colonização* (São Paulo: Companhia das Letras, 1992), esp. o capítulo 9, "A Arqueologia do Estado-Providência", p. 273 a 307.

funcionou, no Brasil, talvez melhor do que em qualquer outro país em desenvolvimento.

De 1940 a 1980, experimentamos um crescimento anual do produto real superior a 7%, taxa que nos períodos Kubitschek e Delfim I chegou a superar 10%.[29] Mas se o desempenho econômico foi muito positivo, o desenvolvimento social foi vergonhoso em conseqüência do apontado desprezo da prioridade social. Essa triste realidade veio a constituir-se em um fator crítico a contribuir para a exaustão do modelo de organização econômica e social do país, deixando como legado a mais pesada de nossas dívidas: a dívida social com os desprovidos dos frutos do progresso.

CRISE DO MODELO E TRANSIÇÃO (1980-1990)

A exaustão do modelo, quer por seus fracassos, quer por seus êxitos, evidenciou-se, de maneira dramática, no começo da década de oitenta. É que, no momento em que se tornava clara a necessidade de ajustes estruturais, um choque externo de dimensão e alcance sem precedentes agregou novo agravante ao já doloroso processo de transição.

Seus principais elementos foram:

. o segundo choque do petróleo;

. a escalada das taxas internacionais de juros;

. recessão mundial generalizada, o que significava mercados declinantes para nossos produtos de exportação;

. preços de matérias-primas em queda; e

. crise da dívida externa.[30]

29 Sobre o excelente desempenho comparativo da economia brasileira veja Angus Maddison, *The World Economy in the 20th Century* (Paris: Development Centre of the OECD, 1989). Entre os 32 mais importantes países do mundo analisados no estudo, Maddison conclui que, no período 1900-1987, o nosso produto *per capita* cresceu 2,4% reais no ano, cifra só igualada pela Coréia e superada por Taiwan, com 2,8%. Considerado que, no mesmo período, tivemos também o maior crescimento demográfico — 2,4% —, a *performance* torna-se ainda mais expressiva. Cf. p. 15. É interessante ressaltar que, nos quarenta anos de 1940 a 1980, o nosso PIB multiplicou-se por um fator de 15 vezes, e o PIB *per capita* cresceu cinco vezes, eis que a população triplicou no período. Em termos de dólares de 1990, a renda *per capita* cresceu de US$ 600,00 para US$ 3.000,00 em 1980. Cf. Rogério L. F. Werneck, *Government Failure and Wretched Statecraft: Lessons from the Brazilian Vicious Circle*, texto para discussão no 302 (Rio de Janeiro: Departamento de Economia PUC-Rio, 1993), p. 8.

30 Sobre a dimensão e as conseqüências desse choque, cf. Marcílio Marques Moreira, *The Brazilian Quandary* (Nova York: Priority Press, A Twentieth Century Fund Paper, 1986). Quando às dimensões macro-econômicas da crise 1981-1992, ver capítulo 3, "Taking Stock: the Macroeconomic Extent of the Failures" do mencionado trabalho de Rogério Werneck.

Isso exigiu a construção de um novo modelo, obra ainda inacabada, o que vem perpetuando, já por treze anos consecutivos, uma crise em que a severidade dos problemas conjunturais tem dificultado o avanço das indispensáveis reformas estruturais, e o atraso destas tem agravado o perverso binômio de inflação com recessão.

Felizmente, ao lado do colapso do modelo de substituição de importações, que prenunciava tempos difíceis para a economia, os anos oitenta trouxeram também o que prenunciava dias mais felizes para a liberdade: o colapso do regime autoritário que prevaleceu no Brasil entre 64 e 85, e a conseqüente transição para um regime democrático.[31]

Em 17 de dezembro de 1989, após 30 anos sem esse direito, o povo brasileiro elegia por via democrática seu Presidente. A transição política dava um passo decisivo. Chegava o tempo de levar adiante a transição econômica.

O mandato era claro: a sociedade brasileira havia aprovado a iniciativa de um amplo esforço de redefinição do Estado.

O objetivo não era construir um Estado-mínimo, mas ver-se livre do Estado-máximo e assim poder construir um Estado-ótimo. Reduzir o tamanho do Estado no setor produtivo significava liberar recursos para a saúde, para a educação e para a infra-estrutura econômica e social. Para a consecução desse objetivo, era indispensável um programa de privatização e desregulamentação que emagrecesse o Estado balofo e distônico para transformá-lo num Estado enxuto, mas atuante e eficaz.

A população brasileira votou pela implantação de uma economia social de mercado. Isso implica modernizar as estruturas econômicas do país e prepara o Brasil para uma inserção soberana, dinâmica e competitiva na economia internacional. Mas uma moderna economia social de mercado implica também atribuir alta prioridade à educação básica, à ciência e tecnologia e a todas as dimensões sociais do desenvolvimento.

Esses objetivos, contudo, só podem ser alcançados em contexto de estabilidade macroeconômica, o que pressupõe uma política fiscal austera que permita eliminar os déficits do setor público e reduzir o endividamento estatal, bem como uma política monetária rigorosa que mantenha a inflação sob controle até que se façam sentir os benefícios da austeridade fiscal.

Werneck mostra que, no período, o PIB real brasileiro cresceu apenas 1,2% ao ano face a uma expansão demográfica de 1,9%. Isso fez com que o PIB *per capita* caísse no período em 7%, o que representa em dólares de 1990 uma queda de US$ 3.000,00 para US$ 2.800,00.

31 Sobre a relação entre liberalização política e crise econômica, cf. Marcílio Marques Moreira, "Political Liberalization and Economic Crisis", in *Government and Opposition* (vol. 19, nº 2, Spring 1984), p. 157 a 166.

No setor externo, a inserção pretendida requeria um esforço determinado para liberalizar o comércio externo, para manter uma taxa de câmbio realista e para normalizar as relações financeiras do país com o FMI, o Clube de Paris e os bancos credores comerciais. Convergentemente, à atuação dinâmica da diplomacia econômica cabia e cabe assegurar um acesso desobstruído de nossos produtos aos mercados mundiais e de nossas empresas às fontes das mais modernas tecnologias, as de última geração.

No longo prazo, os esforços de reconstrução econômica têm por objetivo lastrear a tarefa de solidificar as bases da democracia e permitir que se comece a resgatar a mais pesada de nossas dívidas: a dívida social para com os ainda desprovidos dos frutos do progresso.

Essa dívida, que tem sua origem no profundo dualismo que a sociedade brasileira herdou de um sistema de organização sócio-econômica predatório e escravocrata[32], foi agravada pela já mencionada baixa prioridade concedida durante décadas, se não séculos, à educação, à saúde, ao saneamento básico e à distribuição justa da renda e da riqueza. Hoje o Brasil aprendeu que o crescimento, assim como a própria modernidade, não são objetivos em si mesmo, mas sim meios de assegurar condições concretas de vida decente para todos os seus cidadãos.

O esforço para alcançar aqueles complexos e interligados objetivos de democracia política consolidada, crescimento com estabilidade econômica e justiça social concreta requer decisões coerentes e equilibradas, firmeza na sua implementação e perseverança no tempo.

A HIDRA INFLACIONÁRIA

Há, portanto, inúmeros problemas e serem enfrentados na árdua caminhada de reconstrução nacional. Um, entretanto, exige urgência e prioridade máximas, eis que, enquanto perdurar, acaba comprometendo a consecução de qualquer outro objetivo. É o combate à inflação. Cinco décadas de convivência com a inflação desorganizaram a economia; retiraram a previsibilidade requerida pelos agentes econômicos para tomar decisões bem informadas; propiciaram o surgimento de mentalidade escapista face aos problemas nacionais e facilitaram a propagação da corrupção[33]; estrangularam a poupança e, em

32 Sobre as origens, extensão e possíveis conseqüências desastrosas desse cruel dualismo, veja Hélio Jaguaribe et al., *Brasil: Reforma ou Caos* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989).

33 Cf. Roberto da Matta, *Conta de Mentiroso: Sete Ensaios de Antropologia Brasileira* (Rio de Janeiro: Rocco, 1993), esp. capítulo 6, "Em Torno da Matriz Cultural da Inflação: Notas sobre Inflação, Sociedade e Cidadania", p. 151 a 174; e Eduardo Giannetti da Fonseca, "Ética e Inflação", in *Braudel Papers* (São Paulo, nº 1, jan/fev, 1993). A tese central é a de que a

conseqüência, os investimentos; estrangulado o investimento, frearam o crescimento; erodiram os salários de forma perversa e, assim, encolheram o mercado interno. A inflação é hoje nosso mais pesado imposto. Nos presentes níveis, ela corrói, todo mês, 30% de cada salário.

É preciso que se afirme com toda clareza: a idéia de que algum nível imaginário de inflação é tolerável e pode coexistir com o desenvolvimento não encontra respaldo na teoria ou na prática. Não tem sentido recorrer à experiência de décadas passadas, quando isso ainda foi marginalmente possível. Hoje as condições estruturais mudaram radicalmente, e a inflação deixou de ser tolerável. O preço perverso de uma excessivamente longa coexistência com a inflação é a estagflação persistente e uma ainda mais grave concentração de renda. Procurar, portanto como apregoam alguns, combater a inflação pelo crescimento, ou continuar convivendo com ela pela ampliação dos mecanismos de indexação, inclusive dos salários, significa semear, hoje, uma ilusão cruel que se transformará, inexoravelmente, na triste frustração de amanhã. E frustrações, já as tivemos bastante.

Coerência entre si e seqüência adequada na implantação das medidas de ajuste conjuntural e reforma estrutural são essenciais, sob pena de as medidas adotadas com um objetivo acabarem prejudicando outro objetivo igualmente relevante. A necesidade desse equilíbrio tornou-se evidente, de forma dramática, com os cinco choques econômicos dos últimos anos. Estes, além de não ter trazido a estabilidade almejada, minaram de forma brutal a busca de uma economia de mercado, desorganizaram as expectativas dos agentes econômicos e destruíram a credibilidade dos títulos do Governo e da própria moeda nacional. E sem moeda não há previsibilidade econômica nem crédito público.

A NECESSIDADE DE "BOA GOVERNANÇA"

Crucial também é assegurar o grau necessário de governabilidade. Trata-se de um dos principais desafios a serem enfrentados pela sociedade em seu esforço de reconstrução de estruturas que se tornaram obsoletas e ineficazes.

A erosão da governabilidade, ou da capacidade de boa "governança",[34]

"inflação destrói o acordo moral básico do qual dependem a manutenção da ordem democrática e o funcionamento do mercado".

34 A palavra "governança" tem sobre "governabilidade" a vantagem de não ter um antônimo "ingovernabilidade" e, portanto, estar menos identificada com a existência ou não de crise aguda. Em contraste com "governo", que quase se identifica como conceito institucional de Estado, governança exprime mais um processo dinâmico, o ato de governar uma sociedade, processo que abrange não só o que se entende no sentido estrito por "Governo", ou apenas o Executivo federal, mas também os outros dois poderes — o Legislativo e o Judiciário, as

é, freqüentemente, o resultado dos sacrifícios impostos pela própria disciplina fiscal perseguida, da reação de interesses corporativistas ou cartoriais que se sentem ameaçados e de alianças tradicionais abaladas. Acresce que o governo, ao liberalizar a economia, abre mão de tradicionais moedas de poder: a concessão de subsídios ou incentivos, a imposição de proibições e a obrigação de licenças, todas, no final de contas, dependentes da "vontade do príncipe". Essa erosão de poder precisa ser compensada pela construção de novas alianças capazes de dar apoio concreto às mudanças.

Pelo exercício de liderança e negociação e pela construção de um projeto nacional coerente, é preciso mobilizar apoio às decisões de interesse público e não mais à soma de interesses especiais que costumavam capturar as políticas públicas. Esse esforço é, entretanto, dificultado pelo fato que, nos processos de ajuste, os perdedores estão concentrados e, portanto, costumam ser mais articulados e vocais, enquanto os ganhadores são difusos e, portanto, usualmente invertebrados e silenciosos. O bem público representado pela estabilidade provoca poucas paixões, enquanto os interesses especiais feridos costumam provocar expressões de indignação, freqüentemente travestidas de movimentos "cívicos".[35]

No Brasil, a busca de governança eficaz exige repensar o equilíbrio federativo entre a União, Estados e Municípios, definindo com clareza, de um lado, os direitos — inclusive recursos tributários — e, de outro, as responsabilidades. Haverá que esclarecer-se ainda, de maneira mais nítida, as chamadas competências concorrentes e comuns, que tendem a propiciar superposições, desperdício e ineficiência.

Outro aspecto que exige revisão são as regras eleitorais e a lei orgânica dos partidos, que propiciam a pulverização e a instabilidade partidárias, a sub-representação de certas regiões, a sobre-representação de outras e a dificuldade de formação de maiorias em torno de grandes temas nacionais, em contraposição à defesa de interesses localizados ou especiais.[36] A esse respeito,

diversas esferas do sistema federativo — União, Estados e Municípios —, assim como todos os atores sociais relevantes — partidos políticos, imprensa, igrejas, NGO's, sindicatos e agentes econômicos. Embora hoje mais usado na expressão de língua inglesa "*governance*", governança encontra registro no *Aurélio* como ato de governar, e também na 2ª edição de 1831 do *Morais* e no *Caldas Aulete* e foi utilizado por Camões nos *Lusíadas* (III - 136): "Em tomando do Reino a governança".

35 As dificuldades inerentes aos esforços de implantar ajuste econômico conjuntural e simultâneas reformas estruturais em período de consolidação democrática são analisadas numa série de trabalhos de grande interesse reunidos no volume organizado por Stephen Haggard e Roberto R. Kaufman, *The Politics of Economic Adjustment: International Constraints, Distributive Conflicts and the State* (Princeton: Princeton University Press, 1992).

36 A esse respeito, veja Nélson Jobim, "Bases para uma reforma institucional", Bolívar

vale ressaltar que estudos comparativos demonstram que a fragmentação partidária é um dos principais obstáculos à estabilidade econômica, seja em regimes autoritários, seja em regimes democráticos.

A construção da boa governança requer que se aproveite a revisão da Constituição, marcada para ocorrer a partir de 6 de outubro de 1993, a fim de se discutir e decidir as modificações requiridas. Urge, também, aperfeiçoar, dando-lhes velocidade e eficácia, os processos decisórios dos três poderes da República, assim como equilíbrio entre eles, para corrigir as atuais assimetrias entre poder e responsabilidade.

A partir de um amplo leque de reformas — que não devem reabrir confrontos ideológicos, mas sim concentrar-se nas questões de governabilidade, equilíbrio fiscal e ordem econômica eficaz — será possível assegurar um ambiente institucional mais propício à formação de consensos, privilegiando a busca de soluções pragmáticas sobre a formação de impasses corporativistas ou formalistas.

O Brasil está atravessando um período de transição estrutural que envolve a introdução de um novo modelo de crescimento econômico. E qualquer transição é tensa e potencialmente perigosa, porque a Sociedade já está prenhe da nova ordem, mas ainda não conseguiu despojar-se do "*ancien régime*". Acresce que os países continentais, de grandes dimensões como o nosso, têm seu próprio ritmo de transformação[37] e, no caso brasileiro, longos anos de introversão, proteção e paternalismo tornam mais difícil uma postura aberta, competitiva e livre das benesses do Estado.

Simultaneamente, estamos em processo de consolidação de uma ainda vulnerável — porque recente — democracia. Após o frustrante plebiscito sobre forma de regime de governo, a revisão constitucional marcada para começar a partir de 6 de outubro de 1993 é um passo de importância crucial e um pré-requisito para que as eleições gerais para Presidente da República, Governadores de Estado, Senadores e Deputados a realizar-se em fins de 1994 possam reacender a esperança que, finalmente, a atuação governamental venha a corresponder à dimensão dos desafios econômicos, sociais e políticos que se nos defrontam internamente e no *front* internacional.

Lamounier, "Estrutura institucional e governabilidade na década de 1990", Wanderley Guilherme dos Santos, "Fronteiras do Estado mínimo: indicações sobre o híbrido institucional brasileiro", e Walder de Góes, "Em busca de um novo sistema político", in João Paulo dos Reis Velloso (coord.), *O Brasil e as Reformas Políticas* (Rio de Janeiro: José Olympio, 1992). Cf., também, o luminoso livro de Francisco Weffort, *Qual Democracia?* (São Paulo: Companhia das Letras, 1992), esp. a seção "A Crise da Governabilidade", p. 70 a 73.

37 Ver nota nº 25.

O ano de 1992 demonstrou, apesar de grandes percalços e frustrações, que a jovem democracia brasileira revelou-se à altura do desafio de atravessar uma de suas mais graves crises sem a menor ruptura da ordem constitucional e garantindo razoável grau de normalidade institucional e econômica.

O comportamento das lideranças e do povo brasileiro nos inspiram a expectativa de que a "transição dentro da transição" continuará a ser navegada de modo eficaz e suave. A governabilidade então assegurada pela atuação firme e equilibrada de todos os atores deve agora voltar-se para a ingente tarefa de reforma-político institucional e de equacionamento das inter-relacionadas crises econômica e social.

Para ampliar as probabilidades de êxito desse esforço de "*aggiornamento*" do Brasil urge, também, procurar delinear um consenso mínimo em torno das linhas mestras de um projeto para o Brasil. Esse projeto há de servir não só para dar um senso de direção aos ingentes esforços requeridos, senão também para superar o clima de baixa auto-estima[38] que se abateu sobre o Brasil do momento em que a duração e a profundidade da crise que nos assola desde o início da década de oitenta colocou em dúvida nossa convicção de que "Deus é brasileiro".

A perda da auto-estima tem, de fato, inibido a mobilização das forças vivas da sociedade para os esforços de superação da crise e, por sua vez, contaminou gravemente a nossa imagem no exterior. Sem desprezar a profundidade e o escopo de nossas mazelas, não há dúvida de que nossa imagem no exterior é pior do que nossa realidade. Em termos comparativos, isso é ainda mais grave, porque nossos principais parceiros, mas também concorrentes na atração de investimentos estrangeiros — México, Argentina, Colômbia e Chile — têm, ao contrário, sabido vender muito bem a imagem de cada um.[39]

Essa percepção distorcida de nossa realidade, e até de nossas atitudes, é um passivo pesado para a atuação eficaz de nossa diplomacia econômica num mundo cada vez mais globalizado e competitivo. Tem, portanto, de ser corrigida. E essa correção há de começar pelo resgate de nossa auto-estima.

38 Da idéia do "Brasil grande" dos anos do milagre econômico passamos para a "fossa" de que "o Brasil não tem jeito". Essa mudança brusca de atitudes parece fazer parte de nossa psicologia pendular. É interessante registrar que Albert Hirschman costumava lembrar o traço da psicologia latino-americana que chamava de "fracassomania".

39 Se compararmos os respectivos esforços de venda de imagem no exterior, poderíamos dizer que aqueles países vendem os seus avanços pelo dobro do preço, enquanto nós vendemos nossa realidade pela metade do preço, o que induz à percepção de uma distância abissal entre nós e eles.

Como contribuição ao esforço de reconstrução de nossa auto-estima conviria, portanto, examinar uma série de fatores positivos que lastreiam nossa convicção de que, apesar de tudo, reunimos as condições para sair do atoleiro em que parecemos ancorados:

1. Reservas cambiais sem precedentes — em torno de US$ 20 bilhões —, quase suficientes para cobrir 12 meses de importações. Uma vez que as reservas não precisam ser mais expandidas e que os ativos bloqueados em março de 1990 foram integralmente restituídos em 15 de agosto de 1992 (cerca de US$ 24 bilhões em apenas treze meses), a política monetária vê-se, também, liberada de duas importantes restrições que, necessariamente, impeliam os juros para cima.

2. Uma boa safra em 1992 e perspectivas favoráveis para 1993 e 1994. O crescimento da agricultura e do *agrobusiness* tem sido generalizado e levou a um crescimento importante do estoque de produtos que compõem a cesta básica.

3. As exportações estão em expansão. Em 1992, ano de recessão mundial, cresceram impressionantes 15%, enquanto a venda de manufaturados cresceu ainda mais, 22%. Continuam a merecer alta prioridade na política econômica e prevê-se crescimento adicional das exportações em 1993, para o que deve contribuir a retomada da economia norte-americana e o dinamismo de nossas exportações para o MERCOSUL (em especial a Argentina, que já se tornou nosso segundo parceiro comercial) e o Sudeste Asiático.

4. O influxo de capitais alcançou em 1992 o nível recorde de US$ 17,6 bilhões, comparado aos US$ 11,6 bilhões de 1991 e aos US$ 5,4 bilhões de 1990. O estoque dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil ultrapassa hoje os US$ 40 bilhões e isto em valores históricos.

5. A normalização das relações financeiras com os credores continua a avançar. O Senado, que acompanhou de perto todo o curso das negociações, aprovou no começo de 1993 a *term-sheet* do acordo com os bancos comerciais por uma maioria incontestável (45 a 2) e as negociações complementares têm sido conduzidas com competência. Faltam agora apenas concluir o processo de reequilíbrio das opções feitas pelos bancos credores (*rebalancing*) e reativar o crédito *stand-by* com o FMI, o que deve assegurar a contribuição das instituições financeiras multilaterais no financiamento das garantias a serem oferecidas aos credores em troca do desconto que concederão em seus créditos. Isso significa que em breve poderemos ter virado a página da dívida passada para começar a escrever a página dos créditos e dos investimentos futuros.

A dívida externa líquida do setor público brasileiro (União, Estado e Municípios) corresponde hoje a apenas 17% do PIB e seu serviço a cerca de 20% das divisas geradas pelas exportações, situação que ainda melhorará substancialmente com o fechamento do acordo da dívida e seu explícito — ou implícito — desconto de 35% no serviço da dívida. Acresce que o principal das opções pelos bônus ao par e pelos bônus com desconto, que deve atrair algo em torno de 75% de um total de US$ 40 bilhões (na conciliação de contas, a cifra, inicialmente bem superior, vem sendo reduzida pelas baixas referentes a títulos de nossa dívida que foram resgatados por devedores nossos, sobretudo países da América Latina), só será pago no ano de 2023, e isso pela simples entrega do bônus do Tesouro americano, que servirão de garantia à operação.

Convém lembrar aqui que o endividamento interno líquido do mesmo setor público é também modesto, montando a 15% do PIB. A dívida total — interna e externa — atinge, portanto, apenas 32% do PIB, proporção muito menor do que a da maioria dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. O problema reside, portanto, muito menos na dimensão do endividamento do que na falta de "crédito público".

6. O programa de privatização, a despeito de atrasos, continua na agenda prioritária do Governo, merecendo o apoio majoritário da população. Na linha dos projetos de reforma estrutural, o Congresso aprovou recentemente a lei de modernização dos portos, com o que será possível superar grave fator de encarecimento das exportações e importações do País e do próprio comércio marítimo interestadual, representando significativa melhora de competitividade. Faltam agora a aprovação do projeto de lei sobre concessão de serviços públicos e a reforma das obsoletas leis que regem a navegação de cabotagem para completar aqueles avanços.

7. O Brasil eliminou, sem exceção, todas as barreiras não-tarifárias ao comércio — inclusive para a agricultura, indústria automobilística e informática —, ao mesmo tempo em que foram periodicamente reduzidos os níveis tarifários. A liberalização comercial é hoje uma realidade irreversível. O nível de nossas tarifas baixou em 1º de julho de 1993 a 14% na média e a 20% na moda, embora ainda com picos de 35% em setores sensíveis. Com a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 1995, da tarifa externa comum do MERCOSUL, a tarifa máxima deverá ser reduzida a 20%, nível a ser atingido gradualmente pelos setores mais sensíveis. Há fortes pressões advindas de certas áreas empresariais inconformadas com a abertura da economia — inclusive a indústria automobilística, dominada pelas multinacionais — para reverter, para alguns setores, a queda na estrutura tarifária e mesmo para a reintrodução de barreiras quantitativas não-tarifárias (quotas), mas o Governo parece disposto a resistir, só admitindo, eventualmente, examinar casos excepcionais, para

defender a indústria ou a agricultura contra importações a preços de *dumping* ou calcadas em subsídios.

8. Qualquer recurso a choques, confiscos, congelamentos de preços ou outras mágicas econômicas de natureza arbitrária perdeu credibilidade, não merece mais apoio popular e deixou de constar da farmácia de remédios contra a inflação. Hoje nenhum bem privado está sob controle de preços e os preços e tarifas públicas retomaram o seu caminho de reajustes graduais, mas realistas. Para um país que conviveu por muitas décadas com controle de preços, a liberdade alcançada na segunda metade de 1991 tende a representar significativo estímulo para melhorar a alocação de recursos e aumentar a produtividade.

9. O setor privado no Brasil ajustou-se antes do setor público. Ele é hoje mais enxuto, financeiramente mais saudável, menos dependente do Governo. Tem, ademais, uma crescente consciência da importância da produtividade, qualidade e competitividade. Melhorias nesse particular têm ocorrido com mais consistência nos setores modernos da economia e naqueles voltados para a exportação, mas tende a também atingir setores mais tradicionais, especialmente agora que estão mais expostos à concorrência. Já se aproximam de cem as empresas que receberam ou estão por receber o certificado ISO 9000, o atestado mundial de qualidade total.

Nossos empresários, dinâmicos e competentes, têm sido capazes de criar uma base produtiva sólida, competitiva e diversificada. Por sua vez, o setor financeiro privado é moderno e bem informatizado e as bolsas de valores, de mercadorias e de futuros operam com grande eficiência. O mesmo é verdade no setor comercial, em que, por exemplo, as redes de supermercados são muito mais eficientes do que as congêneres na Argentina ou mesmo no Japão. Tão logo o setor público se ajuste, o setor privado estará, portanto, pronto a desempenhar o novo papel que lhe cabe numa economia de mercado, como fator crucial na retomada do crescimento. É, aliás, o que já estamos testemunhando, pois a atual reativação econômica deve ser atribuída, em grande parte, ao dinamismo do setor privado.

Além dos fatores acima enumerados, vale mencionar alguns aspectos de ordem mais geral que me convencem de estar certo na avaliação de que o Brasil está na iminência de inaugurar novo ciclo promissor em sua história.

Nas últimas eleições, de uma população de 145 milhões de habitantes, 90 milhões votaram. Isso nos torna uma das maiores democracias do mundo e talvez uma das mais estáveis.

O Brasil está livre de tensões étnicas, religiosas e nacionalistas, assim como está livre de ameaças externas, rivalidades regionais, disputas de fronteiras ou outros conflitos com seus vizinhos.

Temos uma língua comum e uma comunidade de valores culturais partilhados, uma clara identidade nacional. Esses são ativos crescentemente valorizados em um mundo sob o risco da fragmentação.

A transição demográfica, que amorteceu significativamente o crescimento populacional antes do que acreditavam os defensores da inércia demográfica, é uma promessa de que nossa população manter-se-á em proporção razoável com o território e recursos naturais, aliviando a pressão sobre o meio ambiente e permitindo-nos perseguir o objetivo de um desenvolvimento harmônico e sustentável.

Enquanto avança, apesar das dificuldades, a transição econômica, o Brasil vem consolidando seus avanços democráticos. Uma economia mais forte e uma democracia mais sólida permitirão retomada das taxas históricas de crescimento — com estabilidade macroeconômica — e maior atenção às dimensões sociais e ambientais do desenvolvimento. Isso se traduzirá em bem-estar concreto, não apenas para uns poucos, mas para todo o povo, permitindo-nos resgatar nossa dívida social.

Estamos, pouco a pouco, construindo um Brasil economicamente mais eficiente, politicamente mais estável e socialmente mais justo. A ele caberá importante papel no contexto das relações econômicas internacionais: o de contribuir, na medida de nossas possibilidades, de nossa competência e de nossos ideais, para que os próximos sessenta anos de política externa sejam anos de afirmação de uma ordem realmente nova, que assegure a paz e propicie a todos os cidadãos do mundo democracia ampliada, desenvolvimento sustentável e efetiva igualdade de oportunidades.

BIBLIOGRAFIA

A. LIVROS

ARISTÓTELES. *The Politics*. Trad. de Ernest Barker. Oxford: Clarendon Press, 1952.

BALDWIN, David A. *Economic Statecraft*. Princeton: Princeton University Press, 1985.

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CAMÕES, Luís Vaz de. *Os Lusíadas*.

DAMATTA, Roberto. *Conta de Mentiroso: Sete Ensaios de Antropologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DRUCKER, Peter F. *The Ecological Vision: Reflections on the American Condition*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993.

EMMERIJ, Louis (ed.). *One World or Several.* Paris: Development Centre of the Organization for Economic Co-Operations and Development, 1989.

FONTAINE, André. *L'un sans l'autre.* Paris: Fayard, 1991.

FUKUYAWA, Francis. *The End of History and the Last Man.* New York: The Free Press, 1992.

GEIGER, Theodore. *The Future of the International System: the United States and the World Political Economy.* Boston: Unwin Hyman, 1988.

GILPIN, Robert. *The Political Economy of International Relations.* Princeton: Princeton University Press, 1987.

HAGGARD, Stephen, e KAUFMAN, Robert R. *The Politics of Economic Adjustment: International Constraints, Distributive Conflicts and the State.* Princeton: Princeton University Press, 1992.

HOFFMAN, Stanley. *Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Relations.* Boulder: Westview Press, 1987.

HUFBAUER, Gary Clyde, e SCHOTT, Jeffrey J.. *North American Free Trade Issues and Recommendations.* Washington: Institute for International Economics, 1992.

JAGUARIBE, Hélio, et al.: *Brasil: Reforma ou Caos.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

KENNAN, George. *Around the Cragged Hill.* New York: WW Norton, 1993.

KENNEDY, Paul. *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000.* New York: Random House, 1987.

_____. *Preparing for the Twenty-First Century.* New York: Random House, 1993.

KING, Alexander, e SCHNEIDER, Bertrand. *The First Global Revolution, a Report by the Council of the Club of Rome.* New York: Pantheon Books, 1991.

KRUGMAN, Paul R. *Geography and Trade.* Cambridge, Mass: The MIT Press, 1991.

_____. *Currencies and Crises.* Cambridge, Mass: The MIT Press, 1992.

KUTTNER, Robert. *The End of Laissez-Faire: National Purpose and Global Economy after the Cold War.* New York: Alfred A. Knopf, 1991.

LAFER, Celso, *et al. Os Novos Blocos Econômicos: Desafios e Oportunidades.* Rio de Janeiro: FVCF, 1993.

LAULAN, Yves Marie. *O Planeta Balcanizado.* São Paulo: Instituto Liberal, 1992.

MADDISON, Angus. *The World Economy in the 20th Century.* Paris: Development Centre of the OECD, 1989.

MOREIRA, Marcílio Marques. *Poder, Liberdade, Desenvolvimento,* Rio de Janeiro: 1980.

MOREIRA, Marcílio Marques. *The Brazilian Quandary.* New York: Priority Press, A Twentieth Century Fund Paper, 1986.

MORTIMER, Edward. "Western Europe Looks East: What Role in Central and Eastern Europe?", in *Revolution and Change in Europe.* Chicago: The Chicago Council on Foreign Relations, 1993.

NYE, J. S. *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power.* New York: Basic Books, 1990.

OLIVEIRA, Amaury Porto. *Cartas de Cingapura.* Nova Série, nº 4, jul-ago/92.

PAZ, Octavio. *Pequeña Crónica de Grandes Días.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1990.

PORTER, Michael E. *The Competitive Advantage of Nations.* New York: The Free Press, 1990.

REUTER, Edgard. *Horizonte der Wirtschaft: Ueber die Herausforderungen unserer Zeit.* Stuttgart: Deutsche Verlags Anstalt, 1993.

ROSENCRANCE, Richard. *The Rise of the Trading State: Commerce and Conquest in the Modern World.* New York: Basic Books, 1986.

ROSENCRANCE, Richard. *America's Economic Resurgence: a Bold New Strategy.* New York: Harper & Row, 1990.

RUESCHEMEYER, Dietrich, STEPHENS, Evelyne H., e STEPHENS, John D. *Capitalist Development & Democracy.* Chigaco: University of Chicago Press, 1992.

THUROW, Lester. *Head to Head: the Coming Economic Battle among Japan, Europe and America.* New York: William Morrow, 1992.

TREBAT, Thomas. *Brazil's State-Owned Entreprises: a Case Study of the State as Enterpreneur.* Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

VELLOSO, João Paulo dos Reis (coord). *O Brasil e as Reformas Políticas.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

VERNON, Raymond, e SPER, Debora. *Beyond Globalism: Remaking America Foreign Economic Policy.* New York: The Free Press, 1989.

VOLKER, Paul A., e GYOHTEN, Toyoo. *Changing Fortunes: the World's Money and the Threat to America Leadership.* New York: Times Books, 1992.

WEBER, Max. *The Religion of China,* trad. por Hans H. Gerth e com introdução de C. K. Yang. Chicago: the Free Press, 1951.

WEFFORT, Francisco. *Qual Democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

WEIDENFELD, Werner. "The Future of Europe: Regional Integration

of Nation-States?'', in *Revolution and Change in Europe*. Chicago: The Chicago Council on Foreign Relations, 1993.

WINCHESTER, Simon. *Pacific Rising: The Emergenge of a New World Culture*. New York: Prentice Hall, 1991.

B. ARTIGOS E TRABALHOS ESPARSOS

BELL, Daniel. ''The World and the United States in 2013'', in *Daedalus*, Summer 1987, vol. 116, nº 3.

CASADO, José. ''O Brasil já Articula o Merconorte'' in *Gazeta Mercantil*, 29 de maio de 1993.

FRITSCH, Winston, e TEIXEIRA, João Roberto, ''Fatores determinantes das Exportações Brasileiras para a CE: Uma Análise Prospectiva dos Impactos da Ampliação do Espaço Econômico Europeu''. Mimeo, *paper* apresentado ao V Fórum Nacional, São Paulo, 3 a 6 de maio de 1993.

FROMKIN, David. ''The Coming Millenium: World Politics in the Twenty-First Century'', in *World Policy Journal*, Spring 1993, vol. X, nº 1.

GIANNETTI DA FONSECA, Eduardo. ''Ética e Inflação'', in *Braudel Papers*, nº 1, jan/fev, 1993.

GILPIN, Robert. ''American Policy in the Post-Reagan Era''. in *Daedalus* Summer 1987, vol. 116, nº 3.

GREENHOUSE, Steven. ''New Tally of World's Economies Catapults China into Third Place'' in *New York Times*, 20 de maio de 1993.

GURLEY, John G., e SHAW, E. S. ''Financial Structures and Economic Development'', in *Economic Development and Cultural Change*, vol. 15, nº 3, abril de 1967.

MEAD, Walter Russell. ''An American Grand Strategy: the Quest for Order in a Disordered World'', in *World Policy Journal* (Spring 1993, vol. X, nº 1),

MOREIRA, Marcílio Marques. ''O Brasil no Contexto Internacional do Final do Século XXI'', in *Lua Nova*, nº 18, agosto de 1989.

MOREIRA, Marcílio Marques. ''Political Liberalization and Economic Crisis'', in *Government and Opposition* (vol. 19, nº 2, Spring 1984).

MROZ, John Edwin. ''Russia and Eastern Europe: Will the West Let them Fail?'', in *Foreign Affairs*, vol. 72, nº 1.

O'BRIEN, Conor Cruise. ''The Future of the West'', in *The National Interest*, nº 30, Winter 1992/1993.

RICUPERO, Rubens. ''A Rodada Uruguai e o Futuro do Sistema Multilateral de Comércio'', trabalho mimeografado apresentado ao V Fórum Nacional, São Paulo, 3 a 6 de maio de 1993.

SILK, Leonard Silk, ''Dangers of Slow Growth'', in *Foreign Affairs*, vol. 72, nº 1.

WERNECK, Rogério L. F. ''Government Failure and Wretched Statecraft: Lessons from the Brazilian Vicious Circle'', texto para discussão no 302. Rio de Janeiro: Departamento de Economia PUC-Rio, 1993.

REFORMA TRIBUTÁRIA E UTOPIA FISCAL

RICARDO LOBO TORRES

1. O fim das utopias. 1.1. As reformas tributárias utópicas. 1.2. As utopias científicas. 2. O renascimento das utopias fiscais no Brasil. 3. Imposto único. 4. A simplificação fiscal. 5. O Emendão de 1991. 6. O ajuste fiscal de 1992. 6.1. O Imposto sobre ativos. 6.2. Contribuição sobre transações financeiras. 6.3. IVA. 6.4. Imposto sobre consumos especiais. 6.5. Imposto *causa mortis*. 7. A proposta do Governo Itamar Franco. 8. O substitutivo Benito Gama. 9. O substitutivo de Dep. Luis Roberto Ponte. 9.1. Taxa e contribuição de melhoria. 9.2. Sistema Tributário Nacional. 9.3. Imposto sobre consumos especiais. 9.4. Imposto sobre propriedade. 9.5. Imposto sobre movimentação bancária. 10. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, 10.1. O financiamento das aposentadorias dos funcionários públicos. 10.2. A ação declaratória de constitucionalidade de lei. 10.3. Renúncia de receita. 10.4. Substituição tributária "para frente". 10.5. IPMF. 10.6. ADIR. 10.7. IVVCLG. 10.8. Medidas financeiras. 11. Outros projetos. 12. O Fundo Social de Emergênca. 13. O futuro da reforma tributária.

1. *O fim das utopias*

Este final de século vem se caracterizando como a época em que as ideologias e as respectivas utopias chegam ao impasse. Ainda que se não defenda a idéia de "fim da história" ou de "fim das ideologias", a verdade é que presenciamos o fim das construções utópicas, posto que falhou "a maior utopia política da história"[1], com a esperança na ditadura do proletariado, na justiça social e da vitória do socialismo real.

1 BOBBIO, Noberto. "O Reverso da Utopia". In: BLACKBURN, Robin (Org.). *Depois da Queda*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, p. 17.

Assiste-se também, em toda a parte, ao fim das utopias fiscais. Já não se espera a solução dos problemas sociais através de completa e inovadora reforma tributária que permita aos governos superar as dificuldades econômicas e redistribuir rendas. Desabou, por outro lado, a utopia socialista do Estado sem impostos, a viver exclusivamente da receita patrimonial.

1.1. *As reformas tributárias utópicas*

Nos Estados Unidos a última grande utopia foi a da Reforma Reagan (1986), que introduziu substanciais modificações no imposto de renda, a seguir imitada por outros países, inclusive o Brasil, mas aquela reforma, que teria dado aos americanos "*the best income tax in the world*", logo depois passou a ser criticada severamente[2]. O Presidente Reagan reformulou ainda o sistema de atendimento médico e a sua fonte de financiamento, que recebeu o apelido de *premium* e não de *tax*; nada obstante, em poucos anos se transformou em "um dos maiores fracassos legislativos da história dos Estados Unidos"[3]. O Presidente Bush lançou, em 1988, a utopia da estabilidade fiscal: *no new taxes*, no calor de nova disputa eleitoral, confessou-se arrependido de não haver cumprido a promessa solenemente feita, aumentando os impostos em 1990, mas não conseguiu enternecer os eleitores. O Presidente Clinton já introduziu alterações no sistema tributário, apelando para a justificativa de que apenas majorou os impostos incidentes sobre os ricos.

A Alemanha promoveu reforma tributária profunda em 1990, em parte sob a inspiração da americana. O Prof. K. Tipke[4], depois de extensa análise, concluiu que a novidade apenas *deformou*, mas não *reformou* o sistema tributário alemão. E o seu sucessor na cátedra da Universidade de Colônia, Prof. Joachim Lang, averbou que a tentativa de se instituir um sistema tributário simples e justo foi mera "Utopie", não resultando na "obra do século (*Jahrhundertwek*) que se anunciava, mas se reduzindo a uma lei de reforma tarifária[5]".

Na Inglaterra o Governo de Margareth Thatcher criou em 1990, sob o influxo das idéias neoliberais, um imposto de capitação (*poll tax*), incidente sobre os imóveis urbanos, que causou muita resistência por parte dos contribuintes[6]. Foi posteriormente revogado e há quem considere o imposto tributo como uma das causas da queda do Gabinete britânico.

Os países do Leste Europeu abandonam a utopia da abolição dos impostos e retornam a passos largos ao Estado Fiscal. Mas a reconstituição tributária da Rússia, da Ucrânia, da Polônia e de outros países egressos do socialismo real nada tem de utópica, eis que se apóia na experiência dos países europeus capitalistas, utilizando os mesmos impostos já testados longamente: imposto de renda, imposto sobre o valor acrescido, imposto sobre o patrimônio, etc.

1.2. *As utopias científicas*

No plano teórico, principalmente no da Ciência das Finanças, entram em declínio também as utopias fiscais, até mesmo em razão do seu descompromisso com a realidade. Não pode haver um sistema totalmente pensado pela ciência, eis que nenhuma reforma tributária cria *de novo* ou do nada, globalmente, um sistema. A outra dificuldade decorre da circunstância de que qualquer sistema tributário ideal deve resultar da pesquisa multidisciplinar insuscetível de ser dominada por um só teórico ou uma só disciplina científica.

Até a década de 60 foram inúmeras propostas de sistema tributário ideal. O relatório da *Royal Comission on Taxation* (1966), do Canadá, fez muito sucesso, inclusive entre nós, por apresentar estudo detalhado para reforma fiscal[7]. O financista alemão Heinz Haller, manifestando embora o seu ceticismo quanto à possibilidade de em época de normalidade econômica proceder-se a uma reforma radical para a imposição segundo um "sistema tributário nacional", não se furtou de aviar a sua receita, recomendando que o sistema repousasse sobre dois tributos principais, fundados no princípio da capacidade contributiva (imposto sobre a renda e sobre as vendas de mercadorias), complementados pelos impostos sobre heranças, empresas e patrimônios, bem como pelas contribuições econômicas ou impostos especiais, cobrados segundo o princípio do benefício[8]. F. Neumark[9], outro conhecido cultar da Ciência das Finanças na Alemanha, apresentou também sua idéia (ou ideal) de um sistema tributário racional, justo e econômico (*das ideal eines gerechten, okonomisch, rationalen Steuesystems*), que deveria conter pelo menos os

2 Cf. MCLURE JR., Charles E. "The 1986 Act: Tax Reform's Finest Hour or Death throes of the Income Tax?", *National Tax Journal* 41 (3): 303, 315, 1988; FULLERTON, Don/MACKIE, James B. "Economic Efficiency in Recent Tax Reform History: Policy Reversals or Consistent Improvements?". *National Tax Journal* 42 (1): 1-13, 1989.

3 MOON, Marilyn. "The Rise and Fall of the Medicare Catastrophic Coverage Act". *National Tax Review* 43(3): 371, 1990.

4 "Lehren aus der Steuerreform 1990". *Steuer und Wirtschaft* 66: 305, 1989.

5 "Geleitwort". *Steuer und Wirtschaft* 68: 1, 1991.

6 Cf. SMITH, Peter. "Lessons from the British Poll Tax Disaster". *National Tax Journal*, 44 (4, part 2): 421, 436, 1991.

7 Cf. HETTICH, Walter/WINER, Stanley. "Blueprints and Pathways: the Shifting Foundations of Tax Reform", *National Tax Journal* 38 (4): 423, 1985.

8 *Die Steuern*. Tübingen, Mohr, 1964, p. 330.

9 *Grundsatze gerechter und okonomisch rationeler Steuerpolitik*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1970, p. 380.

impostos sobre a renda, as sociedades, o patrimônio, o consumo (ou vendas) e as heranças, assim como as contribuições econômicas cobradas com base no princípio do benefício. O jurista Klaus Tipke manifestou o seu inconformismo para com o fato de a Ciência do Direito Tributário haver renunciado à pesquisa sobre o sistema racional, transferindo à Ciência das Finanças a responsabilidade pela reflexão *de lege ferenda*[10], crítica extensível aos constitucionalistas alemães, que deixaram de refletir sobre o sistema ideal para se aterem ao sacrossanto (*sakrosankt*) sistema positivo do art. 105 da Constituição de Bonn[11]; mais tarde apresentou a sua proposta, sugerindo a redução dos impostos a apenas dois, subordinados ambos ao princípio da capacidade contributiva: o imposto sobre a renda (que abrangeria também os impostos de heranças e sobre o patrimônio) e o imposto sobre a renda consumida ou sobre transações e consumos específicos[12]; os dois impostos se combinariam perfeitamente, pois: a) o de renda é visível, e o de circulação, não; b) enquanto o imposto de renda é mais complexo para administrar, o de circulação é tecnicamente mais fácil; c) o imposto de renda é eficientemente conjuntural e o de vendas é neutro[13].

Posteriormente, a partir dos anos 70, a Ciência das Finanças abandonou a pretensão de apresentar um sistema tributário perfeito e completo, para se concentrar na idealização ou otimização de um só tributo (em geral o imposto de renda) ou de um só princípio tributário (v. g., progressivamente), com a advertência de que o ótimo fiscal ou o melhor tributo possível é sempre o *second best*[14].

Nos últimos anos, ou mais precisamente a partir da década de 80, a teoria das finanças públicas, cultivada assim por juristas que por economistas, abandona definitivamente o sonho de criar aprioristicamente o sistema tributário ideal e passa a estudar os impostos sob a perspectiva dos *valores jurídicos* e dos *princípios éticos*. É claro que o insucesso das reformas fiscais adotadas em diversos países contribui para descolorir as utopias científicas. Sobem de ponto, nesse contexto, as idéias de Geoffrey Brennan e James Buchanan, que se concentram no controle do tamanho do Estado e, conseguintemente, na diminuição do nível dos impostos cobrados pelo Leviatã, tudo o que se

10 "Steuerrecht — Chaos, Konglomerat oder System?", *Steuer und Wirtschaft*, 1971 (1), p. 2.

11 "Das Steuerrecht in der Rechtsordnung". *Juristenzeitung* 1975, p. 561.

12 "Steuerrechtswissenschaft und Steuersystem". *Festschrift fur Gerhard Wacke*, 1972, p. 215.

13 *Ibid.*, p. 228.

14 Cf. MIRRLEES, J.A. "An Exploration in the Teory of Optimum Income Taxation", *The Review of Economic Studies* 114(2): 207, 1971; MUSGRAVE, Richard A. "Optimal taxation, equitable taxation and second-best taxation". *Journal of Public Economics* 6: 3, 1976.

transforma em matéria constitucional; defendem aqueles autores americanos que a questão constitucional central para cada cidadão consiste em determinar como obter os bens públicos (*public goods*) sem se expor a grande exploração por parte do Governo, sob a forma de carga tributária excessiva[15]; a reforma tributária (*tax-reform*) é vista como "erosão da base de cálculo dos impostos" (*tax-base erosion*), pois qualquer alargamento da base de incidência abre ao governo a possibilidade de majorar os impostos, utilizando até mesmo justificativas como as de maior eficiência ou justiça[16]. Assim sendo, a problemática que desperta a atenção da doutrina é agora a da *justiça tributária a da eqüidade vertical (entre desiguais) e horizontal (entre pessoas iguais)*[17], *a das relações entre o imposto e o meio ambiente* a *do equilíbrio orçamentário a da derrubada geral dos incentivos fiscais e das renúncias da receita a do relacionamento entre voto e tributo e da necessidade de se aliviar a carga fiscal das empresas*[18] — em suma, o tema fundamental é o da *ética na tributação*. A preocupação dos juristas e financeiros, em todo o mundo, se cifra muito mais na mudança na qualidade dos tributos e de suas bases de cálculo do que na sua quantidade[19], ou seja, na racionalidade, na unidade da ordem tributária e na sua adequação aos princípios fundamentais, e não no número dos impostos.

2. *O renascimento das utopias fiscais no Brasil*

No Brasil estamos seguindo o itinerário oposto, na busca de uma utópica revisão total do sistema tributário.

Recorde-se que, em 1965, vivemos também a utopia da reforma tributária, com inegável sucesso. Mas a época e as condições sociais eram outras. O sistema vigente, caótico e retrógrado, não se ajustava à reforma econômica

15 "The Logic of Tax Limits: Alternative Constitutional Constraints on the Power to Tax". *National Tax Review* 32 (2 - Suppl.): 14, 1979.

16 *The Power to Tax. Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, p. 48.

17 Cf. MUSGRAVE, Richard. "Horizontal Equity Once More". *National Tax Journal* 43 (2): 113-122, 1990.

18 Cf. KLEIN, Franz. "Steuerreform und Wirtschaft", *Steuer und Wirtschaft* 65: 217, 222, 1980; SIGLOCH, Jochen. "Verzerrende Wirkungen von Bemessungsgrundlagen und Tarif auf Unternehmensentscheidungen nach der Steuerreform 1990". *Steuer und Wirtschaft* 67: 229-239, 1990.

19 Cf. SCHNEIDER, Dieter, "Reform der Unternehmensbesteurung aus betriebswirtschaftlichen Sicht". *Steuer und Wirtschaft* 66: 328, 1989; LANG, Joachim. "Reform der Unternehmensbesteuerung auf dem Weg zum europaischen Binnenmarkt und zur deutschen Einheit". *Steuer und Wirtschaft* 67: 108, 1990; TIPKE, Klaus. "Uber Umsatzsteuer-Gerechtigkeit", *Steuer und Wirtschaft* 69: 119, 1992.

então implantada. Além disso, a Emenda Constitucional 18/65 foi muito bem elaborada, trazendo para o Brasil soluções modernissimas, que acabavam de ser institucionalizadas na Europa, como foi o caso do imposto sobre o valor acrescido (ICM e IPI).

Agora, na década de 90, nos defrontamos com a necessidade de rever a Constituição de 1988, que, na parte do sistema tributário, é imperfeita e contraditória, com a superposição de impostos, a perda do substrato econômico dos tributos e a iníqua discriminação de rendas em favor dos diversos entes públicos. Mas hoje a situação da economia do País e o panorama internacional são diferentes. Já não se assiste, como vimos, nos países do primeiro mundo, à procura da utopia fiscal. De modo que soa extremamente antiquada qualquer proposta de revisão total do sistema.

Esse desencontro no plano das expectativas e das utopias faz com que os projetos brasileiros de reforma sejam profundamente *nacionalistas*. Buscam soluções tipicamente brasileiras ou, quando recorrem a modelos estrangeiros, substituem os do primeiro pelos do terceiro mundo.

O problema dos "tipos nacionais" de sistema tributário já está resolvido há muito tempo no âmbito da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro[20]. É impossível nos dias de hoje a estruturação sistêmica dos tributos em nível nacional. Necessária a comunicação entre os diversos sistemas, até porque não são muitas as propostas disponíveis no mercado mundial de idéias fiscais. Daí não se segue, por outro lado, que se deva proceder à cópia e à transplantação de modelos estrangeiros. Importantes o diálogo e a troca de experiências, a fim de que se evite aquilo que Rui Barbosa criticava como sendo o nosso "majestos o nativismo constitucional"[21]. No momento em que o Brasil reabre as suas fronteiras e derruba as barreiras alfandegárias que por mais de duas décadas protegiam os produtos nacionais, torna-se necessário também que se destruam os muros colocados em torno da ideologia tributária, para proteger idéias retrógradas que anteriormente haviam penetrado no nosso sistema e que se compaginavam com o ranço do patrimonialismo ainda presente na nossa cultura fiscal.

Todas as propostas de reforma da Constituição Tributária de 1988 já apresentadas, conseguintemente, exibem esses defeitos: ou lançam a novidade tupiniquim ou incorporam teses arcaicas, já em desuso em outros países, inclusive nos subdesenvolvidos.

20 Cf. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*. Madri, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, v. 1, p. 278.

21 *Impostos Interestaduais*. Obras Completas, v. XXIII, 1896, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1958, p. 28.

3. *Imposto único*

Veja-se o projeto apresentado pelo Deputado Flávio Rocha, que procura, sensibilizado pelas discussões sobre o imposto único, reduzir o sistema brasileiro a um tributo sobre o comércio exterior e a outro sobre as transações financeiras.

O imposto único foi defendido há séculos, pelos fisiocratas, dentro de uma concepção que privilegiava um dos segmentos da economia — o primário.

A sua implantação em país economicamente complexo traria inúmeras distorções, desde a cumulatividade das incidências até a perda de competitividade nas exportações.

Entretanto, pela singeleza da proposta e pelo seu conteúdo mágico está até hoje despertando a controvérsia no Congresso Nacional e alimentando a nossa utopia fiscal.

É, por muito mais que mera coincidência, a repetição, no final do século XX, da tese defendida com tanto ardor pelo positivismo castilhista no seu início, que pretendia reduzir a tributação ao imposto territorial, eis que a terra seria a fonte originária da vida e de todas as riquezas[22].

4. *A simplificação fiscal*

Proposta mais coerente, mas não menos utópica, lançou-a Ives Gandra da Silva Martins[23].

Observando que o sistema tributário brasileiro tem quase 60 tributos, sugeriu o professor paulista a sua redução para 5 impostos: renda, comércio exterior, seguridade social, IVA e imobiliário. A competência para sobre eles legislar seria exclusivamente da União, a sua administração caberia também aos Estados (o imposto circulatório) e aos Municípios (o imposto sobre patrimônio).

Do ponto de vista do sistema tributário nacional, isto é, da consideração de sua incidência sobre bases econômicas, a proposta é utópica. Em nenhum país do mundo existe sistema com apenas 5 impostos. Por outro lado, se os impostos são poucos, inúmeras seriam as incidências econômicas, eis que, por exemplo, o imposto sobre o patrimônio compreenderia as incidências hoje reservadas ao IPTU, ITR e ITBI. A simplificação seria nominal.

Sob a perspectiva do federalismo fiscal a proposta é autêntico ovo de

22 Cf. OSÓRIO, Joaquim Luis. *Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul*: Comentário. Brasília, EUB, 1981, p. 191.

23 *O Sistema Tributário Brasileiro. Avaliação e Propostas*. Rio de Janeiro, CEFIBRA, 1991.

Colombo: destrói o regime federativo e a autonomia dos Estados e Municípios, atribuindo o poder de legislar exclusivamente à União. Ora, com tal solução elimina-se a razão de ser de qualquer reforma tributária, que consiste justamente em compatibilizar o aspecto econômico da imposição com o federalismo.

5. *O Emendão de 1991*

Em 1991 o Presidente Collor enviou ao Congresso Nacional extenso projeto de reforma fiscal, que ficou conhecido como Emendão.

Ao lado de inúmeras novidades no campo financeiro o Emendão propunha a criação de mais um imposto sobre a gasolina e de um estranho tributo a ser cobrado dos mutuários do sistema de habitação.

O imposto sobre os lubrificantes representava uma irracionalidade econômica, pois triplicava a incidência sobre aquele produto, que já ficava sujeito ao ICMS e ao IVVCLG. Demais disso, destinando-se o produto de sua arrecadação à construção e conservação de estradas, constituia uma solução heterodoxa, tendo em vista que resultado semelhante poderia ser alcançado através da cobrança de pedágio, como se faz em outros países e para o que já existe autorização no nosso direito positivo.

A ambição do utópico projeto conduziu à sua divisão em várias emendas menores, que não chegaram a ser apreciadas pelo Legislativo.

6. *O ajuste fiscal de 1992*

Em 1992 o Presidente Collor enviou ao Congresso o projeto de ajuste fiscal, elaborado pela Comissão presidida por Ary Oswaldo de Matos Filho, que introduzia diversas emendas na Constituição, assim em matéria tributária como em assuntos ligados à despesa e ao funcionalismo público.

A profundidade e a extensão do ajuste proposto, que modificava grande parte do texto de 1988, mostrava o seu caráter utópico.

A parte referente ao sistema tributário apresentava os mesmos defeitos básicos antes analisados: as soluções nacionalistas ou a adesão a modelos estrangeiros fora de moda.

6.1. *O Imposto sobre ativos*

Assim é que se propôs a criação de um imposto sobre ativos, de competência da União.

O projeto não definia o fato gerador, deixando para a lei complementar

tal incumbência. Com isso criava uma séria ameaça ao empresariado, pois não se sabia sobre que tipo de ativo incidiria, o que poderia fazer com que empresas deficitárias viessem a ser contribuintes do novo imposto.

A idéia desse tributo foi copiada do direito mexicano. Mas lá as condições eram outras. O México concedera isenções fiscais onerosas do imposto de renda, que são irrevogáveis, em número excessivo. Quando introduziu sua reforma tributária não lhe surgiu outra idéia que a de criar um imposto que, podendo ser abatido do imposto de renda, incidisse também sobre os beneficiários da isenção onerosa. No Brasil, entretanto, não tínhamos situação equivalente, tornando-se desaconselhável a criação de tal incidência.

6.2. *Contribuição sobre transações financeiras*

Propôs-se também a criação de uma contribuição sobre transações financeiras, para financiar a seguridade social.

Transformou-se o imposto único sobre transações, imaginado pelo economista Marcus Cintra, em mais um tributo do nosso sistema, travestido de contribuição.

Por outro lado, representava a importação do tributo criado na Argentina e que lá já fora revogado por haver provocado conseqüências econômicas danosas. Estaríamos incorporando, portanto, um modelo subdesenvolvido que não deu certo nem mesmo no país que o concebeu.

Essa contribuição sobre transações, além dos seus aspectos econômicos negativos — cumulatividade de incidência e incentivo à monetização — traria alguns graves problemas tributários. Em primeiro lugar, repetia o erro de conceituação do FINSOCIAL e das contribuições sociais sobre o lucro, transformando na espécie "contribuição" o que na realidade é um imposto, por ser desvinculado de qualquer prestação estatal específica em favor do contribuinte, coisa que certamente provocaria novas discussões judiciais. Em segundo lugar, constituiria solução provisória para um dos mais graves problemas nacionais — a seguridade social —, já que a sua alíquota máxima de 0,3%, baixa em face da infração, seria exageradamente alta em regime de estabilidade monetária. Finalmente, se afastava da solução que o problema da seguridade vem recebendo nos países mais adiantados, consubstanciada em uma contribuição previdenciária devida por trabalhadores e empresas para a garantia dos direitos sociais (aposentadoria, auxílio desemprego, pensão, assistência médica curativa) e em uma parcela de transferência governamental, vinculada a ingressos de finalidade arrecadatória como o imposto de renda, para a garantia dos direitos humanos (mínimo existencial, educação básica, saúde preventiva).

6.3. *IVA*

O ajuste fiscal propôs ainda a criação do IVA (imposto sobre o valor acrescido), que amalgamaria as incidências do IPI, ICMS e ISS. Seria um imposto estadual, com repasse para os municípios.

A unificação das incidências não-cumulativas sobre a circulação de riquezas é solução modernissima, que está sendo aplicada nos diversos países da Comunidade Econômica Européia.

A proposta contida no ajuste fiscal, todavia, se aproximava do modelo americano do *sales tax*, pois determinava que nas operações interestaduais o tributo seria pago no Estado destinatário. Mas não esclarecia como se daria a absorção dos créditos gerados no Estado produtor, o que causou a reação das diversas unidades federadas. Ora, a disciplina da *sales tax* se distancia da técnica dos impostos sobre o valor acrescido, o que tornaria difícil a sua aclimatação ao sistema tributário estadual.

Pena é que se tenha perdido a oportunidade de aprofundar a reforma no mesmo sentido em que o imposto não-cumulativo vem funcionando nos países da Comunidade Econômica Européia, sistema ao qual aderimos desde 1965. Na Alemanha, federação fiscal, o IVA tem a sua legislação deferida ao *Bund* e a administração, aos *Lander* com a partilha do produto arrecadado, o que elimina os problemas surgidos nas operações interestaduais. Poderíamos tentar solução semelhante, superando as controvérsias que temos enfrentado em todo o período republicano entre Estados produtores e consumidores.

6.4. *Imposto sobre consumos especiais*

O ajuste fiscal pretendia também criar o imposto sobre a circulação e distribuição de bebidas, veículos, tabaco, combustíveis e serviços de telecomunicações.

É uma imitação da *excise tax* americana. O mesmo resultado poderia ser alcançado com a manutenção do IPI, desde que se aliviassem algumas de suas incidências.

6.5. *Imposto causa mortis*

Pelo projeto do ajuste fiscal ficaria extinto o imposto *causa mortis*.

Eis outra solução que deixaria o Brasil solitário. A tendência universal é justamente no sentido contrário: tornar progressiva a tributação das heranças, de tal forma que as alíquotas cresçam na razão direta da grandeza do bem transmitido e do distanciamento entre o *de cujus* e o herdeiro na linha da vocação sucessória. Na Alemanha, na Espanha e na Itália o imposto *causa mortis* tem essa dupla progressividade, que não sofreu restrições nem mesmo com a substituição da política social-democrata pela neoliberal em alguns daqueles países.

A extinção do imposto *causa mortis* e doação ainda traria sensíveis prejuízos aos Estados-membros, pois a União passaria a cobrar o imposto de renda sobre os ganhos representados pelas transmissões gratuitas.

7. *A proposta do Governo Itamar Franco*

O Governo do Presidente Itamar Franco apresentou projeto de emenda constitucional que mantinha alguns dos pontos previstos no trabalho da Comissão do Dr. Ary Oswaldo e que trazia outras novidades[24].

Assim é que conservou a proposta de criação do imposto sobre ativos e do imposto seletivo sobre consumos especiais. Mas abandonou as idéias de extinguir o imposto *causa mortis* e de amalgamar as incidências estaduais e municipais sobre bens e serviços. Propôs, ainda, a criação de contribuições sociais sobre o valor adicionado ou rendas e receitas operacionais e patrimoniais ou orçamentários. Quanto à incidência sobre a movimentação ou transmissão de numerário e de créditos e direitos de natureza financeira, perdeu a natureza de contribuição, que lhe dera o Projeto Collor, para se transformar em mais um imposto no saturado sistema de tributos.

É interessante observar que o projeto de emenda constitucional resultou de extensa análise e de profundo diagnóstico da crise fiscal brasileira, em que o Governo dizia pretender simplificar as obrigações tributárias, ampliar a base de incidência através da incorporação de segmentos sociais que conseguiam minimizar indevidamente a carga tributária e reduzir os efeitos colaterais negativos do conjunto dos tributos sobre as atividades econômicas[25]. Foi mais um caso de divórcio entre o discurso e a prática!

8. *O substitutivo Benito Gama*

O Dep. Benito Gama apresentou substitutivo à proposta do Governo Itamar Franco, que teve entre os seus principais destaques: a) a reincorporação dos dispositivos sobre a ação declaratória de constitucionalidade e sobre a eficácia dos julgados, do Supremo Tribunal Federal; b) a eliminação do imposto sobre ativos; c) a manutenção do imposto sobre transações financeiras e da contribuição social sobre o valor adicionado.

A Emenda Constitucional nº 3/93 resultou do substitutivo do Dep. Benito

24 Projeto de Emenda PEC 48-A, do Dep. Luiz Carlos Hauly (5.11.92).

25 Cf. Jornal do Commercio de 7.11.92, p. 8.

Gama, mas não incorporou diversos dos seus dispositivos, como adiante se verá.

9. *O substitutivo do Dep. Luiz Roberto Ponte*

O Deputado Luiz Roberto Ponte apresentou, em 15.12.92, substitutivo ao Projeto de Emenda Constitucional nº 17, de 1991, do Deputado Flávio Rocha, que resultou de anteriores pareceres por ele exarados e do texto "Estudos para uma Reforma Tributária", amplamente divulgados.

O projeto do Dep. Luis Roberto Ponte, que cria o imposto seletivo sobre consumos especiais, apresenta a vantagem de eliminar a incidência de qualquer outro imposto sobre a circulação de mercadorias, o que não acontecia no Substitutivo Benito Gama, em que o novo tributo convivia com o ICMS.

O ponto fraco da proposta do Dep. Luiz Roberto Ponte é a desestruturação do federalismo fiscal brasileiro. O projeto dispõe sobre o "sistema tributário nacional", deixando para a lei complementar a fixação das competências dos Estados e Municípios. Ora, desde 1891 a tradição do nosso constitucionalismo é a de discriminar, no próprio texto fundamental, a competência impositiva de cada ente federado. A eliminação da partilha constitucional de receitas certamente prejudicaria o próprio federalismo político do Brasil, pela importância dos aspectos financeiros.

Quanto ao polêmico imposto sobre transações bancárias, que já foi aprovado pela EC 3/93, o substitutivo do Dep. Luiz Roberto Pontes voltou à proposta do Presidente Fernando Collor, transformando o novo tributo em fonte de financiamento da seguridade social.

Analisam-se, a seguir, alguns dispositivos surgidos, pela repercussão que obtiveram e pelo fato de que continuarão a ser examinados pelo Congresso Nacional durante os trabalhos da revisão a se iniciar em outubro de 1993.

9.1. *Taxa e contribuição de melhoria*

São introduzidas duas modificações no art. 145 da CF — itens II e III.

No item II exclui-se da definição do fato gerador das taxas o exercício do poder de polícia e estabelece-se que a sua cobrança fica limitada ao custo da prestação dos serviços públicos. A exclusão da referência ao exercício do poder de polícia é inócua, pois sempre se entendeu que era meramente didática, o que permitirá a sua exigência sob a rubrica de prestação de serviços públicos[26]. A limitação da cobrança ao custo do serviço é imprópria, pois

26 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 345; Flávio Bauer Novelli, "Apontamentos sobre o Conceito Jurídico da Taxa". *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 45: 101, 1992.

tornou-se pacífico na jurisprudência que a Administração não pode cobrar valor incompatível com a despesa provocada pelo contribuinte.

No item III limita-se a contribuição de melhoria ao custo da obra pública. A solução implica em radical modificação do tributo no Brasil, posto que a sua incidência sempre respeitou a valorização do imóvel. Cobrar-se a contribuição de melhoria com base apenas no custo de obra significa transformá-la em taxa, retirando-lhe a especificidade de terceira espécie de tributo, que é a relação custo/benefício ou obra pública/mais valia. Inconveniente seria a medida porque o Supremo Tribunal Federal já eliminou as dúvidas infundadamente surgidas na interpretação do texto de 1988, reafirmando que a contribuição de melhoria se baseia na equação obra pública/mais valia[27].

9.2. *Sistema Tributário Nacional*

O art. 153, *caput* disciplina o "Sistema Tributário Nacional", entendido como o conjunto de impostos incidentes sobre determinadas bases econômicas.

Desestrutura-se, por conseguinte, o sistema da discriminação de rendas, outorgando-se a competência para instituir impostos exclusivamente à União, que poderia ainda, por lei complementar, atribuir competência aos Estados e Municípios para arrecadar e fiscalizar o imposto sobre a propriedade imobiliária e o imposto sobre a produção e circulação.

É o aspecto mais discutível do substitutivo.

9.3. *Imposto sobre consumos especiais*

O art. 153, II e § 5º, segundo a proposta, cuida do imposto sobre produção, circulação, distribuição ou consumo de bebidas, veículos, energia, tabaco, petróleo e combustível, assim como seus derivados e serviços de telecomunicações, imposto que incidirá uma única vez sobre esses bens ou serviços, em qualquer dessas operações. A competência legislativa pertenceria à União, que poderia atribuir aos Estados e Municípios a competência para arrecadar e fiscalizar (§ 3º). Seria seletivo e não incidiria nas exportações (§ 5º, I). O produto de sua arrecadação se vincularia e determinadas despesas. As alíquotas poderiam ser reduzidas para proteger as exportações.

É o aspecto mais importante do substitutivo e o que mais se aproxima das propostas modernas para a racionalização dos impostos sobre o consumo.

A unificação das incidências sobre a produção e circulação de bens que têm peso na economia forneceria ao Governo produtiva fonte de financiamen-

27 RE 116.148-5, Ac. da 1ª T., de 16.2.93, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 21.5.93.

to e simplificaria as obrigações tributárias para as empresas. A divisão da competência entre a União e os Estados segue aproximadamente o modelo alemão, de sucesso já comprovado na experiência constitucional germânica. O Dep. Luiz Roberto Ponte preocupou-se ainda em neutralizar os efeitos sobre a exportação, medida que não constava do projeto inicial.

9.4. *Imposto sobre propriedade*

Cria o imposto sobre a propriedade imobiliária e prevê a sua progressividade.

É o resultado da unificação das atuais incidências sobre a propriedade imobiliária (IPTU, ITR).

Do ponto de vista da racionalidade econômica pode representar um avanço. Mas, sob a perspectiva do federalismo, enfraquece a autonomia dos entes menores, por ser atribuído à União.

9.5. *Imposto sobre movimentação bancária*

Extingue as contribuições dos empregadores sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, substituindo-as pelo imposto sobre movimentação bancária (art. 195, *caput*).

Parte da mesma premissa do sistema em vigor, com a confusão entre o financiamento da previdência social e o do combate à miséria, que passam a contar com idêntica fonte de recursos — o imposto sobre movimentação. Essa indefinição apareceu também no substitutivo Benito Gama, com a criação da contribuição sobre o valor agregado.

Duvidosa a vantagem de substituir as contribuições sobre o lucro e o faturamento na hora em que o Supremo Tribunal Federal remove as controvérsias existentes a respeito da incidência do FINSOCIAL e da contribuição social sobre o lucro criada pela Lei nº 7.689/88.

10. *A Emenda Constitucional nº 3, de 1993*

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que resultou do projeto apresentado pelo Governo Itamar Franco, incorporou diversos de seus aspectos utópicos e optou pelas medidas heterodoxas nele previstas. Poucas são as regras afinadas com a justiça fiscal, as necessidades da técnica tributária e a reformulação sistêmica.

10.1. *O financiamento das aposentadorias dos funcionários públicos*

A EC 3/93 acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 40 da Constituição Federal:

> "§ 6º — As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

O dispositivo estende aos servidores públicos a regra que prevalece para os trabalhadores em geral, sujeitos à CLT, que é a de contribuírem, junto com o patrão, para o financiamento da própria aposentadoria.

As contribuições dos servidores, que se subsumem na categoria das contribuições de seguridade social, que por sua vez se inserem no gênero das contribuições sociais, terão a natureza tributária (art. 149) e deverão obedecer ao princípio da anterioridade estabelecido no art. 195, § 6º, da CF, só podendo ser exigidas após decorridos noventa dias da data da lei que as instituir.

10.2. *A ação declaratória de constitucionalidade de lei*

A EC 3/93 criou ainda a ação declaratória de constitucionalidade, nos seguintes termos, ao acrescentar o § 2º ao art. 102:

> "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

O novo instrumento processual, que pode ser acionado pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador Geral da República, terá sérias repercussões no campo do direito tributário. Talvez até mesmo tenha por endereço principal a matéria fiscal.

A declaratória de constitucionalidade, que não encontra paralelo no direito comparado[28], relembra sem a menor dúvida, as medidas criadas pelo regime autoritário para o controle das instâncias judiciárias inferiores, como foram a avocatória e a representação para interpretação de lei (EC 7/77), posteriormente suprimidas pela CF 88.

A declaratória de constitucionalidade tem motivação nitidamente conjuntural, sem qualquer embasamento científico. Veio para apressar o julgamento

28 Quem pretende ver paralelismo no direito alemão é MENDES, Gilmar. "A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993." In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & ----. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

das causas, inclusive fiscais, que cresceram extraordinariamente de número nos últimos anos, assim pela constitucionalização exagerada das normas tributárias, como pela caótica legislação federal posterior a 1988.

A nova medida ofende o princípio do *juiz natural* que se insere no quadro dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXVII). Retira do cidadão o direito de levar ao seu juiz legal a sua queixa contra a inconstitucionalidade da norma tributária.

Demais disso, introduz grande insegurança no sistema jurídico, ao abrir a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar imediatamente as questões macroeconômicas e os grandes problemas do sistema tributário. Tais assuntos necessitam de tempo para que os juízes adquiram a justa perspectiva e não devem ser decididos em uma única instância no calor da publicação da lei. As normas constantes do Plano Collor I, por exemplo, só passaram a ser invalidadas pela Justiça depois que a prática demonstrou a sua ineficácia econômica.

O efeito vinculante garantido pela EC 3/93 transforma a decisão do Supremo em autêntica *fonte formal* do direito tributário, o que constitui um absurdo na democracia, pois aquele órgão não resulta da representação popular. Na declaratória de inconstitucionalidade a decisão judicial é fonte de direito, pois só um ato da mesma natureza da lei pode revogar a lei formal[29]. Mas o STF, aí, funciona como *legislador negativo*, retirando do sistema jurídico a lei incompatível com a Constituição. Aqui, na declaratória de constitucionalidade, exercerá o papel de *legislador positivo*, acrescentando um *plus* à lei aprovada pelo órgão de representação e retirando dos juízes de grau inferior a possibilidade de examinarem a norma que os jurisdicionados venham a inquinar de inconstitucional. O efeito vinculante do acórdão petrificará a interpretação e transformará o ato legislativo em superlei, insuscetível de ser interpretada pelo Judiciário ou pela Administração. É mais uma tentativa de proibição de interpretar, tão comum na cultura brasileira[30].

O efeito vinculante da decisão na declaratória de constitucionalidade poderá até mesmo contaminar a eficácia do acórdão que rejeitar a ação direta de inconstitucionalidade. Ao recusar a representação de inconstitucionalidade o STF afirma, obviamente, a constitucionalidade de lei, ou seja, aplicando o princípio da "interpretação conforme a Constituição" desconsidera todas as opiniões que antes defendiam a inconstitucionalidade da norma ou elimina

29 R. MARCIC (*Verfassung und Verfassungsgericht*. Viena, Springer Verlag, 1963, p. 205) afirma que o controle jurisdicional da constitucionalidade e um ato idêntico ao de legislar (*Verfassungsgerichtsbarkeit ist Gesetzgebund*).

30 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 3.

diversas possibilidades de interpretação[31]. A eficácia vinculante da decisão que declara a constitucionalidade de uma lei poderia se extrapolar para a confirmação da constitucionalidade resultante da rejeição da ação direta de inconstitucionalidade!

A solução escorreita para enfrentar o acúmulo de processos seria a adoção de certos modelos estrangeiros, como o da Alemanha, já completamente testados e vitoriosos, de separação entre a declaração de inconstitucionalidade e a de nulidade. A decisão judicial poderia simplesmente declarar a norma inconstitucional, sem lhe retirar a vigência e sem lhe desfazer os efeitos macroeconômicos já produzidos, atribuindo ao Congresso a responsabilidade pela edição de outra lei compatível com a Constituição. O que me parece difícil é manter no Brasil a teoria da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, trazida do direito americano — fundado nos precedentes e no controle difuso — mas que não se adapta completamente ao nosso sistema de controle concentrado da inconstitucionalidade.

Mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso da legitimidade do CONFINS, deu pela constitucionalidade da declaratória de constitucionalidade[32], estabelecendo alguns parâmetros para a sua propositura, como seja a necessidade de prévias decisões dos tribunais de grau inferior, o que certamente limitará a possibilidade de ajuizamento imediato da ação direta.

10.3. *Renúncia de receita*

A EC 3/93 introduziu importante aperfeiçoamento na sistemática das renúncias de receita, ao dar nova redação ao § 6º do art. 150: "Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuições, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*".

O novo dispositivo veio reforçar os princípios da legalidade, da transparência e do equilíbrio orçamentário.

Quanto à *legalidade* já o art. 150, § 6º, da CF 88, em sua redação originária, deixara claro que a remissão de créditos tributários exigia lei formal específica. A providência era importante porque diversos entes públi-

31 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 286.

32 A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 ainda não teve publicado o acórdão. Mas no livro de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR MENDES, citado na nota 28, encontram-se os votos de diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

cos haviam dado a interpretação de que o art. 172 do CTN autorizava as remissões independentemente de lei concessiva, com o que se transformava a norma complementar federal em regra em branco. Agora, a EC 3/93 estendeu o princípio da reserva de lei específica para os outros favores fiscais.

O *princípio da transferência* recebeu reforço considerável. Sabe-se que existe a tendência de se camuflar a concessão de incentivos tributários e financeiros, que estão atualmente sob a suspeita de ilegitimidade, demonstrada que foi pela ciência a sua ineficácia econômica e a sua generalizada característica de privilégio odioso. De modo que se torna medida de moralidade pública a transparência nas concessões, através de sua inclusão em lei que cuide unicamente do tributo ou do benefício.

O *princípio do equilíbrio orçamentário* foi igualmente fortalecido. A CF 88 já havia estampado diversas normas para o controle das renúncias de receita, como as dos arts. 70 e 165, § 6º, bem como a do art. 41 do Ato das Disposições Transitórias. O conceito de renúncia de receita (= gasto tributário - *tax expenditure*), que surge nas finanças americanas nas últimas décadas[33], permite que se esclareça o mecanismo de atuação dos privilégios e a sua permanente conversibilidade: as isenções, reduções de base de cálculo, reduções de alíquota, anistia e remissão, figuras que operam na vertente da receita, produzem os mesmos efeitos econômicos das categorias da despesa pública, como as subvenções e os subsídios, ou seja, empobrecem a Fazenda e enriquecem o contribuinte. Sem a correta visualização das renúncias de receita e sem o controle efetivo de sua economicidade não pode o País pretender estabelecer o equilíbrio orçamentário.

A EC 3/93 ressalvou da regra tão afinada com os princípios da legalidade e da transparência o "disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*", isto é, a reserva da lei complementar para "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados". Tenho para mim que a exceção feita no final da nova redação do art. 150, § 6º teve o objetivo de deixar para a lei complementar a competência para disciplinar os convênios do ICMS, o que equivale a dizer que a EC 3/93 não alterou a sistemática dos acordos interestaduais até então vigente. Sempre entendi que os Convênios ICMS, não obstante os termos da LC 24/75, deveriam ser aprovados pelas Assembléias Legislativas, em estrita consonância com o princípio da legalidade, assim antes[34] como, principalmente, depois da redemocratização do País em 1988[35]. Mas há intérpretes que

33 Cf. SURREY, Stanley S./MCDANIEL, Paul R. *Tax Expenditures*. Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 3.

34 Cf. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 510.

35 Cf. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 321.

pensam de forma diferente e que já concluem no sentido de que, mesmo depois da EC 3/93, os Convênios independem de aprovação legislativa[36]. E o próprio Supremo Tribunal Federal vem postergando o exame da questão, recusando-se a conceder liminar em ações diretas de inconstitucionalidade já ajuizadas[37]. Seja como for, parece-me que a EC 3/93 não influi sobre a questão, pois ao intérprete se abre apenas uma de duas soluções: ou os Convênios ICMS editados sem o respeito ao princípio da legalidade a partir de 1988 são inconstitucionais, ou encontram possibilidade de sobrevivência de acordo com as normas da LC 24/75, agora ressalvada pela EC 3/93.

10.4. *Substituição tributária "para frente"*

Medida de grande importância foi introduzida no art. 150 da CF, ao qual se acrescentou o § 7º, com a seguinte redação: "A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

A norma veio resolver os problemas surgidos principalmente com a chamada substituição "para frente" no ICMS, em que o industrial passa a ser responsável pelo imposto incidente sobre a venda a consumidor final. Alegava-se a inconstitucionalidade da cobrança, que afrontaria o princípio da legalidade tributária, com a exigência do imposto antes da ocorrência do fato gerador, na ausência de relação entre o substituto e o substituído e sem adequação com a verdadeira base de cálculo.

Parece-me que o novo dispositivo tem sabor interpretativo, eis que se compagina perfeitamente com a jurisprudência predominante, condição necessária para que tenha eficácia retrooperante[38]. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal[39] quanto o Superior Tribunal de Justiça[40] e o Tribunal de Justiça deste Estado[41] já consideravam legítima a substituição "para frente", desde que a lei complementar a previsse.

36 Cf. Parecer PGFN/CAT 329/93, de 16.4.93.

37 ADIN 1281, Ac. do Pleno, de 23.11.89, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 26.3.93.

38 Cf. ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. Paris, Dalloz, 1960, p. 259.

39 Cf. RE 77.462, Ac. do Pleno, de 27.2.75, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 73/507; RE 99805, Ac. da 2ª T., de 11.4.86, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 124/1105.

40 Cf. RMS 1562-0, Ac. da 2ª T., de 4.11.92, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 17.12.92.

41 Cf. Ap. Cível nº 1421/86, Ac. da 2ª C.C., de 18.11.86, Rel. Des. Penalva Santos, D.O. 12.2.87; MS 2988, Ac. 1º Grupo de Câmaras Cíveis, de 21.11.89, Rel. Des. Paulo Pinto, D.O. 14.12.84.

O § 7º do art. 150 da CF, na redação da EC 3/93, deixou claro, em plena consonância com a jurisprudência referida, que cabe a restituição da importância paga antecipadamente caso não se realize o fato gerador presumido. A LC 44/84, que disciplina a substituição no ICMS, por não conter tal previsão já havia sofrido a correção pretoriana. A restituição das importâncias indevidamente pagas é preferencial, o que significa dizer que, nos impostos não-cumulativos, se fará inclusive sob a forma de apropriação de créditos fiscais para o abatimento do imposto devido em ulteriores saídas de mercadorias.

10.5. *IPMF*

A EC 3/93 autorizou a União a instituir, com vigência até 31 de dezembro de 1994, o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

É a proposta inicial do imposto único que, depois de passar pela fórmula intermediária de contribuição para a seguridade, tornou-se mais um imposto do nosso inchado sistema tributário.

O IPMF inspirou-se em modelo argentino, já revogado em sua pátria de origem, pelos malefícios causados do ponto de vista econômico. Realmente o heterodoxo imposto, em razão de sua cumulatividade, onera as exportações e conduz à monetização da economia. Demais disso, é antinômico, posto que constituirá carga excessivamente pesada para o contribuinte se a inflação vier a ser dominada, eis que, fixado em 0,25, apenas será suportável enquanto a desvalorização da moeda se situar na casa dos dois dígitos.

O produto da arrecadação do IPMF não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada (art. 2º, § 3º, da EC 3/93). Esse dispositivo veio contrabalançar o excesso de transferência de impostos da União para os Estados e Municípios, constante da repartição da receita de tributos levada a efeito pela CF 88, que agravou o desequilíbrio das contas federais, pela falta de transferência de serviços e encargos.

Do produto de arrecadação do novo tributo 20% serão destinados para custeio de programas de habitação popular (art. 2º, § 4º, da EC 3/93). É medida retórica, posto que o grave problema da habitação popular não pode ser resolvido nem minorado com a arrecadação de imposto provisório, que já nasce com data marcada para morrer.

A EC 3/93 tornou-se polêmica, quanto à sua constitucionalidade, ao dizer que ao IPMF não se aplicam o princípio da anterioridade e as normas das imunidades tributárias (art. 2º, § 2º, EC 3/93).

A suspensão do princípio da anterioridade teve o objetivo de permitir a instituição imediata do IPMF. Não me parece que a medida contraste com a Constituição, eis que nela há diversos tributos que fogem à regra da anterioridade, como sejam os impostos sobre importação e exportação, o IPI e o IOF (art. 150, § 1º). Além disso, esses impostos escapam também ao princípio da legalidade estrita, podendo as suas alíquotas ser alteradas pelo Poder Executivo (art. 153, § 2º), medida estendida igualmente ao IPMF (art. 2º, § 1º, EC 3/93).

Já a incidência do novo imposto sobre as pessoas imunes é flagrantemente inconstitucional. As imunidades tributárias encontram o seu fundamento nos direitos fundamentais, eis que visam a proteger contra a incidência de impostos as liberdades preexistentes ao próprio pacto constitucional. No que concerne à imunidade recíproca (art. 150, VI, *a*), a incidência fiscal, além de ferir direitos da liberdade dependentes da harmonia entre os entes públicos, ainda ofenderia o próprio federalismo brasileiro. Ora, o art. 60, § 4º, I e IV da CF proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais. Logo, a EC 3/93 torna-se inconstitucional, por ferir aquelas cláusulas pétreas. Nem se poderia alegar que o IPMF é imposto sobre a circulação de riquezas e a imunidade apenas veda a incidência de tributos sobre patrimônio, a renda e os serviços, pois: a) a cláusula constitucional não vincula a intributabilidade aos impostos que o CTN classifique como incidentes sobre o patrimônio e a renda; b) é evidente que o IPMF incidirá sobre o patrimônio das entidades imunes, que deve ser protegido contra a inflação pelas aplicações financeiras; c) as pessoas imunes não praticam atos desvinculados de suas finalidades essenciais quando fazem as inversões financeiras para se protegerem contra a desvalorização do patrimônio mobiliário. De notar que, no plano da legislação ordinária, a Justiça Federal já vem declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que determinaram a incidência do IOF sobre as pessoas imunes[42]. E o Supremo Tribunal Federal concluiu também no sentido da inconstitucionalidade da norma que excluía a imunidade ao IPMF, sob dois fundamentos principais: 1º — a ofensa ao princípio do federalismo, quanto à imunidade recíproca dos entes públicos; 2º — o desrespeito a direitos e garantias individuais, no que concerne às demais imunidades do art. 150, VI, da CF[43]; este acórdão do STF, aliás, reveste-se de extraordinária importância, por implicar mudança da própria fundamentação das imunidades

42 "Tributário. IOF, Lei 8.033/90. Imunidade do Estado. 1. Ao efetuar o Estado operações financeiras, utiliza-se de valores do seu patrimônio, para acrescê-lo com os rendimentos do capital. 2. Não incidência do IOF sobre tais operações por expressa determinação constitucional" (Apelação em Mandado de Segurança 24.285, Ac. da 4ª T. do T.R.F. da 1ª Região, de 5.8.92, Rel. Juíza Eliana Calmon, D.J. 17.8.92); Remessa *ex officio* 22.954, Ac. da 3ª T. do T.R.F. da 1ª Região, de 29.6.92, Rel. Juiz Torinho Neto, DJ 6.8.92, Apelação Civil 8063, Ac. da 2ª T. do T.R.F. da 5ª Região, de 18.2.92, Rel. Juiz Barros Dias, D.J. 3.4.92.

43 ADIN 939-7, Ac. de 15.12.93, do Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 18.3.94.

a que até então aderia o Pretório Excelso, que passam a encontrar apoio agora nos direitos fundamentais.

10.6. *ADIR*

A EC 3/93 eliminou do sistema tributário dos Estados-membros o adicional ao imposto de renda, com efeitos a partir de 1.1.96, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a dois e meio por cento no exercício financeiro de 1995.

O ADIR desaparece em boa hora, eis que constituía inexplicável anomalia no nosso sistema impositivo, pela duplicação da incidência sobre a renda.

A sua regulamentação, na falta de lei complementar federal; foi feita contraditoriamente pelos Estados-membros, o que levou o Supremo Tribunal Federal a considerá-la inconstitucional[44].

10.7. *IVVCLG*

Outra excrescência que desaparece do sistema tributário é o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, da competência dos Municípios. A sua eliminação produzirá efeitos a partir de 1.1.96, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a um e meio por cento no exercício financeiro de 1995 (art. 4º da EC 3/93).

O IVVCLG, incidindo cumulativamente com o ICMS nas vendas a varejo, constituía *bis in idem* atentatório contra os princípios da racionalidade econômica da tributação.

10.8. *Medidas financeiras*

A EC 3/93 introduziu algumas medidas financeiras importantes para o ajuste fiscal e o controle da despesa pública: autorizou a União e o Estados a condicionarem a entrega de recursos, correspondentes à repartição das receitas tributárias, ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias (nova redação dada pelo art. 1º do art. 160, parágrafo único, da CF);

44 "Adicional estadual do imposto sobre a renda (art. 155, II, C.F.). Impossibilidade de sua cobrança, sem prévia lei complementar (art. 146 da C.F.). Sendo ela materialmente indispensável à dirimência de conflitos de competência entre os Estados da Federação, não bastam, para dispensar sua edição, os permissivos inscritos no art. 24, § 3º, da Constituição e no art. 34 e seus parágrafos, do ADCT." (RE 1362154/210, Ac. do Pleno, de 18.2.93, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 16.4.93.)

permitiu a vinculação de receitas próprias e dos recursos provenientes da repartição das receitas tributárias para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta (§ 4º acrescentado ao art. 167 da CF); restringiu, até 31.12.99, a emissão de títulos da dívida pública dos Estados e Municípios ao montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no art. 33, parágrafo único, do ADCT (art. 5º da EC 3/93).

11. *Outros projetos*

Há, ainda, outros projetos para a reforma tributária. Mas a sua repercussão foi bem menor, o que nos dispensa do seu exame. Entre tais projetos encontram-se os da FIESP, da Força Sindical, da Receita Federal, do Deputado José Serra etc.[45]

12. *O Fundo Social de Emergência*

A Emenda de Revisão nº 1/94, no afã de promover o equilíbrio das contas públicas, indispensável ao controle da inflação, instituiu o Fundo Social de Emergência. A idéia básica é de reservar recursos provenientes dos diversos impostos do sistema tributário federal para o "custeio das ações do sistema de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social". Percebe-se, a olho nu, que o Fundo Social de Emergência exibe os mesmos defeitos de legalidade que há tantos anos estamos observando na matéria financeira: a falta de clareza e de transparência e a provisoriedade de seus objetivos. O Fundo Social de Emergência será regulamentado por legislação infraconstitucional e principalmente pela lei orçamentária, que encontrarão enorme espaço para atuar, tendo em vista que as dotações do orçamento ficam vinculadas a diversas normas concessivas de direitos, discricionariamente manipuladas pelo Executivo. Entre as regras estabelecidas na Emenda de Revisão nº 1/94 e a distribuição final de bens e serviços públicos há uma faixa muito larga de discricionariedade administrativa que não encontra justificativa na necessidade de se proceder ao ajuste fiscal tendente a eliminar a inflação. Contemple-se a indefinição das áreas e das atividades que receberão o reforço de verbas: ninguém sabe o que são "outros programas de relevante interesse econômico

45 Para a crítica a esses projetos, do ponto de vista da ciência econômica, v. DAIN, Sulamis. "Os Descaminhos da Reforma Tributária". *Monitor Público* 1: 11-16, 1994.

e social", o que poderá levar a desvios de objetivos e à canalização de dinheiro público a quem dele talvez não necessite, como sempre ocorreu entre nós, abusando-se da concessão de subvenções econômicas e de subsídios. Entre os objetivos do fundo está o custeio das ações do sistema de saúde, o que pode até compreender as despesas com pessoal, com o aumento das gratificações e com isonomias salariais, de acordo com as suspeitas que já se levantam. O Fundo Social de Emergência contrasta ainda com a tendência orçamentária moderna de robustecer o princípio da não-afetação de recursos a órgãos, fundos ou despesas, que se expressa na própria Constituição de 88 (art. 167, IV), posto que promove a vinculação dos mais significativos impostos federais. Porém, a mais grave conseqüência do Fundo Social de Emergência é a de postergar a revisão tributária, eis que o superfundo social para atender as emergências em 1994 e 1995 certamente saciará o apetite do fisco e esvaziará as propostas de reforma que pudessem vir a ser formuladas pelo Presidente da República que sai, neste ano e pelo que entra, no próximo exercício.

13. *O futuro da reforma tributária*

As propostas e as tentativas de reforma feitas desde 1988, por conseguinte, são utópicas e nacionalistas e dificilmente conduziriam ao aperfeiçoamento do sistema tributário. O processo de revisão constitucional (art. 3º do Ato das Disposições Transitórias), por seu turno, se esgotou sem outras medidas fiscais além do Fundo Social de Emergência.

A idéia básica de qualquer reforma da Constituição Tributária é a de que não deverá se conter nos aspectos da receita pública, senão que igualmente deve cuidar dos gastos públicos. Receita e despesa públicas são duas faces da mesma moeda, duas vertentes do mesmo problema financeiro. Pouco adiantaria a reformulação dos tributos brasileiros, se não viesse acompanhada da contenção dos gastos públicos e da disciplina básica para a diminuição do tamanho do Estado. Já está inteiramente superada a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos, que imperou nas últimas décadas aqui e alhures. Urge que se procure o equilíbrio financeiro e orçamentário, restringindo-se o intervencionismo estatal.

Quanto à reforma tributária, deverão ser examinados os seus três aspectos fundamentais: a racionalidade econômica do sistema, a harmonia na Federação e a integração internacional.

De feito, o *sistema tributário nacional* carece de maior racionalidade, que apenas seria alcançada com a diminuição do número de tributos e com a sua estrita vinculação à base econômica, de tal forma que cada fato econômico se abrisse à incidência de um só imposto. Daí resultaria necessariamente a

unificação de vários dos impostos incidentes sobre o patrimônio e sobre a circulação de riquezas.

O *sistema tributário do nosso federalismo* em contraponto com o aperfeiçoamento do sistema tributário nacional, teria que expressar a maior cooperação possível entre os entes políticos, mediante nova lógica na partilha da competência tributária, recusando-se as propostas que implicassem na eliminação de qualquer dos poderes do nosso tridimensionalismo fiscal. O grande desafio estará em compatibilizar a vocação das diversas esferas de governo para a cobrança dos seus tributos com a eqüidade vertical (entre a União, Estado e Município) e a eqüidade horizontal (entre Estados e entre Municípios) na distribuição dos recursos públicos, inclusive na via dos repasses intergovernamentais.

O *sistema internacional tributário* postula a extinção das incidências estaduais (ICMS) sobre as exportações, a exemplo do que acontece na Constituição dos Estados Unidos (art. 1º, 10), com o que se superaria problema que vem se agravando desde os primórdios da República, permitindo a adesão do Brasil às comunidades supranacionais, como o Mercosul.

Seja como for, não se podem esquecer outros aspectos mais importantes do que a mera alteração das normas constitucionais, seja na via da revisão formal do tipo da prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seja na via da emenda constitucional. O problema tributário do País está essencialmente ligado à nossa cultura orçamentária e à cidadania fiscal, que apenas se fortalecerão com a adequada prática constitucional. De pouco valerá a reforma do texto fundamental se a vida financeira do Brasil não se legitimar através da busca permanente da ética, da justiça e do respeito aos direitos humanos, eliminando-se definitivamente as suspeitas de simbiose entre o público e o privado e promovendo-se o conteúdo rígido da destinação dos recursos retirados da sociedade. Em síntese, urge que se proceda ao desmonte do Estado Patrimonial e à crítica da mentalidade que o alimenta.

DIREITO AMBIENTAL E CAPITALISMO
(Introdução à Crítica do Ecologismo Jurídico)

RONALDO L. COUTINHO

> "(...) Quando o trabalho não for somente um meio de vida, mas a primeira necessidade vital; quando, com o desenvolvimento dos indivíduos em todos os seus aspectos, crescerem também as forças produtivas e jorrarem os mananciais da riqueza coletiva, só então será possível ultrapassar totalmente o horizonte do direito burguês e a sociedade poderá inscrever em suas bandeiras: de cada qual segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades."
> (Karl Marx)

Uma das questões universais nesta virada de século é, sem dúvida, a ecológica. A humanidade atingiu um patamar em que pode realmente destruir a biosfera ou pelo menos modificá-la de forma drástica. O chamado "efeito estufa", resultado da poluição maciça decorrente de um crescimento econômico sem precedentes, é algo com que todos terão que conviver. Como assinala Hobsbawm, "a prática socialista, especialmente no Leste europeu produziu poluição maciça, mas o capitalismo, diferentemente do socialismo, compromete-se *pela sua natureza* ao crescimento sem limites. E o crescimento de agora em diante precisa ser controlado de alguma forma. O desenvolvimento sustentável não pode operar através do mercado, mas deve operar *contra* ele. Não pode funcionar por meio da livre escolha do consumidor, mas através do planejamento e, onde for necessário, contra a livre escolha" (in Blackburn, 1992:266). Em outras palavras: embora no "socialismo real"[1],

1 Não se trata, aqui, de discutir essa questão, cuja relevância é desnecessário ressaltar. Remeto o leitor interessado aos trabalhos mais recentes de José Paulo Netto. *Crise do Socialismo e Ofensiva Neoliberal*. São Paulo, Cortez Editora, 1993: Celso Frederico. *Crise do Socialismo e Movimento Operário*. São Paulo, Cortez Editora, 1994; Robert Kurz. *O Colapso da Mo-*

tenham ocorrido, com grande intensidade, processos de degradação ambiental, tais processos não derivariam, como no capitalismo, de uma lógica *inerente ao próprio modo de produção*, conforme indicado classicamente por Marx.

Apesar disso, muitos juristas dedicados ao tema (a maioria, aliás) postulam inabalável confiança na eficácia de um conjunto de normas destinadas à proteção ambiental, aliando-se a militantes de movimentos ecológicos, organizações não-governamentais e assemelhadas, numa luta marcada pela ingenuidade teórica de muitos e a esperteza política de alguns. Discutir a eficácia dessas normas, não de forma abstrata, mas no plano concreto das formações sociais capitalistas periféricas é o fundamental objetivo deste artigo.

I — A Questão Ambiental: Aspectos Críticos

Não pretendo dissertar aqui sobre ecologia e questões ambientais[2], mas tão-somente sublinhar alguns aspectos cruciais para uma adequada discussão do tema proposto em suas reais dimensões sócio-políticas, pois não consigo entender as chamadas "relações jurídicas" à moda de Kelsen e, muito menos do aparecimento sofisticado positivismo jurídico "moderno", que embrulha em atraentes embalagens coloridas Durkheim, Hauriou, Duguit, Gurvitch, Foucault, Althusser e, em certos casos, até se traveste de um pseudomarxismo.

Neste sentido, é oportuna a observação de Gonçalves de que "é preciso ir além daquela formulação tão em voga nos movimentos ecológicos de que os homens estão destruindo a natureza, pois se um trabalhador opera uma serra elétrica que derruba milhares de árvores em algumas horas, não se pode responsabilizá-lo por esse ato sem que enfoquemos as relações sociais sob as quais vive" (Gonçalves, 1982:221).

Ou seja, em uma sociedade de classes este "homem que destrói a floresta" estaria identificado com o proprietário dos meios de produção ou com o trabalhador "livre" e assalariado? Na indústria de celulose que devasta a

dernização. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992 e *O Retorno de Potemkin*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993; Callinicos, A. *A Vingança da História. O Marxismo e as Revoluções do Leste Europeu*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1992; Robin Blackburn (org.). *Depois da Queda. O Fracasso do Comunismo e o Futuro do Socialismo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

2 Para o aprofundamento da discussão, ver LEIS, Héctor R. (org.) *Ecologia e Política Mundial*. Rio de Janeiro, FASE/PUC-RJ/Vozes, 1991; GOLDENBERG, Miriam (Coord.). *Ecologia, Ciência e Política*. Rio de Janeiro, Revan, 1992: MOSCOVICI, S.A. *Sociedade Contra a Natureza*. Petrópolis, Vozes, 1975; CASTORIADIS, C. e COHN-BENDIT, D. *Da Ecologia à Autonomia*. São Paulo, Brasiliense, 1983; GONÇALVES, Carlos Walter P. *Os (Des)Caminhos do Meio Ambiente*. São Paulo, Contexto, 1989; MOREIRA, Ruy (org.) *Geografia: Teoria e Crítica*. Petrópolis, Vozes, 1982.

floresta, colocaríamos no mesmo plano o proprietário e o trabalhador? A questão, aparentemente simples, serve para lembrar que somos concretamente regidos por uma divisão social do trabalho, na qual o caráter privado da propriedade determina uma apropriação privada da natureza, seja em escala local, nacional ou mesmo mundial, dado o caráter internacional do capitalismo.

Por isso, devemos encarar sob uma nova ótica a questão ambiental: não mais como uma visão simplesmente preservacionista, mas com uma perspectiva da totalidade, pois é impossível analisar o problema sem resolver direta ou indiretamente a questão da forma de apropriação da natureza.

Como apontava Mészáros, em 1971: "Uma década atrás os Walt Rostows deste mundo ainda vaticinavam confiantemente a adoção *universal* do padrão norte-americano de 'alto consumo de massa' no intervalo de apenas um século. Eles não podiam ser importunados com cálculos elementares, mas evidentemente necessários, que lhes demonstrariam que a eventual universalização do referido padrão — para não mencionar a tolice que este ideal representa em termos econômicos e sócio-políticos — determinaria a exaustão dos recursos ecológicos de nosso planeta muito antes do final daquele século" (Mészáros, 1987: 19).

Afinal, a espécie humana tem algum "instinto predatório" incoercível? É possível desonerar a qualidade de vida dos elevados custos do "progresso"?

Engels, na obra *A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra*, publicada em 1845, já denunciava o barulho, a água contaminada, os cortiços insalubres como fatores degradados do meio ambiente que atingiam a classe operária da época. Entretanto, como o proletariado foi durante muito tempo a vítima exclusiva da degradação ambiental, esta questão foi acobertada por um silêncio histórico. Hoje, quando a "crise ambiental" também atinge parcela ponderável da burguesia, ela ganha espaço crescente na academia e nos meios de comunicação, promovendo inclusive, em função de sua óbvia popularidade, o aparecimento de uma certa literatura especializada e organizações de toda a espécie que buscam ampliar o debate e assumem diferentes estratégias políticas na luta contra o declínio da "qualidade de vida". Há, contudo, uma questão fundamental a ser respondida: na lógica estrutural do capitalismo, é necessário destruir a natureza para transformá-la em mercadoria.

Voltando a Mészáros, vemos que "'O Deus que falhou', na imagem da onipotência tecnológica, é agora recomposto e novamente apresentado sob o disfarce do 'interesse ecológico' universal. Há dez anos a ecologia podia ser tranqüilamente ignorada ou desqualificada como totalmente irrelevante. Atualmente, ela é obrigada a ser grotescamente desfigurada e exagerada unilateralmente para que as pessoas — suficientemente impressionadas com

o tom cataclismático dos sermões ecológicos — possam ser, com sucesso, desviadas dos candentes problemas sociais e políticos. Africanos, asiáticos e latino-americanos (especialmente estes últimos) não devem se multiplicar como lhes aprouver (...) dado que o desequilíbrio demográfico poderia resultar em 'tensões ecológicas intoleráveis'. Em termos claros, poderia até por em perigo a relação social de forças prevalecentes. Analogamente, as pessoas deveriam esquecer tudo sobre as cifras astronômicas despendidas em armamentos e aceitar cortes consideráveis em seu padrão de vida, de modo a viabilizar os custos da 'recuperação do meio ambiente': isto é, em palavras simples, os custos necessários à manutenção do atual sistema de expansão da produção de supérfluos" (Mészáros, 1987: 19-20).

Em suma, o que pretendem os países capitalistas avançados, através de um conjunto de tecnologias cuja função é preservar o perfil ecológico já existente é o congelamento das desigualdades sócio-econômicas, tendo por signo maior a questão ambiental, o chamado "futuro comum" que reserva, no máximo, algum tipo de proteção para os países hegemônicos.

O "caráter universal do desenvolvimento das forças produtivas", pelo qual "o tempo anulou o espaço" (Marx, 1975b: 67), expressa a especificidade de uma forma de apropriação da natureza que é privada. O metabolismo estabelecido pelo capital em sua relação com o meio ambiente pressupõe riscos ambientais crescentes, inerentes a um modo de produção que necessita destruir a natureza para transformá-la em mercadoria. A água, o solo, a vegetação, entre outros elementos, a partir do momento em que são contaminados, poluídos e depredados, justificam sua transformação em bens destinados ao mercado.

Por isso, a reprodução deste sistema não sugere processos revitalizantes, posteriores ao esgotamento dos ciclos biológicos vitais dos ecossistemas. Se foi possível ao mundo mediterrâneo, à antiga *oikoumene*, recuperar-se da devastação promovida pelo imperialismo romano, o mesmo não parece possível para nós, caso a moderna *oikoumene* da economia de mercado continue sua reprodução.

O caráter planetário da economia de mercado articulou pela primeira vez na história uma Divisão Internacional do Trabalho. Os "compromissos ambientais" da Divisão Internacional do Trabalho não podem ser entendidos separadamente das diretrizes gerais do sistema. Ou seja, ela incorpora compromissos que são "desiguais e combinados". As relações entre o Norte desenvolvido e o Sul subdesenvolvido, do ponto de vista ambiental, não escapam do processo caracterizado pelo "deslocamento constante das bases técnicas da dependência e não pela sua ruptura" (Dowbor, 1981: 69).

Neste sentido, o predomínio do privado sobre o coletivo, do artificial sobre o natural, do tempo sobre o espaço, do que é mundial sobre o que é

local, induziram recolocações e concentrações desigualmente integradas dos recursos, técnicas e diretrizes voltadas para a apropriação do espaço e do meio ambiente.

Em conseqüência, os riscos das operações que mediatizam a relação do capital com o meio ambiente são desigualmente distribuídos[3] e, nesta divisão desigual, os maiores ônus são destinados aos segmentos periféricos do sistema. Não se trata, como poderia parecer, de um processo geograficamente circunscrito ao Terceiro Mundo, pois Primeiro e Terceiro Mundo intercalam-se em todos os países. Temos um Primeiro Mundo do Terceiro e um Terceiro Mundo do Primeiro.

Em termos planetários, essas características sugerem a transferência "de núcleos industriais poluidores para regiões de mão-de-obra barata e de farta energia e matéria-prima" (Chiavenato, 1981: 79). A energia, que vai escasseando ou encarecendo nos países mais ricos, está incorporada pelos países periféricos, via transplante de processos eletrointensivos (consumidores de muita energia), como no caso do processamento da bauxita para a produção de alumínio que, além disso, é extremamente poluente.

Esta divisão do trabalho incorpora ainda a instrumentalização dos desníveis regionais existentes no âmbito do próprio Sul, consubstanciados, por exemplo, no aproveitamento da mão-de-obra de trabalhadores imigrantes de Bangladesh, Paquistão e Filipinas, para os "trabalhos sujos" nos países do Golfo e em "subimperialismos", como no caso da política de satelização do Paraguai, pelo regime militar brasileiro, via hidrelétrica de Itaipu.

Primeiro e Terceiro Mundos mostram situações diferentes, mas complementares em sua desigualdade. Enquanto nos países centrais nota-se crescente avanço da agricultura orgânica, da reciclagem do lixo, do questionamento da incineração como forma de tratamento final dos resíduos sólidos, da luta contra o lixo tóxico, contra as indústrias poluentes e/ou eletrointensivas, o contrário ocorre no Terceiro Mundo.

Os incineradores, construídos pelas mesmas firmas que antes exportavam usinas nucleares (como a Siemens e a KWU), agora são exportados para os países periféricos. Essas imensas usinas de incineração geram como subproduto a *dioxina*, considerada a mais violenta substância criada pelo homem, com grau de periculosidade que ultrapassa tanto o urânio quanto o plutônio[4].

3 Ver SANTOS, Milton. *Metamorfoses do Espaço Habitado — Fundamentos Teóricos e Metodológicos da Geografia*. São Paulo, HUICITEC, 1988; SCHILLING, Paulo e CANESE, Ricardo. *Itaipu — Geopolítica e Corrupção*. Série Dívida Externa, vol. 3, CEDI, Rio de Janeiro/São Paulo, 1991: CHIAVENATO, Júlio J. *Geopolítica, Arma do Fascismo*. São Paulo, Global, 1981; DOWBOR, Ladislau. *A Formação do Terceiro Mundo*. São Paulo. Brasiliense, 1981; VIANNA. Aurélio (org.) *Hidrelétricas, Ecologia e Progresso*. CEDI, São Paulo/Rio de Janeiro, 1990.

4 Cf. "Dioxina: o Derradeiro Alerta". In *Proteção*, (11), vol. 3.

Recusadas nos países hegemônicos, seu custo é amortizado pela exportação, transformando essa sucata tecnológica em dívida externa dos compradores.

Além disso, acentua-se a tendência de transplantar processos eletrointensivos, como no caso do pólo de alumínio do Maranhão, para o qual foi construída a hidrelétrica do Tucuruí (custo de US$ 8 bilhões) e fornecidos subsídios anuais da ordem de US$ 1 bilhão, por conta da venda de energia por um terço do preço de custo (CESE, 1989: 22/24). Ademais do prejuízo econômico, grande trecho do rio Tocantins foi destruído, comprometendo para sempre a vida das populações locais.

De resto, o transplante de maquinário poluente, recusado nos centros avançados da acumulação capitalista, justificando a chamada "industrialização retardatária" dos países periféricos, assegura taxas inéditas de poluição.

Todavia, nos últimos quinze anos, foi estruturado um arcabouço teórico cuja grande preocupação é a legitimação de uma espécie de "Capitalismo Verde", que funcionaria como contrapartida aceitável ao capitalismo "predatório", da mesma forma que o capitalismo "moderno" dos neoliberais seria contraposto ao capitalismo "selvagem": sua meta é a "construção de pontes entre ambientalistas e os grandes grupos econômicos" (Aveline, 1990: 14).

Esse "capitalismo verde", ao não questionar formas de produção, paradigmas econômicos e modelos de consumo, legitima o *consumismo verde*, procurando contemporizar uma modalidade de consumo, que é perdulária, com uma obscura "preocupação ambiental". Para os defensores dessa posição, a defesa da ecologia consiste, por exemplo, na fabricação de carros que "poluam menos" e não na defesa da melhoria do transporte coletivo. Propõe métodos de reciclagem e recuperação de matérias-primas, mas não produtos com maior coeficiente de durabilidade, e assim por diante[5].

O "capitalismo verde" passa a ser o objetivo de todos aqueles que, embora discordando da degradação ambiental, não questionam o modo de produção, valores e relações de poder existentes nesta mesma sociedade. E a ele associa-se o ecologismo institucional. Ligado ao aparato do Estado, o ecologismo institucional é irmão siamês das práticas ecocapitalistas dominantes no plano dos movimentos ecológicos. Daí o forte entusiasmo com que foram recebidas algumas declarações altissonantes de princípio sobre a biodiversidade, por exemplo, na ECO-92, centradas no modelo abstrato de um desenvolvimento "controlado" ou "sustentável". Mas, como sublinha Mészáros "(...) o que está em causa não é *se* produzimos ou *não* sob *alguma* forma de controle, mas sob que tipo de controle; dado que as condições atuais foram

5 A propósito, ver NETTO, José Paulo, op. cit.; MANDEL, Ernest. *Socialismo X Mercado*. São Paulo, Ed. Ensaio, 1991: Mészáros, István. *Produção Destrutiva e Estado Capitalista* e *A Necessidade do Controle Social*. São Paulo, Ed. Ensaio, 1988 e 1987, respectivamente.

produzidas sob o 'férreo controle' do capital que nossos políticos pretendem perpetuar como força reguladora fundamental de nossas vidas" (Mészáros, 1987: 23).

Atrelada à ordem capitalista, a defesa do meio ambiente, nesses termos, assume um conteúdo tão inodoro e inofensivo quanto certas dietas alimentares. Propondo, no máximo, medidas paliativas e pontuais, é evidente seu descompromisso com uma reformulação efetiva da relação homem/natureza, pois em seu cerne abriga interesses secularmente predatórios.

Afinal, foi criticando a retórica idealista e abstrata com a qual Feuerbach determinava a relação entre o homem e a natureza que Marx abordou a questão no início dos anos 40 do século passado: "Marx compreendeu perfeitamente, já naquela altura, que uma reestruturação radical do modo prevalecente de intercâmbio e controle humano é o pré-requisito necessário para um controle efetivo das forças da natureza, que são postas em movimento de forma cega e fatalmente autodestrutiva, precisamente em virtude do modo predominante, alienado e reificado de intercâmbio e controle humanos. Causa, portanto, pouca surpresa o diagnóstico profético de Marx ser considerado pelos atuais apologistas do sistema de controle estabelecido como nada mais do que um 'anacronismo paroquial'" (Mészáros, 1987: 22).

Com essa discussão abreviada da questão ambiental, apenas desejei assinalar a vinculação teoricamente espúria (embora ideológica e politicamente conseqüente) entre o tratamento abstrato da referida questão e a forma igualmente abstrata com que são percebidas e analisadas as relações jurídicas referentes à proteção ambiental, tema da segunda parte deste artigo.

Antes, porém, uma observação final no quadro destas anotações demarcatórias sobre a questão ambiental: como propor a defesa da Floresta Amazônica excluindo a questão da violência rural, da reforma agrária e da demarcação das terras indígenas? No caso das concentrações urbanas, como pretender a defesa dos ciclos hidrológicos dos rios, reservatórios de água potável, sem considerar que a degradação ambiental do meio urbano é, em última análise, o resultado de uma forma de "especialização" que atende exclusivamente aos interesses privados?

II — O Direito Ambiental no Desenvolvimento Capitalista Periférico

De acordo com Mészáros, "a idéia muito difundida de que o marxismo é um reducionismo econômico grosseiro, segundo o qual o funcionamento do sistema jurídico é determinado direta e mecanicamente pelas estruturas econômicas da sociedade, representa uma interpretação liberal da rejeição radical de Marx à concepção liberal de lei" (Mészáros, 1993: 204). A objeção principal de Marx diz respeito à contradição fundamental entre os "direitos

do homem" e a realidade da sociedade capitalista, onde se crê que esses direitos estejam implementados (*Id., ibid.*). Em outras palavras, o que Marx decididamente rejeita é o "fetichismo jurídico", isto é, a ilusão da esfera dos direitos como independente e auto-regulada.

Ilusão jurídica que merece a contestação de Roberto Aguiar, nos seguintes termos: "Dentre outras noções que percorrem a doutrina jurídica, podemos ressaltar aquela segundo a qual o objetivo da lei é a harmonia social, a mediação neutra dos conflitos emergentes numa dada sociedade. Mas o que está claro é que o direito intermedia conflitos segundo os valores do 'legislador' que pertence a grupos que detêm, por meio do poder, o *munus* de legislar. Logo, torna-se evidente que o direito não é imparcial, ele é sempre parcial, por traduzir a ideologia do poder legiferante" (Aguiar, 1990: XVII).

A rejeição marxiana da "ilusão jurídica", segundo a qual "a lei se baseia na vontade e, de fato, na vontade divorciada de sua base real — na vontade livre" (Marx, K. & Engels, F., 1965: 78) — procura identificar a natureza real do sistema jurídico, precisamente no sentido de compreender as determinações reais que emergem do próprio sistema jurídico e afetam as atividades vitais de todos os indivíduos. Não se trata, contudo, de reducionismo econômico, uma vez que os vários fatores legais não são unilateralmente determinados pela base material, mas agem também como determinantes poderosos no sistema global de interações complexas (Mészáros, 1993: 208-209). Aliás, como aponta Mészáros: "A 'ilusão jurídica' é uma ilusão não porque afirma o impacto das idéias legais sobre os processos materiais, mas porque o faz ignorando as *mediações materiais* necessárias que tornam esse impacto totalmente possível. As leis não emanam simplesmente da 'vontade livre dos indivíduos', mas do processo total da vida e das realidades institucionais do desenvolvimento social-dinâmico, dos quais as determinações volitivas dos indivíduos são partes integrantes" (*Id. Ibid:* 210).

Mas não é apenas a crítica apoiada na teoria social marxiana que sustenta a denúncia da chamada "crise do direito"; ao contrário, esta "crise" pode ser percebida no fato de que os próprios juristas burgueses já assumem consciência da crescente superação de seus instrumentos jurídicos tradicionais pelas demandas sociais[6]. Por outro lado, como o sistema jurídico burguês, assentado na filosofia jurídica do século XIX, integra-se na dominância do sujeito de

6 Para uma discussão mais pormenorizada ver AGUIAR, Roberto A.R. de *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo, Alfa-Omega, 1990; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso F., *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, 1991; ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.) *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo, Acadêmica, 1990; IAB-*Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito*. Rio de Janeiro, junho/93.

direito, *no indivíduo e na sua individualidade*, os mecanismos jurídicos são, portanto, mecanismos aptos a administrar a vocação individualista do sistema legal e, ao mesmo tempo, assegurar a participação coletiva dentro dos limites do próprio direito burguês. A contradição torna-se evidente, na medida em que há uma necessidade concreta de institucionalizar as novas formas de conflito social e, por outro lado, os instrumentos jurídicos tradicionais são incapazes de dar conta dessas novas realidades (Antunes, 1990: 3).

Neste sentido, o surgimento de um novo protagonista, o *sujeito coletivo*, isto é, as coletividades onde se elabora uma identidade e se organizam práticas mediante as quais seus membros pretendem defender seus interesses e expressar suas vontades, constituindo-se nessas lutas (SADER, 1988), evidencia ainda mais nitidamente a necessidade de reformular a noção do Estado como única fonte do direito, "mesmo que essa noção tenha o condão de tornar mais inteligível e mais lógica a explicação do direito" (Aguiar, 1990: 47).

Em suma, como observam Faria e Campilongo: "O aparecimento de movimentos sociais crescentemente organizados, desafiando a rigidez lógico-formal dos sistemas jurídico e judicial mediante a politização de questões aparentemente técnicas, procurando assim criar novos direitos a partir de fatos políticos, tem aberto caminho para práticas contraditórias que comprometem o ordenamento vigente a partir da discussão de problemas específicos" (1991: 14).

À noção axial do Direito moderno, o *sujeito de direito*, "a partir da qual a pessoa humana que lhe serve de referência antropológica se individualiza na estrutura abstrata da relação jurídica" (SOUZA JÚNIOR, 1991: 137), contrapõem-se, no âmbito da disputa judicial, os novos sujeitos coletivos, num quadro marcado pelo paradoxo entre uma crescente demanda de justiça, por parte dos diversos setores da sociedade e uma proporcional perda da eficácia e operacionalidade dos mecanismos institucionais de gestão das tensões e dos antagonismos de interesses (Faria e Campilongo, 1991: 20-21).

A presença desses sujeitos coletivos como novos protagonistas das relações sociais contemporâneas impõe ao direito um esforço de ultrapassagem e superação de concepções ancoradas no século passado, manifestações da predominância do individualismo nos sistemas jurídicos do mundo ocidental. Daí, a relevância das questões teóricas embutidas na discussão doutrinária sobre os *interesses difusos*.

Vale observar, entretanto, que os interesses difusos, "ao contrário do que ocorre com os direitos tradicionalmente considerados, não surgem em momento de afirmação da ordem burguesa — como os direitos humanos de primeira geração — ou, como no caso dos direitos sociais em momento em que a expansão capitalista, após a Primeira Grande Guerra, se viu contestada pelos fortes movimentos operários e populares, politicamente representados

por partidos políticos socialistas. *As reivindicações operárias e populares criaram uma segunda geração de direitos humanos, que surge em um período no qual as contradições de classe no interior dos estados nacionais se mesclam com contradições entre países com sistemas sócio-econômicos diferentes, em que o potencial de destruição dos arsenais nucleares cria uma ameaça efetiva à sobrevivência da raça humana, em um momento em que a produção capitalista já se expandiu a um nível tão espetacular que o seu lixo se transforma em uma ameaça ao meio ambiente, à saúde, enfim, ao ser humano considerado enquanto tal*" (ANTUNES, 1990: 17 — grifos nossos).

Em resumo, os "interesses difusos" não surgem por mero acaso, mas como decorrência de um determinado conjunto de transformações que ocorreram nas formações sociais capitalistas, isto é, são portadores de uma historicidade e se inscrevem no próprio processo da "crise de legitimação do capitalismo" (Habermas, 1980). Não se trata, como no processo de elaboração do *direito social*, de reivindicações coletivas apresentadas por um sujeito de direito claramente definido (o sindicato), não representando, assim, qualquer ameaça de transformação substancial nos mecanismos jurídicos; trata-se, agora, de retomar um dos temas recorrentes do direito — interesse público x interesse privado — e verificar a relação possível entre os novos conflitos sociais e os instrumentos jurídicos disponíveis capazes de responder à necessidade concreta de institucionalização dessas formas de conflito social.

É oportuna a observação de Capelletti: "Para entender perfeitamente o tema é preciso, antes de tudo, abandonar os esquemas dogmáticos e puristas. É necessário entender-se a questão social, primeiro. *Pois a questão social está na base dos interesses difusos*. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e sua nova, mas já enorme e crescente importância na sociedade contemporânea, então compreenderemos porque este tema tem sido negligenciado e obscurecido pelos juristas" (1985: 15 — grifos nossos).

Percebe-se, mesmo considerando a inefável vagueza do conceito de "questão social", presente em diversos textos jurídicos semelhantes ao de Capelletti, o conflito subjacente entre a ideologia política liberal mais ortodoxa e suas derivações contemporâneas orientadas pela perspectiva de construção de um ordenamento jurídico em bases um pouco mais democráticas, na medida em que não são perceptíveis as divergências substantivas quanto à necessidade de "solução pacífica" dos conflitos de interesses difusos e de sua tutela pelo ordenamento jurídico (GRINOVER, 1984: 31).

Em outras palavras, trata-se da dificuldade de solucionar de forma *juridicamente aceitável* para a ordem burguesa conflitos de interesses que ultrapassam as possibilidades de intervenção dos procedimentos judiciais e mecanismos jurídicos que sustentam esta mesma ordem. Como assinala José Reinaldo de Lima Lopes: "Nas últimas décadas houve a expansão dos textos

constitucionais com a elevação de diversos temas à categoria de direitos constitucionais. No estado de bem-estar os direitos sociais vêm juntar-se aos direitos individuais. No Brasil em particular assistimos a duas ondas simultâneas de judicialização: conflitos envolvendo os novos direitos (lutas por moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo a efetiva aplicação dos antigos direitos em novos contextos (a luta contra a discriminação étnica, de cor, sexual — de mulheres e homossexuais —, religiosa, política). O que está em jogo é o conjunto de instituições básicas da sociedade: leva-se ao Judiciário o conflito entre projetos distintos de instituição social, uns conservando as discriminações sociais e pessoais, outros propondo uma sociedade menos excludente e opressiva" (1994: 26).

Por outro lado, como adverte Antunes, "é preciso estarmos atentos ao fato de que as reivindicações coletivas e de massa, na sociedade capitalista em sua atual etapa de desenvolvimento, não são *necessariamente* reivindicações progressistas e democráticas. Isto porque a crise de legitimação do estado burguês atinge a todos os setores sociais, que por isso buscam forma de expressão que nem sempre são as tradicionais" (ANTUNES, 1990: 24).

A propósito, vale demarcar uma questão relevante: o estabelecimento de uma relação direta entre sociedade civil e Estado, com esquecimento da peculiaridade da forma e do conteúdo deste último na sociedade capitalista. Em outros termos, há o risco de se esquecer que a sociedade civil, *enquanto tal*, é o lugar por excelência da reprodução da exploração econômica e da dominação política.[7]

Neste sentido, deve-se ressaltar que os novos ramos do direito — entre os quais se alinha o Direito Ambiental —, não significam uma proposição de ruptura com a configuração vigente do direito na sociedade capitalista, mas tão-somente uma tentativa de compatibilizar este direito com novas questões, buscando uma solução de compromisso para as mesmas.

Aliás, basta verificar o teor do artigo 170 da Constituição Federal para constatar, sem a menor dificuldade, que os princípios enunciados nos nove incisos do referido artigo têm por finalidade garantir o funcionamento har-

7 Do ponto de vista jurídico, considero importante a leitura de ENGELS, F. e KAUTSKY, K. *O Socialismo Jurídico*. São Paulo, Ensaio, 1991; MIAILLE, Michel. *El Estado del Derecho*., Universidad Autónoma de Puebla, 1985 e *Une introduction critique au Droit*. Paris, Maspero, 1976; DUJARDIN, Philippe e MICHEL, Jacques. *Marx et la question du Droit*. Maspero, 1978; BOURJOL, Maurice; JEAMMAUD, Antoine e JEANTIN, Michel. "Le droit bourgeois en dépassement". *Pour une critique du Droit*. Maspero-Presses Universitaires de Grenoble, 1978; SCHÖTTLER, Peter. "Friedrich Engels and Karl Kautsky as Critics of 'Legal Socialism'", in *International Journal of the Sociology of Law*, 14, 1986; EDELMAN, Bernard. *O Direito Captado pela Fotografia (Elementos para uma Teoria Marxista do Direito)*. Coimbra, Centelha, 1976.

mônico da ordem econômica e não propriamente defender o meio ambiente, a despeito do possível argumento de que o art. 225, especificamente voltado para o meio ambiente, seria mais abrangente e não estaria subordinado aos princípios que regem a ordem econômica (ANTUNES, 1990: 25).

Ainda no terreno de questões essencialmente jurídicas (ou, como preferem alguns), questões "técnicas", convém não esquecer que o simples reconhecimento de um direito não constitui garantia do seu exercício, ocorrendo a interferência de problemas como aqueles referentes à própria estrutura organizacional do Poder Judiciário e "a sua capacidade de se modificar de aparelho para julgamento de questões, em essência, individuais, em aparelho capaz de julgar demandas coletivas" (ANTUNES, 1990: 26).

É certo que a atual Constituição Federal dotou o meio ambiente da condição jurídica de "bem de uso comum do povo" (art. 225), atribuindo à coletividade e ao próprio poder público o dever de zelar pela sua proteção e preservação, mas vale registrar, por outro lado, que na Lei federal 6.938 de 31-8-81, o meio ambiente também já era considerado como "patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo" (art. 2, I), condição jurídica referendada, de forma explícita, pela Lei 7.347, de 24-7-85, 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 complementada pelo Decreto 92.302 de 16-1-1986, que *regulamenta o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados de que trata a Lei 7.347.* Entretanto, como observa João Batista Petersen Mendes, "não basta que hajam leis formalmente satisfatórias mas que a sua principiologia seja recepcionada pelos aplicadores para que elas tenham justas e palpáveis conseqüências. Infelizmente, conforme tem sido observado, isso não está acontecendo, pois as mentes conservadoras de juízes, promotores, advogados e o imobilismo dos cidadãos não deixam expandir os ideários 'revolucionários' do processo como instrumento de conquistas sociais. Daí, muitas dessas leis que tratam dos interesses difusos não são aplicadas como deveriam" (MENDES, 1994:60).

A propósito deste problema, vale a pena mencionar a estimulante análise desenvolvida por Eros R. Grau — apoiada na proposição de que o texto constitucional de 1988 não foi produzido senão para propiciar a restauração da *ideologia jurídica*[8] entre nós — sobre o problema da *efetividade material* das decisões judiciais que imponham ao Estado a realização de políticas

8 "Ideologia Jurídica" é aqui empregada naquele sentido atribuído por André-Jean Arnaud de crença nas virtudes do Direito; sua força é a de assegurar a reprodução dos tipos de interação jurídica previstos por quem diz o Direito (cf. ARNAUD, André-Jean. *Critique de La Raison Juridique*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 401-406).

públicas e do seu descumprimento: "não tinha mais como recusar, o Poder Judiciário, *efetividade jurídica* ou *formal* aos direitos a que nos referimos [direitos e garantias fundamentais]; por isso lhes era esta (*efetividade formal*) conferida; mas lhes era recusada *efetividade material* e, por isso mesmo — porque lhes era negada esta última — resultaram eles dotados de *eficácia*; pois é certo que alguns deles foram institucionalizados exclusivamente para que não viessem a ser realizados" (GRAU, 1991: 304).

A Constituição "Cidadã", tão ufanisticamente saudada pelos corifeus da ordem neoliberal, abriga coerentes ambigüidades categoriais como, por exemplo, "interesses coletivos" e "interesse social", que se inscrevem no objetivo de legitimação do poder exercido pelos representantes institucionais da sociedade, em detrimento da *soberania popular*, aliás reconhecida nominalmente no art. 14 do referido texto constitucional.

Mas é precisamente o tipo de *abertura formal* que caracteriza a legislação ambiental brasileira, bastante recente, por sinal, que desperta o entusiasmo e a esperança de militantes e defensores do direito ambiental. Mário Fuks, por exemplo, ao comentar sobre os direitos, bens e interesses protegidos na Lei 7.347/85, afirma: "Com certeza, este é um dos aspectos mais férteis e complexos do direito ambiental, a partir do qual podemos pensar a respeito das potencialidades que a luta em defesa da preservação do meio ambiente encontrará na esfera institucional. O recente e controvertido surgimento, no campo jurídico, desse sujeito social não determinado é um dado extremamente relevante, que merece consideração. *A implicação política das mudanças no direito moderno que possibilitaram a inclusão de sujeitos cada vez menos individualizados tem sido a criação de condições para o surgimento de novas formas de sociabilidade.* Isso significa que o *status quo* liberal, centrado no indivíduo e no mercado, torna-se vulnerável, cedendo espaço aos ideais originários da convivência republicana, de acordo com os quais a atividade política, entendida como empenho coletivo de realização dos interesses públicos, constitui o eixo de estruturação da vida social" (in GOLDENBERG, 1992: 126-127 — grifos nossos).

Imbuído de toda a ideologia jurídica, Paulo Affonso L. Machado, ao examinar as sanções estabelecidas para os crimes contra o meio ambiente na Constituição Federal de 1988, afirma que "foi dado um passo decisivo na responsabilidade penal, pois foi superada a fronteira da exclusiva responsabilidade penal da pessoa física para ser abrangida a pessoa jurídica como sujeito ativo do ilícito penal" (MACHADO, 1991: 29).

Todavia, a responsabilização criminal dos poluidores e degradadores do meio ambiente é questão internacionalmente controvertida e, em nosso caso, parece procedente a observação de Paulo de Bessa Antunes sobre a necessidade de uma revisão dos conceitos tradicionais de liquidação dos danos

ambientais, para assegurar um efetivo cumprimento da norma constitucional (ANTUNES, 1990: 109), embora não seja este, a meu ver, o ponto fundamental da questão, na medida em que o dano ecológico nem sempre pode ser objeto de conversão pecuniária e certamente o ressarcimento em valor não resolve o problema criado e, além disso, em muitos casos, verifica-se a impossibilidade material da reparação ou reconstituição das áreas atingidas.

Ainda sobre o entusiasmo de juristas, ecologistas e militantes bem-intencionados do ambientalismo com as novas características e os instrumentos jurídicos introduzidos na Constituição de 1988, cabe assinalar que "dada a própria indefinição conceitual e, por conseqüência, as enormes dificuldades legais para um adequado enquadramento do tema, podemos lembrar que os interesses difusos tem capacidade para abarcar esperanças e anseios extremamente contraditórios entre si. Ainda que seja possível identificar nos interesses difusos um forte traço democrático e de participação popular na gestão de problemas que, anteriormente, poderiam ser considerados como meramente estatais, no entanto, devido à falta de base social que defina minimamente os contemplados pela proteção de que estamos falando, não é exagero dizer que os interesses difusos podem agasalhar, até mesmo, pretensões claramente reacionárias" (ANTUNES, 1990: 23).

Por outro lado, como indica Prade, o ponto nevrálgico da problemática dos interesses difusos reside na necessidade de instituição de modalidades novas, eficazes e coletivas para a sua proteção jurisdicional, bem como na dificuldade da utilização dos meios de natureza processual-constitucional (ou mesmo infraconstitucional pois a Lei 7.347/85 é de alcance limitado, uma vez que apenas a ação popular tende, eventualmente, a ser considerada viável para resguardá-los, rejeitando-se o mandado de segurança, no entanto, em virtude de sua reconhecida inadequação, especialmente pelo fato de restringir-se ao amparo de um direito individual (próprio) líquido e certo.

A observação procede porque a estrutura clássica do processo civil, concebida para um mundo predominantemente agrário, instrumentalizou tão-somente modelos aptos à composição de litígios individuais, esquematizados em função da contraposição indivíduo *versus* indivíduo ou indivíduo *versus* autoridade.

Esses instrumentos processuais de cunho individualista hoje se revelam inadequados para tutelar situações de diferente perfil, como as que encerram, em seu âmago, uma *conflituosidade abrangente* decorrente de "lesões disseminadas e mal circunscritas".

Em síntese, porque visceralmente arraigados ao individualismo, as instituições e princípios básicos do processo civil clássico são apontados como grande obstáculo à efetiva tutela desses interesses (PRADE, 1978: 67-69).

Não se trata, contudo, de mera questão *técnica*, mas de questão efetivamente *política*. Habermas, especialmente no curso de sua análise da chamada "crise de legitimação" do capitalismo tardio, observa que, diante das crises, o Estado tem de cumprir funções que não se pode explicar mediante a invocação das premissas da existência contínua de modo de produção, nem deduzir-se do movimento imanente do capital. A fim de constituir e preservar o modo de produção, o Estado garante o sistema de Direito Civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis — jornada especial de trabalho, estabilização do sistema monetário, etc. Para complementar o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições no direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem porém conturbar a dinâmica do processo de acumulação (HABERMAS, 1980: 69-74).

É preciso atentar para o fato, cujas implicações teóricas são, aliás, importantíssimas, de que nesse quadro, o Direito perde o caráter de Direito burguês *puramente formal*, convertendo-se em uma espécie de *moral política universal* (*id., ibid*).

O sistema jurídico não apenas instrumenta, enquanto componente do modo de produção capitalista, a atuação dos agentes econômicos no mercado, mas também passa a instrumentar a atuação do Estado, seja para o exercício de sua influência, sob o pretexto de superação das crises, nos processos de mercado, seja para a realização de certos objetivos de política social[9].

Daí a teoria da *dupla instrumentalidade* introduzida por Norbert Reich, fundamentada teoricamente nas premissas analíticas de Habermas e Offe (REICH, 1985). Dupla instrumentalidade que engendra, por sinal, uma falsa imagem de "crise do Direito".

Falsa crise, aliás, porque "o fetichismo da norma e da pessoa unidos sob a definição de direito faz esquecer que a circulação, a troca e as relações entre coisas, entre objetos são exatamente os mesmos da produção e da circulação capitalistas (...) no mundo do direito tudo parece passar-se entre pessoas: as

9 Para uma adequada análise dessas questões ver, entre outros MENEZES, Maria Thereza C.G. de *Em Busca da Teoria: Políticas de Assistência Pública*. São Paulo, Cortez Editora, 1993: OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo, Brasiliense, 1989; MATHIAS, G. e SALAMA, P. *O Estado Superdesenvolvido: das Metrópoles ao Terceiro Mundo*. São Paulo, Brasiliense, 1983; MANDEL, Ernest. *A Crise do Capital*. São Paulo, Ensaio, 1990; VACCA, Giuseppe. "Estado e Mercado, Público e Privado" in *LUA NOVA*, Set. 91, nº 24; NAVARRO, Vicente. "Welfare e 'Keynesianismo Militarista' na Era Reagan", in LUA NOVA, set. 91, (24); GEORGE, V. e WILDING, P. *Ideology and Social Welfare*. Londres, Routledge and Kegan Paul, 1986; PRZEWORSKI, Adam, *Capitalismo e Social-Democracia*. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

que mandam e as que obedecem, as que possuem, as que trocam, as que dão, as que concedem. Tudo parece ser objeto de decisão, de vontade, numa expressão, política de razão. Jamais aparece a densidade de relações que não são desejadas, de coisas às quais os homens estariam ligados, de estruturas coercitivas mas invisíveis" (MENEZES, 1993: 15-16).

Por isso, o *movimento da crítica jurídica* tem a virtude de superar a visão do Direito como simples reflexo da economia, absorvendo a orientação marxiana, segundo a qual as normas jurídicas não podem ser entidades por si mesmas, pois estão enraizadas nas condições materiais de existência e — considerando que o Direito intervém na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção — as representam através da dimensão ideológica (JEAMMAUD, 1986: 50-51).

Dimensão ideológica que permite um processo de institucionalização da questão ecológica inteiramente vinculado aos interesses hegemônicos determinados pelas necessidades de adequação do Estado capitalista às novas demandas sociais que o pressionam e constituem fonte de tensões políticas indesejáveis à consecução de seus objetivos.

Se, por um lado, não podemos ignorar que o tratamento da questão ecológica vem sendo atualmente institucionalizado e "domesticado", havendo inclusive uma corrente muito forte entre os próprios ecologistas que tenta transformar a questão ambiental em problema exclusivamente técnico, tornando-a, assim prisioneira do que pretende questionar (GONÇALVES, 1989: 143), por outro lado, também não há como esquecer que a efetividade e a eficácia das normas jurídicas de proteção ambiental, em boa parte instituídas sob a ótica de uma gestão "moderna" do processo de acumulação capitalista — perspectiva que fundamenta a Constituição Federal de 1988 —, não articulam de forma minimamente consistente as questões ambientais com as formas de dominação estruturadas em nossa formação social, numa demonstração de como a luta pela preservação do meio ambiente incorpora projetos políticos pelos quais o capital depreda e polui, ficando o poder público encarregado de "recuperar a natureza", tarefa que requer, como é sabido, *instrumentos e institutos jurídicos adequados e competentes.*

Para concluir este ensaio meramente introdutório, recorro novamente ao pensamento de Marx:

"Quando a sociedade atingir uma formação social superior, a propriedade privada de certos indivíduos sobre parcelas do globo terrestre parecerá tão monstruosa como a propriedade de um ser humano sobre outro. Mesmo uma sociedade inteira não é proprietária da terra, nem uma nação, nem todas as sociedades de uma época reunidas. São apenas possuidoras, usufrutuárias dela, e como *boni patres familias* (bons pais de família), têm de legá-las, melhoradas, às gerações futuras" (MARX, 1975: 887).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A.R.de. *O Que é Justiça — uma Abordagem Dialética.* São Paulo, Alfa-Omega, 1982

_____. *Direito, Poder e Opressão.* São Paulo, Alfa-Omega, 1990.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *Direito da Natureza no Brasil.* Rio de Janeiro, Liber Juris, 1992.

ARNAUD, André-Jean. *Critique de La Raison Juridique.* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.) *Lições de Direito Alternativo.* São Paulo, Acadêmica, 1990.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental.* Rio de Janeiro, Renovar, 1990.

BLACKBURN, Robin (org.) *Depois da Queda. O Fracasso do Comunismo e o Futuro do Socialismo.* Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª ed., 1992.

BOURJOL, Maurice, JEAMMAUD, Antoine e JEANTIN, Michel, "Le droit bourgeois en dépassement" *Pour une critique du Droit.* Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978.

CALLINICOS, Alex. *A Vingança da História. O Marxismo e as Revoluções do Leste Europeu.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1992.

CASTORIADIS, C. e COHN-BENDIT, D. *Da Ecologia à Autonomia.* São Paulo, Brasiliense, 1983.

CAPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça". In *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, 1985, vol. 1, nº 18.

CONTI, Laura. *Capital, Trabalho e Meio Ambiente.* São Paulo, HUICITEC, 1986.

CHIAVENATO, Júlio J. *Geopolítica, Arma do Fascismo.* São Paulo, Global, 1981.

DUJARDIN, Philippe e MIGUEL, Jacques. *Marx et la Question du Droit.* Paris, Maspero, 1978.

DOWBOR, Ladislau. *A Formação do Terceiro Mundo.* São Paulo, Brasiliense, 1981.

DURAND, André. "Ecologia e Marxismo", in *Estudos*, nº 10, USP, São Paulo, abril de 1989.

EDELMAN, Bernard. *O Direito Captado pela Fotografia (Elementos para uma Teoria Marxista do Direito).* Coimbra, Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich e KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico.* São Paulo, Ensaio, 1991.

FREDERICO, Celso. *Crise do Socialismo e Movimento Operário.* São Paulo, Cortez Editora, 1994.

FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre, Sergio A, Fabris, 1991.

GOLDENBERG, Mirian (Coord.) *Ecologia, Ciência e Política*. Rio de Janeiro, Revan, 1992.

GONÇALVES, Carlos Walter P. *Os (Des)Caminhos do Meio Ambiente*. São Paulo, Contexto, 1989.

_____. "Notas para uma Interpretação Não-Ecologista do Problema Ecológico" in MOREIRA, Ruy (org.) *Geografia: Teoria e Crítica*. Petrópolis, Vozes, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo, Max Limonad, 1984.

GEORGE, V. e WILDING, P. *Ideology and Social Welfare*. Londres, Routledge and Kegan Paul, 1986.

HABERMAS, Juergen. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980.

KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

_____. *O Retorno de Potemkin: capitalismo de fachada e conflito distributivo na Alemanha*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

LEIS, Héctor R. (org.) *Ecologia e Política Mundial*. Rio de Janeiro, FASE/PUC-RIO/VOZES, 1991.

LEWGOY, Flávio (org.) *Política e Meio Ambiente*. Porto Alegre, Fundação Wilson Pinheiro, 1986.

LOPES, José Reinaldo Lima "Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição" in *Revista USP-Dossiê Judiciário*. (21), março/abril/maio 94.

MANDEL, Ernest. *Socialismo X Mercado*. São Paulo, Ensaio, 1991.

_____. *A Crise do Capital*. São Paulo, Ensaio, 1990.

MATHIAS, G. e SALAMA, P. *O Estado Superdesenvolvido: das Metrópolis ao Terceiro Mundo*. São Paulo, Brasiliense, 1983.

MIAILLE, Michel. *El Estado del Derecho*. Universidad Autônoma de Puebla, 1985.

_____. *Une introduction critique au Droit*. Paris, Maspero, 1976.

MENEZES, Maria Thereza C.G. de. *Em Busca da Teoria: Políticas de Assistência Pública*. São Paulo, Cortez Editora, 1993.

MÉSZÁROS, ISTVÁN. *A Necessidade do Controle Social*. São Paulo, Ensaio, 1987.

_____. *Produção Destrutiva e Estado Capitalista*. São Paulo, Ensaio, 1988.

_____. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social. Ensaios de Negação e Afirmação*. São Paulo, Ensaio, 1993.

MOREIRA, Ruy (org.) *Geografia: Teoria e Crítica*. Petrópolis, Vozes, 1982.

MOSCOVICI, S. *A Sociedade Contra a Natureza*. Petrópolis, Vozes, 1975.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1991.

_____. *Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento*. São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceitos e Legitimidade para Agir*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *The German Ideology*. Londres, Lawrence & Wishart.

MARX, Karl. *O Capital*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975.

MENDES, João Batista Petersen "Ação Civil Pública: A Legitimação da Sociedade Civil Organizada" in *Cadernos de Direito Social*. Rio de Janeiro, UERJ, Ano I, (2), 1994.

NAVARRO, Vicente. "Welfare e 'Keynesianismo Militar' na Era Reagan", in *Lua Nova*, set. 91, (24).

NETTO, José Paulo. *Crise do Socialismo e Ofensiva Neoliberal*. São Paulo, Cortez Editora, 1993.

OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo, Brasiliense, 1989.

OLIVEIRA, Helli Alves de. *Da Responsabilidade do Estado por Danos Ambientais*. Rio de Janeiro, Forense, 1990.

PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1978.

PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e Social-Democracia*. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

PESSOA, Álvaro (Coord.). *Direito do Urbanismo — Uma Visão Sócio-Jurídica*. Rio de Janeiro, IBAM, 1981.

REICH, Norbert. *Mercado y Derecho*. Barcelona, Ariel, 1985.

SADER, Eder. *Quando Novos Personagens Entram em Cena*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

SCHILLING, Paulo e CANESE, Ricardo. *Itaipu-Geopolítica e Corrupção*. Série Dívida Externa, vol. 3, CEDI, Rio de Janeiro/São Paulo, 1991.

SCHÖTTLER, Peter. "Friedrich Engelsand Karl Kautsky as Critics of 'Legal Socialism'" in *International Journal of the Sociology of Law*, (14), 1986.

SANTOS, Milton (org.) *Novos Rumos da Geografia Brasileira.* São Paulo, HUICITEC, 1982.

_____. *Metamorfoses do Espaço Habitado: Fundamentos Teóricos e Metodológicos da Geografia.* São Paulo, HUICITEC, 1988.

VACCA, Giuseppe. "Estado e Mercado, Público e Privado", in *Lua Nova*, set. 91, (24).

VIANNA, Aurélio (org.) *Hidrelétricas, Ecologia e Progresso.* CEDI, São Paulo/Rio de Janeiro, 1990.

A ADOÇÃO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGAIS PARA A ADOÇÃO INTERNACIONAL

TÂNIA DA SILVA PEREIRA

I. *Introdução*

A Adoção é um instituto que conhece antecedentes remotos e foi reconhecida pela maioria das legislações e também em praticamente todas as culturas. Sua evolução se deu tendo em vista novos critérios que resgatam o valor e a dignidade da vida da criança e do adolescente, considerados pessoas susceptíveis de adquirir e exercer direitos.

A Adoção se apresenta, hoje, no Brasil como uma eficiente solução para um problema emergente, também presente em toda a América Latina: o número considerável de crianças abandonadas pelas ruas e o decadente sistema de institucionalização de parte considerável da população infanto-juvenil desassistida.

A institucionalização, questionada entre nós desde a década de setenta, está exigindo um novo e urgente sistema de atuação do Estado e da Sociedade no atendimento desta população carente recolhida às entidades, sem programas de preservação dos vínculos familiares, sem projetos pedagógicos compatíveis e, sobretudo, sem recursos humanos adequados para enfrentar tão difícil realidade.

A Adoção, como um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de paternidade e filiação biológica, não é novidade do Direito Moderno.

Historicamente, merece destaque o Instituto de Adoção no Código de Hamurabi (1728/1686 AC). Neste código procurou o legislador a efetividade como elemento básico na Adoção quando estabeleceu como no art. 185 que

"se um homem livre adotou uma criação desde o seu nascimento e a criou, essa criança não poderá ser mais reclamada"[1].

Embora se tenha notícia da Adoção também no Código de Manú e mesmo na Grécia, dentro da nossa cultura ocidental, o Instituto da Adoção tem sua origem no Direito Romano fundada na "necessidade de satisfazer o instinto paternal, ou de cumprir as exigências do sentimento de solidariedade humana", abandonando a sua vinculação à necessidade de "assegurar um continuador do culto doméstico a quem não tivesse descendentes".

O Direito Romano conheceu três diferentes tipos de Adoção: como ato de última vontade (*adoptio per testamentum*), a Adoção realizada entre interessados em que o adotado capaz se desligava de sua família e se tornava um herdeiro do culto do adotante (*adrogatio*) e, ainda, a entrega de um incapaz ao adotante com a concordância do representante legal do adotado (*datio in adoptionem*).[2]

Estas formas já se simplificaram com Justiniano que editou uma única medida na qual adotante e pai natural compareciam perante o magistrado levando consigo o adotando e perante o magistrado era lavrado o ato de Adoção.

Com a invasão dos bárbaros manteve-se o instituto por motivações diversas, tendo caído em desuso na Idade Média e, sobretudo ignorado pelo Direito Canônico, uma vez que o conceito de família cristã era fundado no matrimônio. Coube ao Direito Francês ressuscitá-lo por inspiração do próprio Napoleão "com olhos já voltados para a sua sucessão" e daí a sua irradiação por todas as legislações modernas.[3]

No Direito Brasileiro o Código Civil de 1916 tratou sistematicamente da Adoção apesar da "Consolidação das leis civis" ter cuidado de maneira superficial do tema nos artigos 1635 e 1640.

Pela redação original do Código Civil podiam adotar os maiores de 50 anos que não tivessem filhos "dados pela natureza", devendo ser de 18 anos a diferença de idade entre adotante e adotado. Era exigido o consentimento dos pais ou tutor ou ainda do próprio adotando no caso de ser maior ou emancipado.

A Lei 3.133/57, introduzindo importantes modificações no Código Civil, reduziu a idade mínima para adotantes de 50 para 30 anos, autorizando a

1 SIQUEIRA, LIBORNI, na obra "Adoção no tempo e no Espaço" — 2ª edição, pág. 7 — Rio de Janeiro — 1991.

2 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA na obra "Instituições de Direito Civil" volume V — pág. 209/10 — 8a. Edição Forense — 1991 — Rio de Janeiro.

3 MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS na obra "Curso de Direito Civil — Direito de Família" pág. 260/1 — 27a. Edição — 1989 — Saraiva.

medida para casais com mais de 5 anos de casados da mesma forma que dar contas de sua administração. Ao adotado foi dado o direito de desligar-se da Adoção após a maioridade ou ao cessar a interdição, admitindo ainda a lei a dissolução do vínculo por acordo e nos casos em que era admitida a deserdação. Excluindo os direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou mesmo reconhecidos, eram mantidos os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, salvo o Pátrio Poder que se transferia ao pai adotivo.

A partir da Lei 4.655/65 foi introduzida no Brasil a LEGITIMAÇÃO ADOTIVA, sem extinguir a Adoção Simples do Código Civil, mantendo a idade mínima de 30 anos para os casais interessados na legitimação.

Autorizou o procedimento antes desta idade desde que o matrimônio tivesse mais de 5 anos e provada a esterilidade e estabilidade conjugal. A medida era concedida por decisão judicial, sempre acompanhada pelo Ministério Público e a sentença definitiva e irrevogável averbada no registro de nascimento da criança, não devendo ser revelado o nome dos pais naturais.

A Lei 6.649/79 (Código de Menores) revogando a Lei 4.655/65, manteve a Adoção Simples do Código Civil passando a vigorar duas formas de Adoção: a PLENA semelhante à Legitimação, e a SIMPLES do Código Civil, extendendo porém o vínculo da Adoção à família do adotante e inscrevendo, inclusive, o nome dos ascendentes dos adotantes, independentemente da concordância deles.

II. *Aspectos Gerais da Adoção Nacional*

A Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 227, § 5º, que a Adoção deveria ser assistida pelo Poder Público na forma da lei, a qual estabeleceria "casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros".

Como uma das formas de COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Adoção está sujeita a princípios gerais nessa lei.

"Sempre que possível" deverá ser promovida a oitiva da criança ou do jovem na determinação da escolha entre a Família Natural e a Família Substituta. No caso específico do Adolescente, este deve comparecer pessoalmente e manifestar sua expressa concordância (art. 45, § 2º.). Sugere-se, inclusive, a antecipação da medida evitando posteriores reversões de espectativas.

Independentemente da situação jurídica anterior da criança ou do adolescente, os pais adotivos passam a desempenhar as mesmas funções da família consangüínea, estando sujeitos às mesmas obrigações e sanções nos casos de maus-tratos e descaso, a exemplo da suspensão ou perda do Pátrio Poder.

Uma vez concedida a medida, são indelegáveis a terceiros e às entidades

governamentais e não-governamentais as atribuições e obrigações dela decorrentes (art. 3º-ECA). O filho, uma vez adotado, deve ficar sob a guarda e cuidados diretos de seus pais.

Ao estabelecer no art. 28, § 2º, como critério de preferência, a indicação de pessoas vinculadas por parentesco ou relação de afinidade ou de afetividade, quis o legislador dar primazia à manutenção do adotando no grupo familiar o que deve, em princípio, minorar as conseqüências do afastamento da família natural, devendo servir de referência afetiva, importante componente de sua identidade e de sua própria vida.

José de Farias Tavares esclarece: "Serão fatores positivos para o deferimento do pedido dos interessados o ambiente cordial e de acolhimento prazeroso que se constatar no relacionamento, porventura, já existente entre os pelicionários e o desejado futuro membro da família, de preferência se tiverem entre si laços de parentesco consangüíneo. Esta última situação é tão importante que constitui requisito da seleção inicial, como diz o art. 165, II."[4]

Dentro desses princípios, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) implantou um novo sistema de Adoção para menores de 18 anos, mantendo as regras do Código Civil para os maiores desta idade.

O novo sistema obedece às regras básicas internacionais sobre Adoção a exemplo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 que fixa no seu art. 21 princípios a serem seguidos pelos Estados-Partes estabelecendo como prioridade que "a Adoção será autorizada apenas pelas Autoridades Competentes, as quais determinarão os procedimentos cabíveis com base em todas as informações pertinentes e fidedignas".

Com a equiparação constitucional dos filhos proibindo designações discriminatórias (art. 227, § 6º), a Adoção atribui os mesmos direitos ao adotado, inclusive sucessórios, cabendo também o pedido de alimentos aos pais e seus ascendentes, aplicando-se os deveres constitucionais da paternidade previstos no art. 229 da Constituição e do art. 22 da Lei 8.069/90.

A Adoção é concedida através de sentença judicial irrevogável (arts. 47 e 48 do Estatuto) sendo competência exclusiva do Juiz da Infância e Juventude (art. 148-III-ECA); é Foro Competente o do local onde se encontra a criança ou adolescente, isto é, Entidade Pública ou Privada, onde se encontra recolhida, ou o domicílio, ou o domicílio dos pais ou responsável.

Tendo também a Constituição Federal reconhecido como "Família" a "União estável entre um homem e uma mulher" autoriza o Estatuto no art. 42, § 2º a adoção por companheiros ou concubinos uma vez "comprovada a estabilidade da família, a exemplo de certidão de casamento religioso ou

4 TAVARES, JOSÉ DE FARIAS na obra "Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente" — pág. 48 — Editora Forense — 1992 — 1a. edição.

credenciamento dos companheiros na previdência ou fazendo prova inequívoca de vida comum e dentro dos requisitos na Doutrina e Jurisprudência.

Deve acompanhar o pedido inicial as provas relativas às idades dos adotantes e adotando e, se possível, o expresso consentimento dos pais.

Pode haver pedido cumulativo (art. 292-CPC) com a destituição do Pátrio Poder desde que atendidos os requisitos do Estatuto previstos no art. 156, incisos I a IV.

A Autoridade Judiciária deverá determinar a realização de diligências especiais, através de equipe interdisciplinar prevista nos arts. 150 e 151 da Lei 8.069/90 a qual confirmará a situação social e idoneidade moral do adotante além de sua saúde física, psíquica e sua educação. A situação econômica se provará com o comprovante dos ganhos, com a declaração de renda, onde constarão os bens.

O Ministério Público opinará em todas as fases do processo e estará presente na Audiência onde comparecerão os adotantes, o adotando e seus pais (se os tiver), as testemunhas, os advogados e o Curador Especial no caso de ausência dos pais ou representante legal.

A sentença de Adoção é constitutiva e dá nascimento a um novo estado civil do adotado. Desta sentença cabe Apelação a qual deverá ser interposta no prazo de 10 dias independentemente de preparo (art. 198-I e II).

O efeito da sentença de Adoção é, em princípio, "ex nunc", a partir da data em que transita em julgado, com exceção do caso especial de Adoção *pós-mortem* em que os efeitos da decisão definitiva retroagem à data do óbito (art. 42, § 5º). Trata-se de Adoção condicionada à "inequívoca manifestação de vontade do adotante vindo a falecer no curso do procedimento antes de prolatada a sentença".

Observa *José de Farias Tavares* que nesse caso "o Estatuto facilita a adoção como medida por excelência de proteção à criança e ao adolescente. Dá extraordinária legitimidade *post-mortem* a quem falecer durante o curso do processamento judicial, antes da sentença. A superveniência da morte do adotado, não frustra a adoção que será deferida se o requerente manteve firme a expressa vontade de efetivá-la".[5]

O Estatuto veda a Adoção por procuração, proibindo intermediação que tem dado margem a irregularidades visando a obtenção de vantagens financeiras com a medida (art. 39, parágrafo único).

Com a Adoção são rompidos os vínculos com os pais e parentes da família biológica, com exceção dos impedimentos matrimoniais (art. 41, § 1º, ECA); não se restabelece o Pátrio Poder dos pais biológicos nem mesmo com a morte dos adotantes (art. 49, ECA).

5 TAVARES, JOSÉ DE FARIAS, obra citada, pág. 47.

A Adoção pelo Estatuto alcança crianças e adolescentes até 18 anos e excepcionalmente será concedida a adolescentes maiores que esta idade que já estiverem sob a guarda de fato ou de direito ou sob a tutela do adotante (art. 40-ECA).

A medida exige, ainda, o expresso consentimento dos pais biológicos ou do representante legal ou adotando e, na sua falta, será suprida pela expressa autorização do Juiz a exemplo de pais desconhecidos ou destituídos do Pátrio Poder (art. 45-ECA).

Quanto aos maiores de 18 anos, são adotadas as regras do Código Civil, no caso de Escritura Pública prevista no art. 375 do CC e esta só terá valor se homologada pela Autoridade Judicial, após ouvido o Ministério Público, atendendo assim a determinação constitucional (art. 227, § 6º) de ser a Adoção assistida pelo Poder Público.

Quanto ao adotante, a Lei 8.069/90 ampliou as possibilidades de adoção; qualquer pessoa maior de 21 anos, independente de seu estado civil, pode promover a medida. No caso de adoção pelo casal basta que um deles tenha completado esta idade, devendo ser respeitada sempre a diferença de 16 anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º).

A lei exclui a Adoção por ascendentes e por irmãos (art. 42, § 1º, ECA). Diante da equiparação dos filhos, quis o legislador evitar que netos se tornassem filhos e, da mesma forma, o mesmo não se desse com irmãos.

Permitiu, no entanto, aos cônjuges, aos concubinatos ou companheiros, "provada a estabilidade de família" (art. 42, § 2º, ECA); aos divorciados e separados judicialmente, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do casamento e que fique acordado na Separação ou no Divórcio o regime de visitas (art. 42, § 4º, ECA).

No caso da Adoção por um dos cônjuges ou concubinos, do filho do outro, permanecem os vínculos consangüíneos com a família biológica, criando, por outro lado, nova vinculação com a família do adotante (art. 41, § 1º, ECA).

O Estatuto também faculta a Tutores e Curadores a Adoção do tutelado ou curatelado desde que, antes, prestem contas de sua administração (art. 44-ECA e art. 371 do CC).

A Adoção será sempre precedida de um ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA dos adotantes com a criança ou adolescente pelo prazo que o Juiz julgar necessário, podendo, inclusive, ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou estiver em companhia do adotante por tempo suficiente para o Juiz avaliar a conveniência da concessão da medida, ficando a seu critério estendê-lo se julgar necessário (art. 46, § 1º, ECA).

O nome de família do adotante será dado ao adotado e será permitida,

também, a alteração do pré-nome o qual constará da sentença (art. 46, § 5º-ECA).

Sugere *Maria Josefina Becker* que "não é recomendável tal alteração, a partir do momento em que a criança se identifica com seu próprio nome, o que em geral, ocorre já nos primeiros meses de vida. De um modo geral, nesses casos, manter o nome original é uma forma de respeitar a identidade da criança e de manifestar a aceitação, sem reservas, de sua pessoa".[6]

III. *Adoção Internacional*

O Estatuto tratou especialmente da ADOÇÃO INTERNACIONAL autorizada pela Constituição (art. 227, § 5º) a qual assegura que "a lei estabelecerá os casos e condições para sua efetivação por parte de estrangeiros".

A Adoção Internacional passou a ser objeto de preocupação entre nós no início da década de oitenta a partir do Código de Menores, o qual previu a colocação em família substituta estrangeira no art. 2º, limitando a adoção ao estrangeiro residente no exterior, à forma SIMPLES e, mesmo assim, se o adotando estivesse na situação irregular, não eventual, descrita na alínea "a", inciso I, do artigo 2º, ou seja, no caso de "falta, a ação ou omissão dos pais ou responsável".

Como preocupação mundial, a Adoção Internacional foi discutida pela primeira vez no "Seminário Europeu sobre Adoção entre Países em 1957, sob os auspícios do Escritório Europeu da ONU, a partir de um documento-base elaborado pelo "Serviço Social Internacional", no qual constavam "princípios básicos e metodologia definida a permitir proteção máxima de todas as partes em questão e a prevenção contra conseqüências danosas, quando não observados os procedimentos".

Concluíram os especialistas que "nenhuma criança deveria ser retirada de seu País de Adoção, sem a necessária proteção legal; que os aspectos sociais são igualmente importantes" e ainda, que "seria impossível atingir as proteções recomendadas sem o necessário acordo entre os países interessados".

Com as conclusões acima, o "Seminário Europeu sobre Adoção entre Países", realizado em Leysin em 1960, estudou a fundo os aspectos jurídicos, sociais e culturais e foram estabelecidos doze princípios básicos presentes nos documentos internacionais a respeito da Adoção.[7]

6 BECKER,MARIA JOSEFINA, comentado o art. da lei 8.069/90 na obra "Estatuto da Criança e do Adolescente comentado" — Editora Malheiros — 1992 pág. 154.

7 PRESTES, JANE PEREIRA no Documento elaborado para a Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná destinado a apresentar a C.E.J.A. do Estado.

As conferências e Seminários que se seguiram consideraram unanimemente a necessidade de uma Convenção Internacional sobre a Adoção; em 1989 a ONU aprovou a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança na qual existem regras especiais para Adoção Internacional no art. 21 e incisos.

Em maio de 1993 foi aprovada na 17ª Seção da "Conferência de Leis Privadas Internacionais" realizada em Haia, na Holanda, a CONVENÇÃO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E ADOÇÃO INTERNACIONAL.

Entre as determinações desta Convenção foi criado um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes de forma a assegurar que as garantias estabelecidas seriam respeitadas por todos, evitando assim, raptos, a venda ou tráfico de crianças.

Ficou assegurado, ainda, que a Adoção Internacional seria sempre o melhor para a criança, respeitados os direitos fundamentais reconhecidos pela Lei Internacional.

Propõe também a Convenção que os Estados Contratantes devem criar um órgão especial denominado AUTORIDADE CENTRAL, admitindo a possibilidade de outros desses órgãos se os países possuírem unidades territoriais autônomas (como é o caso do Brasil).

Este órgão centralizador (ou mais de um), além de agilizar dados técnicos sobre leis vigentes e estatísticas, deverá ter a função de trocar e fornecer informações sobre as crianças disponíveis e "os candidatos e pais", da mesma forma que desenvolverá uma consultoria própria para a medida e um serviço pós-adoção e, se a lei do país permitir, fornecer informações sobre casos isolados de Adoção.

Caberá, inclusive, a esta AUTORIDADE CENTRAL ter acesso às condições pessoais da criança a ser adotada e de sua família biológica, guardados os sigilos necessários, bem como as condições dos adotantes, atendidos os requisitos da lei de seu país de origem.

Apesar de recente, esta Convenção já tem sido considerada um sucesso, pois até Estados não Contratantes concordaram em utilizá-la de modo a atender aos interesses do país de origem e do que receberá a criança.

A Adoção Internacional no Brasil tem apresentado nestes últimos 5 anos profunda preocupação nacional e internacional em razão de irregularidades praticadas por pessoas isoladas ou agências de intermediação e, até mesmo por quadrilhas dedicadas a seqüestrar recém-nascidos nas maternidades ou retirá-los da companhia dos pais.

A necessidade de repressão ao tráfico e de definição de novos tipos de delitos, tais como falsificação de documentos e corrupção de pais, e ainda, a primazia em reprimir a possível utilização de crianças como doadores de órgãos têm pressionado a sociedade brasileira e suas autoridades a criarem

instrumentos eficazes de controle da retirada de crianças e adolescentes para colocação em família substituta no exterior.

Tendo o Estatuto adotado uma nova sistematização legal para a Adoção, especialmente a Internacional, novos critérios foram fixados para coibir irregularmente, exigindo, ainda, uma melhor implementação de suas normas.

Merece ênfase especial o aspecto da "excepcionalidade" da colocação em família substituta estrangeira sendo autorizada, apenas na modalidade de Adoção, norma prevista no art. 31 da Lei 8.069/90.

Este princípio foi previsto no item "B" do art. 21 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU) que admite a possibilidade da medida "no caso em que esta (a criança) não possa ser colocada em um lar sob a guarda ou entregue a uma família adotiva ou não possa ser cuidada de maneira adequada no país de origem". Pelo art. 31 não quis o legislador que crianças e adolescentes saíssem do país sob o regime de Guarda ou Tutela, suscetíveis de revogação.

Marco Aurélio S. Viana ressalta que "se o estrangeiro vive no Brasil, aqui tem domicílio e residência, não fica submetido às exigências dos parágrafos do art. 51 mas prevalece o cunho de excepcionalidade ditado pelo art. 31. Justifica-se a solução porque, mesmo vivendo no Brasil, o estrangeiro tem hábitos e comportamentos na vida íntima e privada, que podem fugir daqueles adotados em nosso meio. O choque de cultura não se dá apenas mudando-se de um país para outro. É impossível que se dê também, no mesmo território, pelo cultivo dos hábitos, costumes e comportamentos diferentes dos que vigoram em nossa sociedade".[8]

Maria Josefina Becker refere-se de forma ponderada a uma especial "excepcionalidade da excepcionalidade" da regra do art. 31 reportando-se ao art. 19 do Estatuto que se refere à excepcionalidade da própria "colocação em família substituta", devendo ter preferência a convivência familiar com a família natural. Propõe a Autora que "esgotadas todas as possibilidades de manutenção do vínculo com a família natural e buscadas, em sucesso, formas de colocação de crianças ou adolescente na sua comunidade e em seu próprio país, considera-se a hipótese da Adoção por estrangeiro"[9].

Se a Adoção por nacionais deve "apresentar reais vantagens para o adotando" (art. 43 do ECA), especialmente na adoção por estrangeiro, esta "vantagem" deve ser flagrante e incontestável.

Um dos argumentos usado habitualmente contra a Adoção Internacional é a violação do direito de preservação da identidade, apresentada pela doutrina

8 VIANA, MARCO AURÉLIO SÁ na obra "Da Guarda, da Tutela e da Adoção (Estatuto da Criança e do Adolescente) Editora Del Rey — 2a. Edição — 1993 — pág. 85.

9 BECKER, MARIA JOSEFINA obra citada, pág. 124.

de alguns países, baseada na idéia de que toda pessoa tem o direito de conhecer sua identidade de origem, de saber de suas raízes e sua história; normalmente, a criança é levada definitivamente a residir em uma cultura diferente da sua origem .

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, 1989 (ONU) prevê em seu art. 20 que os Estados-Partes "devem dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à consciência da continuidade na sua educação".

Esta parece, não ter sido a preocupação mais importante do legislador estatutário que optou expressamente no art. 41 pelo "desligamento de qualquer vínculo com os pais e parentes", reforçado ainda pelo art. 49 que determina que "a morte dos adotantes não restabelece o Pátrio Poder dos pais naturais".

Talvez a excepcionalidade do art. 31 do Estatuto tenha retratado sua preocupação quanto à preservação de raízes culturais e sociológicas do adotando, admitindo a Adoção Internacional como exceção.

Estabeleceu, ainda, o Estatuto no art. 51 e parágrafos, requisitos próprios para a Adoção por estrangeiro residente no exterior.

Além de comprovar sua habilitação junto à autoridade competente de seu país, deve apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem. Se necessário, os interessados deverão apresentar texto da legislação estrangeira acompanhado de prova da respectiva vigência, todos traduzidos por tradutor público e autenticados por autoridade consular.

Proibindo qualquer tipo de Adoção por procuração (art. 39, parágrafo único), a Lei 8.069/90 não exclui a intermediação de Agências nacionais ou internacionais. Na prática, tem sido obrigatório o seu credenciamento junto ao Poder Judiciário para uma efetiva atuação de acompanhamento dos trâmites judiciais do processo. No entanto, é exigida a participação pessoal dos próprios interessados no processo, tendo se submeter-se a diligências pelo Juiz e, geralmente, realizadas por equipe própria interdisciplinar de sua jurisdição, em atuação conjunta.

O art. 52 facultou ao Poder Judiciário dos Estados a criação da COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO - C.E.J.A. para um eficaz controle das Adoções Internacionais, já implantado em alguns Estados brasileiros, sendo da competência do Estado legislar sua criação e regulamentação (art. 24-XV-CF).

Vinculada ao Poder Judiciário, sem função jurisdicional, este órgão de atuação permanente deve atender a todas as Comarcas do Estado. A ela devem ser submetidos os documentos dos interessados estrangeiros, mantendo um registro centralizado dos pretendentes. Seu laudo tem apenas caráter avaliativo

das condições do Adotante. É da competência desta Comissão manter o registro centralizado de interessados estrangeiros em Adoção (art. 52, parágrafo único).

Quanto ao ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA o Estatuto estabeleceu condições especiais para adotantes estrangeiros residentes no exterior.

Aos adotantes estrangeiros é exigido cumprimento desta medida especial no território nacional, sendo fixado "o mínimo de quinze dias para crianças até dois anos de idade e no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade".

Mais uma vez cabe observação importante de MARIA JOSEFINA BECKER: "o ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA é o período necessário para que seja avaliada a adaptação da criança ou adolescente à nova família (...) e se assemelha bastante à adaptação dos pais biológicos com seu recém-nascido". No caso de adotantes estrangeiros não residentes no país, completa a mesma Autora, "trata-se de um cuidado especial em relação à medida excepcional de confiar a estrangeiros uma criança brasileira. A exigência impede a interferência de intermediários no trato com a criança e permite uma observação do modo como se estabelece o vínculo com os pais adotivos. O contato com a realidade social e cultural do país de origem é útil para os futuros pais a quem caberá, no futuro, conversar com a criança sobre suas origens; não se estará falando de uma pessoa misteriosa, miraculosamente aparecida, mas de uma criança concreta"[10].

Somente após o trânsito em julgado da sentença de Adoção é que será permitida a saída do adotando do território nacional (art. 51, § 4º). Trata-se de medida extremamente oportuna e dificultante de saídas irregulares de crianças do país. Não basta, porém, a sentença. Deverá a sentença homologatória de Adoção ser inscrita no Cartório de Registro Civil dos nascimentos do domicílio do adotado ou do Juízo de Infância e da Juventude que a deferiu.

A Adoção Internacional suscita, ainda, consideráveis questões de Direito Internacional Privado.

Sendo o Brasil, País predominantemente de adotados, e, sem entrarmos na discussão das teorias internacionais de aplicação das leis, cabe-nos buscar, no próprio Estatuto e nas normas legais internas, os princípios básicos de interpretação recorrendo inicialmente ao art. 6º do Estatuto, ou seja, "levar-se-á em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências o bem comum, os direitos e os deveres individuais e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Assim, se o Estatuto estabeleceu que o candidato deverá comprovar a habilitação de acordo com as leis pessoais de seu país, isto significa que o legislador procurou atender à lei do adotante, não impondo o foro do domicílio

10 BECKER, MARIA JOSEFINA, obra citada comentando o art. 46, às págs. 152.

do adotado prevista no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil; da mesma forma, não poderá abrir mão de requisitos do Estatuto, especialmente aqueles que se referem a princípios de Ordem Pública interna e às regras constitucionais relativas aos Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil.

O Estatuto criou três figuras criminais ligadas à retirada de criança ou adolescente da convivência familiar objetivando especialmente a Adoção.

A primeira é correlata ao crime contido no Código Penal (art. 249): esta se concretiza com a retirada da criança ou adolescente de quem detém a sua guarda legalmente, na intenção de colocá-lo em lar substituto (art. 237). A pena fixada para este delito é de 2 a 6 anos, mais severa que a do Código Penal.

Não se desfigura a infração o fato de estar a criança em alguma instituição, seja ela pública ou privada. Da mesma forma podem os pais serem sujeitos ativos do crime, pelo fato de terem sido destituídos do pátrio poder (temporária ou definitivamente); ou qualquer outra pessoa. São sujeitos passivos os pais, tutores ou outro adulto que venha a deter a guarda da criança.

A segunda figura diz respeito a promessa ou entrega de filho ou pupilo com a finalidade de obtenção de dinheiro (art. 238, parágrafo único); a sanção aplicada (reclusão de 1 a 4 anos) também recai sobre aquele que oferece ou efetiva o pagamento da quantia. São sujeitos ativos destes crimes os pais, tutores, ou até excepcionalmente, os curadores que prometerem ou entregarem-no a terceiros.

O parágrafo único do art. 238 trata do agente que promete ou efetiva a paga de determinada quantia em troca da criança, não ocorrendo assim concurso entre quem oferece a quantia a quem entrega a criança.

Por fim, é punido pelo art. 239 do Estatuto o indivíduo que assiste ou executa o envio de criança para o exterior com o objetivo de obter lucro, infringindo as regras legais vigentes no país concernentes a Adoção.

Merece também considerável destaque a ADOÇÃO À BRASILEIRA que consiste em registrar como próprio o filho de terceiros. É possível fazê-lo utilizando declarações falsas das maternidades, ou hospitais; ou ir a "mãe" a um cartório acompanhada de duas testemunhas afirmando ter tido o filho em casa (sendo dispensado neste caso a apresentação de qualquer documento). Esta modalidade ilegal de Adoção também consta como crime no Código Penal no art. 242, configurado com "dar parto alheio como próprio" e "registrar como seu, o filho de outrem".

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o problema da Adoção no Brasil transcende ao legislativo e judiciário. É, antes de tudo, uma questão social exigindo implantação de políticas básicas no âmbito da família e da comunidade e, sobretudo, das entidades de atendimento à infanto-adolescência.

IV. *Conclusão*

O instituto de Adoção emerge no direito contemporâneo sofrendo acomodações em função de aspectos sócio-culturais, e mesmo, éticos e políticos.

O mundo atual é marcado por iniciativas múltiplas de associações, as quais se destinam a uma integração mais ampla que transcende à livre circulação de bens, à harmonização de políticas macroeconômicas, serviços e mão-de-obra em espaço econômico ampliado — fatores que reclamam uma urgente aproximação legislativa em busca de direitos comuns.

Neste contexto — sem distorcer o princípio ético-jurídico que deve sustentar a Adoção, ou seja, o direito de órfãos e abandonados viverem e se desenvolverem em uma família — é prioritária a uniformização das medidas sócio-políticas regulando as relações entre os países e, especialmente, unifomizando critérios para atender às necessidades básicas das famílias em sua convivência familiar e comunitária. Esta uniformização deverá envolver, ainda, a unificação das regras de conflitos de leis e o estabelecimento de princípios de cooperação internacional entre as autoridades dos países, aos quais pertencem os adotantes e as autoridades dos países dos adotados.

Diante de flagrante ausência de mecanismos de supervisão entre as Nações relativos aos trâmites da Adoção e de prevenção de irregularidades, a iniciativa de uniformização evitará que a Adoção seja utilizada como instrumento de tráfico e venda ilegal de crianças e, possivelmente, aproveitamento das mesmas para comercialização de órgãos para transplantes.

Recente Comissão Parlamentar de Inquérito promovida no Congresso Nacional detectou duas formas de tráfico de crianças: a saída clandestina em veículos pelas fronteiras e as "saídas regulares" feitas pelos aeroportos controlados pelas autoridades federais e autorizadas pelo Judiciário.

A pressão exercida pela grande demanda de crianças por casais solicitantes recusados em seus próprios países (e que não querem esperar ou realizar um processo regular de Adoção) levou ao surgimento de agências e intermediários locais que realizam processos de Adoção internacional, sem credenciamentos necessários e utilizando mecanismos ilegítimos ou questionáveis eticamente.

Como País predominantemente de adotados, precisamos considerar possíveis problemas sócio-culturais relacionados com o futuro da criança adotada no exterior, a exemplo das diversas formas de discriminação por razões étcnicas, sendo também objeto de preocupação as questões relativas à sua aceitação na sociedade que a acolhe.

Merece ainda consideração ética o fato de que a ação migratória que realiza a criança ou adolescente, é geralmente involuntária e que tem poucas possibilidades de decisão, relativa à sua vida em um país no qual não nasceu. Mediante uma decisão jurídica formal, acontecem mudanças profundas que

envolvem, além da relação de filiação, variação de nacionalidade, de condições sociais, culturais e lingüísticas.

Sem querer esgotar aqui todas as questões, proponho neste modesto trabalho uma reflexão construtiva envolvendo alguns dos inúmeros problemas que suscita a Adoção no Brasil.

Efetivamente, o Estatuto tem representado importante instrumento de controle da medida em nosso País e a implantação da C.E.J.A. em alguns Estados vem demonstrando a eficiência do sistema em relação às Adoções Internacionais.

Se concluímos acima que a Adoção é, sobretudo, um problema social e exige medidas políticas de controle mais amplas, com a adesão do Brasil à convenção acima, é emergente e oportuna a adaptação dos seus princípios ao nosso sistema jurídico concomitante às ratificações, impondo com mais força a implementação das mudanças sugeridas naquele Documento Internacional.

A AUTORIDADE CENTRAL prevista na convenção é perfeitamente compatível com a Comissão Estadual Judiciária de Adoção e com as determinações especiais do art. 50, parágrafo único do art. 52 do Estatuto relativas ao registro das crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas interessadas e ainda, o registro centralizado de interesses estrangeiros na medida.

Pelas propostas da Convenção, o órgão denominado AUTORIDADE CENTRAL não é necessariamente Judiciário e perfeitamente compatível com toda a sistemática do Estatuto.

Diante de tais considerações indicativas, deverão os Estados da Federação, além de implantar a C.E.J.A. vinculada ao Poder Judiciário também, paralelamente, deverão criar um órgão centralizador das Adoções cuidando, também, de outras formas de colocação em família substituta para trabalhar conjuntamente com o Judiciário.

Sugerimos, ainda, medidas de caráter prático a serem implantadas para impedir adoções irregulares e tráfico de crianças e adolescentes:

1. Publicação em jornal oficial do nome das crianças institucionalizadas ou não (através de iniciais) autorizadas à medida;
2. Autorização para a Adoção apenas às pessoas que se habilitarem pessoalmente junto aos órgãos competentes nos Estados;
3. Informatização de todo o sistema no País de forma a compatibilizá-lo com a Convenção de Haia - 1993.
4. Exigência de Alvará Judicial no caso de não existir documento da maternidade referente ao nascimento da criança, autorizando a mãe a registrar o filho "nascido em casa" após o depoimento junto à Autoridade Judiciária de duas testemunhas confirmando o fato.

5. Obrigatoriedade de uma identificação para todas as crianças desde o nascimento, correspondente ao documento de identificação do adulto, independente do seu registro civil, visando o permanente controle de vacinas e direitos básicos de saúde, escolaridade, exercício de direitos fundamentais e suas violações, etc.

As idéias acima são proposições bastante amplas e, como tais, devem ser objeto de reflexão e aprofundamento para viabilizar sua implantação.

O que se deve ter em vista, no entanto, é que os diversos problemas aqui levantados exigem urgentes providências e efetiva vontade política para sua implementação.

A CÉDULA DE PRODUTO RURAL

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS

1. Os títulos de crédito não nascem apenas por vontade do legislador, mas por imposição das necessidades econômicas, que suscitam novos contratos e documentos para o melhor exercício de suas atividades.

A promessa de entrega futura de produtos rurais é modalidade operacional conhecida, mas que só se formalizava por complicados e onerosos instrumentos contratuais, além de não oferecer segurança e facilidade na sua execução.

Por outro lado, com a evolução do processo econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar-se alternativas para os produtores rurais alavancar o capital de giro necessário, especialmente no caso de produtos destinados à exportação. E também já se acentuava o esgotamento das fontes tradicionais de crédito rural.

Daí surgiram as discussões para a criação de um título de crédito padronizado, simples, de segurança indiscutível, líquido e certo, transferível por endosso e exigível pela quantidade e qualidade do produto nele previsto.

Com o apoio do então Ministro da Fazenda — Fernando Henrique Cardoso e do Ministro de Estado, Interino, da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, Alberto Duque Portugal, tecnicamente apoiados pelo Banco do Brasil e pala Confederação Nacional da Agricultura, foi elaborado Projeto de Lei que cria a Cédula de Produto Rural - CPR, apresentado pelo Governo ao Congresso Nacional em 29 de outubro de 1993, aprovado e então instituída pela Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, cujo sucesso institucional já está assegurado graças ao empenho do Banco do Brasil, que logo se movimentou para implementá-la, inclusive, com engenho e arte, arquitetando nova modalidade operacional, já testada com sucesso, que iremos, mas adiante, relatar.

2. A própria lei, em seu artigo 1º, identifica as principais características da CPR: é "representativa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída".

Verifica-se que ela tem, como negócio subjacente, a compra e venda de produtos rurais, entre o produtor rural ou cooperativa e o comprador, que pode ser a indústria, o exportador ou outras entidades.

Trata-se de título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade do produto nele previsto (art. 4º).

PONTES DE MIRANDA[1] ensina: "Fala-se, a cada momento, de dívida líquida e certa, ou de obrigação líquida e certa; mas a ordem dos adjetivos é incorreta, porque a dívida líquida, ou obrigação líquida, é a dívida certa, ou a obrigação certa, determinadas quanto ao seu objeto. Há dívidas certas ou obrigações certas que são ilíquidas, e não há dívidas líquidas ou obrigações líquidas que sejam incertas", merecendo o apoio de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA[2] e ANTÔNIO CARLOS COSTA E SILVA[3], seguindo, também CASTRO NUNES[4].

A Lei 8.929, de 1994 fala no requisito da exigibilidade (art. 4º), que MACHADO GUIMARÃES[5], versando o Código de Processo Civil anterior, julgava necessário.

3. A CPR não é um "Certificado de Mercadoria", uma vez que a transferência de propriedade da mercadoria negociada só se concretizará por ocasião do vencimento do título.

Embora sem caráter de requisito essencial, a CPR poderá conter outras cláusulas lançadas em seu contexto, as quais poderão constar de documento à parte, com a assinatura do emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância (art. 3º, § 1º).

1 "Tratado de Direito Privado", Rio de Janeiro, 1ª edição, 1954 - 1969, vol. 54, p. 252, e nº 2 "Comentários ao Código de Processo Civil", 1974 - 1978, 1ª edição, Rio de Janeiro, vol. IX, p. 401.

2 "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, 1991, vol. VI, p. 361, nº 902.

3 "Tratado do Processo de Execução", Aide Editora, 2ª edição, 1986, 1º volume, p. 158 a 159, nº 20.3.

4 "Se a obrigação é certa, certo será o direito correlato. Se, além de certa, isto é, expressa na lei ou no contrato, é determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida, certo, determinado e líquido será o direito correspondente."

5 "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, vol. IV, Rio, 1942, p. 362, nº 2. Para ALCIDES DE MENDONÇA LIMA "O que tem de ser 'líquido, certo e exigível' é o título, não o direito" (ob. cit., p. 363, nº 906).

4. Poderá a CPR ser emitida sem garantia cedular?

Sim, porque inexiste essa obrigação legal, bastando a assinatura do emitente (vendedor) e o nome do credor (não pode ser emitida ao portador). Dependerá, portanto, apenas do crédito pessoal do emitente.

Quais as garantias cedulares possíveis?

A hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária em garantia.

A hipoteca poderá recair sobre imóveis rurais ou urbanos, alargando-se as hipóteses de sua aplicação.

Quais os bens que podem ser objeto de penhor cedular?

Os suscetíveis de penhor rural, mercantil e cedular.

Note-se que os bens apenhados permanecem na posse imediata do emitente ou do terceiro prestador da garantia, que responde por sua guarda e conservação como fiel depositário.

Mas, em se tratando de penhor constituído por terceiro, a lei considera o emitente de cédula solidariamente responsável com o empenhador pela guarda e conservação dos bens (art. 7º, § 2º).

5. A Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, conhecida como Lei do Mercado de Capitais, instituiu, no artigo 66, a alienação fiduciária em garantia, com o escopo de garantir as operações das sociedades de crédito, financiamento e investimento, mas foi estendida às demais sociedades comerciais.

Em decorrência de inúmeras discussões e dificuldades sobre a execução da lei, o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 (curiosamente firmado pela "Junta Militar" que governava o país), instituiu normas processuais que facilitam a ação do credor.

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

O referido Decreto-lei nº 911, de 1969, alterou a redação do parágrafo 1º, de Lei nº 4728, exigindo "a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação"[6].

6 José Carlos Moreira Alves — "Da Alienação Fiduciária em Garantia", Forense, 2ª edição, 1979, p. 104: "Dos requisitos mencionados no parágrafo 1º do art. 66, apenas o último diz respeito ao objeto da propriedade fiduciária." Paulo Restiffe Neto — "Garantia Fiduciária", 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1976, pág 124, 7050: "Por aí se vê que

Prisioneiro da realidade, a lei que disciplina a CPR seguiu caminho diferente: a não-identificação dos bens objeto da alienação fiduciária não retira a eficácia da garantia, que poderá incidir sobre outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de propriedade do garante.

Essa flexibilidade operacional é uma das marcas fundamentais dos princípios que informam a criação do novo título.

6. Pode a CPR ser avalisada?

A lei, ao aplicar a esse título, no que forem cabíveis, as normas do direito cambial, só admite a resposta positiva (art. 10), mas expressamente ela declara: "é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas".

O aval, declaração cambial cuja finalidade única é a de garantir o cumprimento assumido no título, no caso da CPR pode ser dado ao seu emitente ou ao endossador.

O avalista do emitente a este se equipara e, assim, responderá pela promessa de entrega de produtos rurais.

Já o avalista do endossador só responde pela existência da obrigação, vale dizer, pela validade do negócio subjacente a promessa da entrega do produto. Trata-se, no caso, não de obrigado direto, mas de coobrigado, razão por que a lei não impõe a necessidade do protesto para assegurar a execução.

Convém lembrar que já não era necessário, no caso do avalista do emitente, o protesto.

7. Quem será, sempre, o primeiro endossador da CPR?

Só pode ser o credor, a pessoa a favor de quem o título foi emitido.

A lei novamente altera a regra geral de que o endosso pode ser em branco, o que omite o nome do endossatário, podendo ser totalmente em branco quando reduzido à simples assinatura do endossador no verso do título, ou parcialmente em branco, quando, embora omitindo o nome do beneficiário, a declaração contiver, além da assinatura do endossador, uma expressão qualquer indicativa do endosso (v.g.: "em endosso", "para endosso", "endosso a..." ou equivalente).

No título sob exame, só é legítimo o endosso completo, em preto, pleno, onde está indicado o nome do endossatário.

a descrição precisa do objeto, sobre ser seu interesse geral, constitui meio de defesa e prova em favor do credor — proprietário, que tem o ônus da prova quanto à identificação exata da coisa, certo domínio necessite defender."

É comum dizer-se que o endosso transmite a propriedade do título, porém, assim como a simples tradição do título, sem o endosso, é insuficiente para a transmissão de sua propriedade, também o endosso só produz esse efeito quando a ele se seguir a tradição, a entrega do título ao endossatário.

Por quê?

Pela simples razão de o endosso poder ser cancelado e, assim, considerado não escrito, para os efeitos cambiais.

8. A CPR admite a inclusão de cláusulas livremente ajustadas entre as partes, outra demonstração de bom-senso, pois as hipóteses as mais diversas não devem ficar engessadas por regras fixas.

9. Acreditamos que a CPR será negociada em Bolsas, por instituições financeiras, empresas de seguros, entidades do Governo Federal, Fundos de "Commodities" e será um papel confiável, atraente, alcançando as características perseguidas pelo mercado-segurança, rentabilidade e liquidez. A possibilidade de endossos sucessivos facilitará a sua circulação e negociação, além de lastrear a existência de mercado de opções que poderá se revelar alternativa atrativa para investimentos no mercado financeiro, inclusive permitindo o reposicionamento dos "hedgers", de forma a se protegerem contra eventuais oscilações do mercado.

10. Quais os produtos que podem ser comercializados com a utilização da CPR?

Em princípio, toda venda para entrega futura, mas os mais comuns serão soja, café, cacau, laranja, açúcar e boi gordo.

11. Quais as vantagens da CPR para o emissor?

Podemos indicar as mais relevantes:

a) garante a comercialização de sua produção a preços formados de forma mais ampla e transparente, propiciando melhor remuneração pelos seus produtos;

b) reduz a dependência ao crédito rural, atendendo as reivindicações de suprimento de recursos para a reposição em quantidade determinada de produto equivalência-produto;

c) permite melhor planejamento de suas atividades, ao possibilitar o aporte dos recursos nas épocas em que são efetivamente necessários;

d) cria perspectiva de formação de mercados que poderão permitir aos

intervenientes o seu reposicionamento diante de quaisquer alterações significativas nos preços;

e) estimula sucessivos incrementos da produção mediante a redução das incertezas quanto à comercialização das safras a serem produzidas;

f) distribui mais uniformemente a demanda por insumos, propiciando melhores oportunidades de compra, ao evitar a concentração habitualmente verificada nas épocas de liberação do crédito rural;

g) estende a todos os agropecuaristas os benefícios da venda antecipada, usualmente praticada apenas com produtores de médio porte;

h) atenua as variações sazonais de preços, permitindo melhor remuneração pelas mercadorias produzidas.

12. Quais as vantagens para quem adquire a CPR?

Destacamos, entre outras:

I) estende a todas as agroindústrias e comerciantes os benefícios da compra antecipada, permitindo-lhes melhor planejamento de suas atividades;

II) substitui, com vantagens, o contrato padrão "ANEC", usualmente utilizado pelos exportadores nas compras antecipadas de produtos para colocação no mercado externo;

III) facilita a circulação do título pelo endosso;

IV) reduz os custos e os riscos por admitir a inclusão de garantias cedulares (penhor, hipoteca e alienação fiduciária) e por facultar a contratação de seguro contra frustrações (Proagro) ou, futuramente, seguro rural e seguro-garantia ("Perfomance Bond");

V) assegura, mediante consulta ao registro do CETIP, a existência do título ofertado e o volume da safra vendida antecipadamente pelos emitentes;

VI) eleva, pelo caucionamento dos títulos, a margem de adiantamento e a segurança das operações de câmbio realizadas com os exportadores;

VII) cria perspectiva de formação de mercados que poderão permitir aos intervenientes o seu reposicionamento diante de quaisquer alterações nos preços;

VIII) estimula programas de qualidade nas empresas de armazenamento, pois a procura, e conseqüentemente os preços, serão maiores para produtos depositados sob condições locais de estocagem.

13. Que benefícios a CPR pode trazer para as agroindústrias e exportadores?

Coexistindo a participação de vários segmentos do mercado (bancos, fundos, bolsas e outros, já antes indicados), as indústrias e os exportadores

podem prescindir de estruturas onerosas para as compras, reduzindo, assim, seus custos operacionais e podendo realizar os negócios por esses segmentos, inclusive com melhores opções de financiamento. Ressaltem-se as perspectivas de ampliação de limites de financiamento e da margem de adiantamento em contratos de câmbio, mediante a vinculação, em garantia, das CPRs já negociadas.

14. Quais os benefícios que a CPR pode trazer para os vendedores de máquinas e insumos?

Com a colocação desse título no mercado, haverá o imediato recebimento do valor dos bens fornecidos pelos vendedores de insumos (máquinas e implementos, calcáreo, adubos, defensivos, combustíveis, lubrificantes, rações, sementes, medicamentos e serviços).

15. Esse novo título certamente irá complementar a política de abastecimento e regulagem de preços pela substituição de estoques físicos. Também será mais fácil identificar-se o fato gerador dos tributos, reduzindo a sonegação fiscal. Propiciará meios para a formação de preços mais amplos e transparentes no comércio de produtos agropecuários, reduzindo o impacto causado por preços formados no exterior. E reduzirá os lucros auferidos pela cadeia de intermediação atuante na comercialização de produtos agropecuários.

16. Como já ocorre com o conhecimento de depósito e o "warrant" (Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 17) e, o conhecimento de transporte (Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930), a CPR não terá os bens a ela vinculados penhorados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro prestador da garantia real, mas cumpre a qualquer deles denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência, ou quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão (art. 18).

Por quê?

Pela simples razão de não serem os produtos indicados na CPR de propriedade do emitente, pois houve promessa formal de entrega ao beneficiário ou ao último endossatário já realizado o contrato de compra e venda, que está perfeito e acabado. Se tal não ocorresse, a negociabilidade desse título estaria sempre rodeada de suspeição, invalidando, na prática, o valor de sua existência.

Realmente: pelo endosso da CPR, adquire o endossatário o domínio e a posse da coisa, da qual tem, em conseqüência, livre disposição.

17. No Projeto de Lei nº 4.268, de 1993 (Mensagem do Poder Executivo nº 772/93), a CPR foi considerada ativo financeiro, natureza jurídica que lhe emprestou a Lei nº 9.929, em seu artigo 19, a fim de excluir a incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

E também por isso foi autorizada a sua negociação nos mercados de bolsas e de balcão.

18. Já no dia 27 de novembro, com refinada competência, o Banco do Brasil realizou a primeira operação com a utilização da CPR. Trata-se de sofisticada engenharia financeira, que merece elogios e que iremos resumir.

A Capil emitiu a CPR em nome da empresa Fleischmann Royal, que a transferiu, por endosso, ao Banco do Brasil, que a avalizou e a colocou no seu Fundo de Commodities administrado pela BB-Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários.

O sucesso da operação foi festejado pelo Superintendente do Banco do Brasil no Rio de Janeiro, Brenno dos Reis Pereira: ''O Banco do Brasil está mostrando como se pode utilizar os recursos do mercado financeiro para apoio efetivo ao setor produtivo e, notadamente, aos pequenos produtores, que são maioria no segmento leiteiro.'' E o Diretor-Financeiro da Fleischmann Royal, Aldo Henrique Ramos, disse que a operação ''mostra mudança na cultura da instituição''[7].

19. A CPR é título de crédito que será ''cetipado'', isto é, negociado com suas operações registradas pelo Cetip[8], confirmando a previsão do Professor CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: ''Em todos os campos da comunicação, o papel e a escrita físico-química estão a ser substituídos pelo suporte magnético e pela escrita informática, isto é, pela troca de dados informáticos (''electronic data, interchange'' - EDI). A desmaterialização dos títulos de crédito não resulta só do aproveitamento de uma oportunidade:

7 ''Jornal do Commercio'', Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1994, ''O seu dinheiro'', p. 1.

8 ''Central de Custódia e de Liquidação de Títulos''.

é uma inevitabilidade cultural. O tempo parece ser de dizer ''adeus aos títulos de crédito''[9].

9 ''Desmaterialização dos Títulos de Crédito: Valores Mobiliários Escriturais'', Comunicação apresentada nas ''Jornadas sobre temas bancários'', promovidas pelo Banco de Portugal e pela Associação Portuguesa de Bancos (Lisboa, 25 a 26 de maio de 1993), *in* ''Revista da Banca'', Lisboa, nº 26, abril-junho de1993, p. 24, nº 2.

BIOÉTICA E ORDEM JURÍDICA

VICENTE BARRETTO

O conhecido modelo, proposto por Bobbio[1], para a análise da evolução dos direitos do homem, mostra que depois dos direitos políticos e civis, que seriam direitos de primeira geração, dos direitos sociais ou de segunda geração e dos direitos ecológicos, chamados de terceira geração, aparece um novo conjunto de direitos. Esses direitos resultam dos novos conhecimentos e tecnologias resultantes das pesquisas biológicas contemporâneas. Trata-se de uma temática que suscita para as sociedades e, principalmente, para o legislador, desafios diante dos quais a estrutura do direito moderno encontra-se singularmente despreparada para responder. Isto porque a chamada engenharia genética e as modernas tecnologias biomédicas suscitam questões morais e éticas, que ainda não foram suficientemente analisadas e amadurecidas.

A elaboração de uma ordem jurídica que contemple esses novos fatos sociais, implica na definição *a priori* de alguns grandes princípios, que sirvam de parâmetros referenciais para o legislador. Esses princípios a serem amplamente debatidos e discutidos pela sociedade e seus representantes políticos, devem anteceder e inspirar a elaboração da legislação em cada domínio, pois irão expressar as opções éticas formuladas e aceitas pela sociedade. Algumas legislações procuraram responder, em caráter emergencial, a necessidade de regular a pesquisa biológica e suas aplicações sem antes aprofundarem os seus fundamentos éticos; limitaram-se a aplicar uma ordem jurídica que não se encontra preparada para lidar com o mundo novo da biologia contemporânea.

A insuficiência desses experimentos legislativos e a crescente preocupação com problemática da bioética fizeram com que surgissem várias instituições, destinadas a analisar as questões e as possíveis articulações entre a biologia, a medicina e o direito. Os principais centros que se dedicam ao

1 Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. bras. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

estudo da bioética são os seguintes: o *Institute of Society, Ethics and Life Science*, conhecido como *Hastings Center*; o *Centre d'Etudes de Bio-éthique*, da Universidade de Louvain; o *Centre de Sevres*, em Paris; o *Centre de Bio-ethique de L'Institut de Recherches Cliniques de Montréal* e outros.

Do ponto de vista institucional, diferentes países criaram organismos destinados a estabelecer as bases éticas da legislação sobre o problema. Assim, por exemplo, na Austrália, criou-se o Australian Health Ethics Committee; na França, em 1983, organizou-se o Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, destinado a emitir pareceres sobre os problemas morais suscitados pelas pesquisas realizadas no campo da medicina, da biologia e da saúde. O Conselho da Europa, por sua vez, recomendou aos Estados-membros que adotassem providências jurídicas, tendo em vista a incorporação nas legislações nacionais da temática da bioética.

A Grã-Bretanha, por exemplo, legislou em caráter de urgência sobre problemas específicos e, logo depois, teve que reformular a legislação tendo em vista os avanços da tecnologia genética e da medicina. A legislação australiana, que inspirou a legislação britânica sobre os embriões humanos, propunha a interdição em princípio de pesquisas nesse setor, com exceção daquelas investigações com interesse científico, desde que aprovadas por um conselho nacional de ética. Essas experiências legislativas permitiram que se alterasse a natureza dos diplomas legais sobre biologia e engenharia genética, deixando-se de atribuir no texto legal poderes decisórios aos conselhos de ética no controle da pesquisa científica. Passou-se a adotar a solução mais simples de aumentar os meios de controle através de legislação específica para cada setor pesquisado.

A especialização da legislação tornou, assim, necessário a rigorosa definição de princípios éticos e a determinação dos domínios nos quais serão aplicados, levando-se conta o estado da pesquisa, das técnicas e práticas. O então ministro Michel Sapin[2] do governo socialista francês, quando da discussão da legislação sobre a bioética, argumentava que os grandes textos do direito moderno nasceram sob a influência das idéias iluministas. O homem vivia, então, o conflito entre o mundo da razão e o mundo da natureza. Esse choque entre o homem social e o homem natural, entre a concepção de Voltaire frente à de Rousseau, foi resolvido com a vitória do primeiro. O direito moderno nasceu, assim, voltado para consagrar e garantir direitos e liberdades da pessoa humana diante do Estado; serviria a ordem jurídica liberal-burguesa para salvaguardar a pessoa humana diante das forças naturais e patológicas encontradas em seus semelhantes.

2 Michel Sapin, "Un entretien avec M. Michel Sapin", em *Le Monde*, 19/12/91, p. 12.

O debate sobre a natureza da ordem jurídica bioética, e sua classificação como uma nova categoria dos direitos do homem, gira em torno do reconhecimento ou não de novos direitos do homem. Consiste em saber se os direitos do homem biológico constituem direitos autônomos e, portanto, com uma normatividade própria; pergunta-se, nos tempos atuais, se existem direitos sobre o corpo. Essa discussão somente foi possível depois que os progressos da ciência e da prática médicas tornaram possível a separação entre o ser social e o ser biológico. O desafio para o pensamento filosófico e jurídico contemporâneo, talvez resida em prolongar e aprofundar o debate, iniciado em torno dos direitos civis e políticos no século XVIII, continuado na elaboração dos direitos sociais no século XIX e primeira metade do século XX, seguidos pelos direitos de terceira geração e o advento dos direitos de quarta geração na atualidade.

Essa investigação sobre a natureza desses direitos de quarta geração[3] encontra-se envolvida por um debate ético que a antecede. Alguns filósofos e juristas têm procurado analisar as relações entre a ética, a biologia e a ordem jurídica. Pode-se distinguir três principais correntes de pensamento, que procuraram estabelecer os fundamentos teóricos da bioética[4], correntes essas correspondentes às tradições de pesquisa biológica e médica: a corrente da *moral triangulation*, a corrente da teoria crítica da escola de Frankfurt e a chamada corrente espanhola.

A corrente da *moral triangulation*, representada pelo pensamento de A.R. Jonsen e S.Toulmin[5] e de J.D. Arras[6], sustenta que sendo a racionalidade humana limitada, a realidade não pode ser, por ela, esgotada. Dessa forma, são inviáveis as metafísicas que procuram dar um fundamento último e único à natureza humana, o que acarreta a impossibilidade de uma ética metafísica. Logo, a ética deve ser processual, atenta às diferentes possibilidades surgidas nas situações concretas. *Moral triangulation* será, então, o método adotado para que se possa encontrar a solução para os conflitos éticos; consiste, basicamente, na formulação de juízos éticos prováveis, levando-se em consideração todas as circunstâncias das situações e as perspectivas e interesses dos agentes sociais envolvidos. Essa corrente sustenta, em última análise, que a solução dos conflitos éticos não se encontra na formulação *a priori* de juízos éticos teóricos, mas sim na busca de critérios convergentes de todos os homens, a serem expressos por "máximas" de ação prática.

3 Bobbio, op. cit., p. 6.

4 Ricardo Vélez Rodriguez, "Bioética, poder e direito", em *Boletim Científico do Mestrado e Doutorado em Filosofia*, Rio de Janeiro, Ano I, nº 01, 1994, p. 17-19.

5 A.R. Jonsen e S.Toulmin, *The abuse of casuistry: a history of Moral Reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.

6 J.D. Arras, *Common Law Morality*, Hastings Center Report, 1990.

A segunda corrente do pensamento filosófico contemporâneo, que procura estabelecer critérios para a formulação dos princípios da bioética, é encontrada, principalmente, na obra de Jurgen Habermas[7] e de Karl Otto Apel[8]. A ética para os filósofos da escola crítica de Frankfurt realiza-se na história de cada sociedade e de cada cultura. Partindo da experiência histórica européia, Habermas e Apel sustentam que a obediência à vontade das maiorias não garante, necessariamente, um processo de tomada de decisões morais; também, reduzir a moral à defesa de interesses individuais ou de grupos significa transformá-la numa justificativa ideológica para o *status quo*. Por essa razão, é necessário construir-se um modelo ético que, levando em conta os interesses dos implicados na decisão, contemple, principalmente, os interesses do que Habermas denomina de "comunidade ideal de comunicação"[9]. Para Habermas, a sociedade democrática onde a ordem jurídica é permeada por valores éticos, baseia-se no respeito prático da dignidade de todos os homens; as normas bioéticas nesse contexto expressariam os valores de todos os implicados, que se identificam com toda a humanidade presente e futura.

A corrente espanhola, por sua vez, é influenciada pela filosofia hermenêutica de Heidegger e a filosofia husserliana. Distingue essa corrente do pensamento dois tipos de conteúdo da moral: o conteúdo formal da ética e o conteúdo material da moral. O primeiro é trans-histórico, enquanto o segundo modifica-se através dos tempos. O conteúdo formal é constituído por máximas morais encontradas na cultura e por um sistema de referência de qualquer máxima moral possível e que se identifica com o imperativo categórico kantiano — "age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"[10]. O comportamento humano, então, deve levar em conta que a pessoa humana constitui um fim em si mesma, nunca um meio. Os autores espanhóis, Diego Garcia[11] e Pedro Laín Entralgo[12], desenvolveram um esboço bioético, que procura atender à máxima kantiana. Esse esboço é constituído por quatro princípios: o princípio da não-maleficência, o da justiça, o da autonomia e o do benefício. Os dois

7 Jurgen Habermas, *Consciência moral e agir comunicativo*, trad. de Guido de Almeida, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 1989; *Justification and Aplication, Remarks on Discourse Ethics*, trad. de Ciaran P. Cronin, Massachusetts, The MIT Press, 1993, cap. 2.

8 Karl Otto Apel, *Transformacion de la filosofia*, trad. espanhola, Madrid, 1985.

9 Vide a propósito, Flávio Beno Siebeneichler, *Jurgen Habermas, Razão Comunicativa e Emancipação*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, p. 153-160, e Jacques Lenoble, "Droit et communication: Jurgen Habermas", em *La Force du Droit*, org. por Pierre Bouretz, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 163-190.

10 Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. portuguesa, Lisboa, Edições 70, p. 59.

11 Diego Garcia, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

12 Pedro Laín Entralgo, *La historia clinica: historia y teoria del relato patografico*, Barcelona, Salvat, 1961.

primeiros expressam o imperativo categórico, que determina o tratamento igual da pessoa humana. Os autores citados sugerem que os dois últimos princípios são dependentes dos dois primeiros, o que significa dizer que quando o bem particular entrar em conflito com o bem comum, este último deve prevalecer. Os princípios da não-maleficência e o da justiça constituem o que se chama da "ética de mínimos" e os dois outros dois, a "ética de máximos". A ética de mínimos constitui a ética do dever, própria do direito e a ética de máximos corresponde à escolha do "bom" e do "mau", pertinente à moral.

Dentro desse quadro de investigação conceitual é que algumas legislações incorporaram princípios, que pretendem responder à necessária vinculação da ordem jurídico-normativa com a realidade cultural. Encontramos, por exemplo, dois princípios, adotados pela recente legislação francesa sobre o assunto, que se constituem em referência ética obrigatória para o legislador: o primeiro, determina a indisponibilidade do corpo humano — meu corpo não pode ser tocado sem o meu consentimento; o segundo, proclama a não patrimonialidade e não-comercialidade do corpo da pessoa humana — o corpo não pode ser propriedade dos outros ou da própria pessoa. Em outras palavras, não podemos comprar o todo ou parte do corpo de outra pessoa, bem como, não podemos vender o próprio corpo. Esses princípios passam a integrar o conjunto de princípios, que fundamentam os chamados direitos universais do homem.

O processo legislativo sobre a engenharia genética e o exercício da medicina de ponta, por encontrar-se ainda *in fieri*, é um campo fértil para a análise da intersecção das relações entre o poder, a ética e o direito. O surgimento das novas técnicas médicas e genéticas produzem novos poderes, que remetem ao debate sobre as características da regulamentação pela ética e pelo direito dessas novas relações sociais. A sociedade pré-tecnológica vivia de certezas codificadas, até então válidas e eficazes, mas cujos princípios não mais atendem às novas exigências de regulamentação da vida social. Assim como as questões éticas referentes ao meio ambiente tornaram-se questões políticas, envolvendo interesses e disputas de poder, constata-se, em grau crescente, como as indagações bioéticas tornam-se objeto de análises voltadas para encontrar os fundamentos de seu ordenamento jurídico. A ordem política, por detrás e através do direito, acha-se diretamente afetada, em virtude, principalmente, da indagação ética na sociedade contemporânea.

Pode-se analisar, assim, como os problemas éticos e jurídicos, suscitados pelo desenvolvimento científico e tecnológico, relacionam-se com o controle social na democracia. Esse controle democrático processa-se em dois níveis de responsabilidade. O primeiro, trata das conseqüências do novo mundo da biologia, da genética e da medicina no exercício das profissões biomédicas; o segundo, tem a ver com o controle da sociedade sobre o desenvolvimento e a utilização das chamadas tecnologias da vida e da saúde.

Em ambos níveis de responsabilidade, colocam-se problemas, que não encontram resposta nas normas deontológicas profissionais. As novas tecnologias que lidam com a saúde e a vida humana ultrapassam os quadros restritos da ética estritamente profissional, e levantam problemas relativos ao controle social. Como escreveu Anne Fagot-Largeault[13] "quem cresce em poder, aumenta suas dúvidas de consciência", o que leva à descoberta das incongruências dos códigos de ética profissional tradicional.

A chamada "responsabilidade dividida"[14] nasce da insuficiência da teoria da responsabilidade do direito civil napoleônico em resolver as questões suscitadas pelos avanços da ciência e da tecnologia no campo da biologia e da medicina. De um modo geral a responsabilidade foi sempre considerada como objetiva do ato *post factum*, o que atendia às reivindicações de um direito preocupado em reparar o dano. Quando os moralistas começaram a buscar um novo tipo de responsabilidade, passaram a tratar da responsabilidade antecedente, como sendo aquela que se situa antes mesmo do fato. Essa maior abrangência do conceito de responsabilidade influenciou decisivamente o direito contemporâneo, dando à responsabilidade uma dimensão comunitária ou coletiva.

A autonomia e a responsabilidade, entendidas nessa nova dimensão, trouxeram conseqüências éticas e jurídicas para a pesquisa e a tecnologia no campo da biologia. A adoção de uma tecnologia particular advem de aspirações e necessidades reais da sociedade, ou nascem as necessidades do progresso e aperfeiçoamento da tecnologia? Ao lado das novas tecnologias, os questionamentos suscitados pela bioética ultrapassam seus próprios limites e leva-nos para "às questões mais fundamentais e globais, tratando do sentido da vida humana e de todas as realidades, até a morte, que constituem a humanidade"[15].

A realidade dos interesses e do poder, dentro da qual surgem os desafios para a bioética, faz com que a ética seja chamada a ser menos imperativa e mais interrogativa. A conseqüência para a ordem jurídica é que essa tornar-se-á menos preocupada com as normas e as leis, consideradas em si mesmas "justas", e mais atentas aos procedimentos para que as decisões possam estabelecer uma ordem justa. A contribuição de Habermas no sentido de vincular a *praxis* democrática à uma concepção da sociedade humana, entendida como "dialogal", vale dizer, fundada no respeito do outro e na possibilidade de comunicação livre, contribui para situar os problemas suscitados pela engenharia genética sob a ótica da moral coletiva. A questão do poder e de seu exercício — sendo o direito uma de suas manifestações — irá, assim, determinar a natureza da legislação sobre biologia e técnicas médicas.

A pergunta que permanece relaciona-se com a natureza do regime político. Trata-se de analisar a posição das normas bioéticas numa sociedade democrática de direito. O ordenamento jurídico que irá tratar de problemas nos quais a dimensão ética é determinante, principalmente no quadro de uma sociedade liberal-democrática, deve ser informado por alguns princípios basilares. O desafio que se coloca para a filosofia do direito consiste em determinar, entre os quatro princípios acima referidos, qual o mais relevante na construção da ordem jurídica relativa à biologia e às novas técnicas médicas na sociedade democrática.

Essa indagação não se processará em abstrato, mas em circunstâncias sociais e culturais específicas, que caracterizam a sociedade moderna. No terreno da bioética, o princípio da autonomia adquire papel predominante. Tratam-se de escolhas que têm a ver com o exercício da liberdade individual e que, por hipótese, encontram-se resguardadas pela inviolabilidade dos direitos individuais. O problema consiste em determinar qual a relação ideal entre o exercício da autonomia e a ordem social e jurídica; ou então, em que medida o princípio da autonomia servirá para aproximar a ordem jurídica do sistema referencial expresso no imperativo kantiano.

A conceituação do princípio da autonomia não se processa, entretanto, *in abstracto*, mas deve atentar para a ordem política, no caso o estado democrático de direito, dentro do qual será exercido.

Nesse ponto é que se torna essencial conceituar o estado democrático de direito, que se diferencia do estado liberal clássico, identificado com o estado mínimo[16] e o *laissez faire* econômico. Não se trata no estado democrático de direito de impedir o exercício da autonomia pessoal, mas sim o de promover as condições sócio-econômicas necessárias para garantir a existência das liberdades individuais, nascidas do exercício da autonomia. Isto significa que as pessoas não podem ser livres e autônomas quando não têm condições mínimas para fazer opções reais. Somente garantindo o mínimo social e econômico, a sociedade liberal torna-se democrática. Constata-se, então, como o exercício da autonomia individual na sociedade liberal-democrática e pluralista, levanta problemas que são fundamentais no campo da biologia e da medicina.

Por essa razão, a filosofia do direito é chamada a analisar a própria

13 Anne Fagot-Largeault, *L Homme Bioéthique. Pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, Paris, Maloine, 1985, p. 16

14 Guy Bourgeault, *L Éthique et le Droit, face aux nouvelles technologies bio-médicales*, De Boeck Université, Bruxelles, 1990, p. 177-210; vide também Michel Villey, "Esquisse historique sur le mot responsable", em *Archives de Philosophie du Droit*, nº 22, 1977, p. 45-58.

15 Bourgeault, ib., p. 238.

16 Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, p. 333 e segs.

natureza do princípio da autonomia e suas repercussões na ordem jurídica contemporânea. A idéia de autonomia moral tem uma longa e forte tradição no pensamento filosófico ocidental. Deita suas raízes na idéia aristotélica da ação voluntária como sendo o ato moral, praticado de forma livre e racional pelo agente[17]. A discussão dos filósofos medievais sobre a "consciência"[18] — se o julgamento de consciência obrigava o indivíduo ou não — permitiu que Santo Tomaz de Aquino[19] afirmasse a superioridade da consciência pessoal na tomada de decisões pelo indivíduo.

A idéia da autonomia pessoal veio a receber na obra de Kant um tratamento privilegiado e sistemático; o agente moral deixa de ser exclusivamente a fonte dos valores morais e adquire um valor em si mesmo. Em Kant, como escreve um autor contemporâneo, presenciamos o desenvolvimento da idéia de autonomia, que se torna um valor ético em si mesma, deixando de ser uma simples condição fundamental para a ação ética[20]. O importante na contribuição kantiana é que ela identifica a autonomia pessoal com a autonomia moral[21], e com isto eleva a escolha autônoma como moralmente boa. Não se trata, portanto, de uma escolha qualquer, mas sim uma escolha boa ou que se acredita boa. Por essa razão, para Kant a liberdade de escolher e a autonomia são intrinsecamente boas.

Outra contribuição essencial para o debate contemporâneo da bioética, também encontrada no pensamento liberal, é a de John Stuart Mill, que nas conhecidas páginas de *On Liberty* procura demonstrar como, no caso da liberdade de expressão, o exercício da autonomia traz consigo um benefício coletivo. Essa justificativa, conhecida como justificativa pelas conseqüências, quando aplicada ao campo da biologia e da medicina, torna-se um argumento que não atribui ao exercício da autonomia um valor absoluto, e, portanto, moral. O próprio Mill sustenta a importância da "individualidade", identificando-a como a capacidade da pessoa determinar de forma espontânea e independente o seu comportamento.

17 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Livro III, cap. 1. Para uma atualizada análise da ética aristotélica, consulte Sarah Broadie, *Ethics with Aristotle*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

18 Sobre esse debate, consulte Etienne Gilson, *The Spirit of Mediaeval Philosophy*, trad. de A.H.C. Downes, University of Notre Dame Press, 1991, cap. XVII.

19 Santo Tomaz de Aquino, *Summa Teologica*, 1a. 2ae., q.19, art. 6.

20 Max Charlesworth, *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge University Press, 1993, p. 12.

21 Ibidem, p. 21. Para uma crítica dessa interpretação do pensamento kantiano, vide Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 370, onde a autonomia kantiana é considerada como sendo exclusivamente moral, distinta da autonomia pessoal. Sobre o conceito de autonomia de uma forma geral, vide Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1991.

Foi, entretanto, à sombra da influência de Kant e de Mill, que se desenvolveu o pensamento liberal-democrático contemporâneo, universo próprio para a exercício de decisões livres e autônomas e onde encontra seu lugar o debate sobre os princípios da bioética. O reconhecimento da individualidade como sendo o desenvolvimento genuíno da consciência moral, possibilitou situar a temática da biologia atual e da engenharia genética como dependentes de valores morais. Nesse campo, onde a individualidade irá expressar-se através do exercício da autonomia moral, torna-se necessário a definição de princípios. Ainda que vivamos uma época em que se questiona a permanência de princípios morais, eles se tornam imprescindíveis quando a ordem jurídica defronta-se com novas realidades culturais, sociais e econômicas. Isaiah Berlin mostra como os princípios, mesmo contestados são essenciais para a ordem social: "pode ser que o ideal da liberdade de escolha termine sem que se reconheça o seu valor universal, e que o pluralismo de valores, relacionados com ele, seja somente o fruto tardio da nossa declinante civilização capitalista; um ideal que as idades remotas e as sociedades primitivas não conheceram, e a posteridade encarará com curiosidade, e mesmo simpatia, mas com pouca compreensão. Talvez, assim seja; não me parece que devamos tirar conclusões céticas a respeito. Os princípios não são menos sagrados em virtude de sua duração não poder ser garantida"[22].

A articulação do princípio da autonomia moral com a ordem jurídica referente à biologia e medicina deverá, portanto, ser feita tendo em vista as realidades sociais produzidas pelo progresso científico. Isto significa, como escreve Bourgeault, que não cabe aqui chamar de morte da ética, o simples esvaziamento de uma moral; nem, muito menos, falar em fim do direito, quando constatamos o atraso dos códigos em face de novas realidades[23]. O importante a destacar, talvez seja, o fato de que os desafios, encontrados pela ética e o direito face ao desenvolvimento tecnológico, provocaram um retorno da interrogação ética.

Antes de legislar, a sociedade contemporânea está sendo convocada a responder algumas perguntas que têm a ver com a irrupção de novas realidades produzidas pela ciência e pela tecnologia. Algumas indagações necessitam serem enfrentadas: o avanço da tecnologia na segunda metade do século XX permitiu que o homem compreendesse, cada vez mais, as leis da natureza e que criasse um mundo, nascido da sua própria inteligência. Resta saber se o homem pelo fato de que pode criar e fazer, pode e deve fazer pela simples razão de que tem conhecimentos e meios para tal; convem que ele construa

22 Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. 172.

23 Bourgeault, ob. cit., p. 42.

aquilo que a ciência lhe permite? Convém que assim seja? E, mais importante ainda, quem irá decidir?

O homem desde sua criação procurou determinar o seu destino, não sendo, portanto, um fenômeno dos nossos tempos as ambições surgidas no contexto da biologia e da engenharia genética. As novas questões da ética contemporânea, que pedem, também, novas normas jurídicas, relacionam-se com a progressiva ampliação do campo da intervenção humana. O novo homem marcado pela racionalidade técnica desenvolve um esforço de autodeterminação e autocriação, que não tem procedentes na história[24]. Essa nova realidade cultural e social tem reflexos na ordem política e na ordem jurídica; mais do que simples adaptações nos códigos, ela exige a reflexão do filósofo e a criatividade do jurista.

Os parâmetros, que irão definir e limitar as relações da biologia e da medicina com a ética e o direito, serão determinados pelas relações dos experimentos biológicos, e as possibilidades tecnológicas por eles abertas, com a ordem jurídica. No estágio atual das investigações biológicas, onde não se tem um conhecimento sistematizado das novas descobertas e suas conseqüências para o ser humano, a interrogação a ser respondida pelos filósofos e juristas tem a ver com a articulação da experiência biológica com os direitos do homem. A reflexão propriamente ética vai antecede, como escreve Jean Ladrière[25], a articulação entre a experiência científica e o domínio jurídico. O campo dos direitos do homem é que possibilita a introdução da dimensão ética nessa questão.

Os direitos do homem constituem-se no núcleo do estado democrático de direito, e quando aplicados na pesquisa biológica e nas técnicas médicas contemporâneas, necessitam serem pensados em função da sociedade liberal e plural dos nossos dias. Os valores e os possíveis direitos, relacionados com os progressos da biologia e da medicina, estando ainda em processo de elaboração, trazem algumas dificuldades na aplicação dos ideais da sociedade liberal e democrática nos domínios da bioética.

Os desafios que nascem do progresso científico na biologia e na medicina podem ser organizados em três grandes conjuntos de problemas. O primeiro refere-se ao fim da vida, onde se discutem questões como a ética do suicídio, o chamado direito moral de morrer, a escolha por aquelas que não podem escolher por si mesmos, o aborto etc. O segundo conjunto trata do começo da vida: novas formas de concepção e gestação (fertilização *in vitro* e barriga

24 A propósito da sociedade tecnológica, vide a obra clássica de Jacques Ellul, *La Technique ou l enjeu du siecle*, Paris, Librairie Armand Colin, 1954.

25 Jean Ladrière, *Ética e Pensamento Científico, Abordagem Filosófica da Problemática Bioética*, trad. de Hilton Japiassu, São Paulo, Letras & Letras, s.d., p. 118.

de aluguel) e de formação de família. Finalmente, as relações entre os indivíduos e o sistema de saúde. Cada um desses problemas terão implicações sociais e legais ainda desconhecidas, não encontrando lugar definido no sistema cultural e jurídico da atualidade.

Existe um conflito entre os ideais da sociedade liberal e o debate e a prática da bioética na sociedade contemporânea. O princípio da autonomia, fundamento do estado liberal e democrático, por exemplo, vem às vezes acompanhado na sua aplicação por formas de paternalismo, sendo que a lei acaba em muitos casos interferindo na moralidade pessoal. As dúvidas a respeito das novas formas de tecnologias reprodutivas, ou sobre o direito à eutanásia, evidenciam as dificuldades éticas e jurídicas com que se debate o homem contemporâneo face à nova realidade científica.

Alguns autores procuraram aplicar os valores da sociedade liberal clássica na solução dos problemas suscitados pela bioética contemporânea. Essas tentativas têm redundado em fracassos pois, no que se refere à questão da moralidade, o estado liberal tem uma contradição não resolvida: por um lado, tem uma ordem jurídica que se baseia no respeito aos direitos individuais, mas, por outro, procura impor uma moralidade pública expressa na lei, exercendo o Estado, dessa forma, o papel de polícia moral. Muitos sustentam que essa moralidade comum é essencial, para que a análise das questões bioéticas tenha sentido e consistência.

O aparente fracasso da aplicação dos ideais liberais à bioética relaciona-se com o próprio esvaziamento da proposta liberal, e, talvez com o fato de que a teoria do estado democrático de direito não tenha desenvolvido com rigor os seus fundamentos éticos. O ideal liberal foi simplificado a ponto de ser identificado com a moralidade que assegura aos seres humanos tratamento igual pelo governo[26]. O esvaziamento do liberalismo resultou do predomínio dos seus aspectos libertários, esvaziamento este que se iniciou no século XIX com a afirmação absoluta dos direitos individuais face ao Estado e terminou na segunda metade do século XX com a redução do liberalismo a vagas formulações sobre os direitos do homem. As características individualistas da ordem jurídica liberal-burguesa nasceram desse entendimento reducionista da teoria liberal sobre a sociedade e o Estado. A moral social-burguesa, em conseqüência, não adquiriu uma dimensão pública, reduzindo-se ao exercício privado, ainda que o Estado procurasse determinar uma moralidade pública, expressa nas proibições da ordem jurídica. A história da legislação sobre a pornografia, por exemplo, revela como a chamada "moral vitoriana" exerceu papel preponderante nas leis e nos códigos. Os debates sobre o aborto e as drogas na atualidade encontram-se prisioneiros dessas mesmas limitações.

26 Ronald, Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 441.

No entanto, o princípio da autonomia desenvolvido por Kant leva-nos a novas possibilidades, que poderão permitir a solução dos enigmas colocados pela bioética e os direitos de quarta geração. Isto porque em vez da ordem legal ser a expressão da vontade do Estado — o que no estado liberal clássico significava a vontade das elites dirigentes e proprietárias —, o princípio da autonomia possibilita a construção de uma ordem social e jurídica, onde o agente moral autônomo ou a pessoa humana merece respeito absoluto. A sociedade liberal e democrática será assim constituída por agentes morais, autônomos e autodeterminantes que, por essa razão, organizarão uma coletividade com muitos riscos. Porém, esse tipo de sociedade será preferível à uma sociedade de crianças morais, dirigidas por uma autoridade que lhes determina o comportamento. O debate desloca-se, então, para o terreno da possibilidade do acordo ético na sociedade multicultural.

As dificuldades encontradas no debate bioético remontam, portanto, a dois tipos de causa. Em primeiro lugar, porque tratam de realidades ainda não totalmente conhecidas e dominadas pelo homem; em segundo, porque as novas descobertas realizam-se numa sociedade cujos valores e cuja ordem jurídica, deles decorrentes, são contestados em seus fundamentos por um homem e uma sociedade nas dores do parto. Isto não significa, certamente, que os princípios, como o da autonomia serão ignorados, mas simplesmente terão uma leitura mais crítica e prospectiva. Somente inserindo-se no processo de elaboração legislativa a dimensão ética, expressão da autonomia do homem, é que a ordem jurídica poderá atender às novas realidades sociais, produto da ciência e da tecnologia.

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL

YVAN SENRA PESSANHA

"Ficamos fazendo Constituição a vida inteira, mas o País nunca se constitui."
José J. Veiga, in "Entrevista ao JORNAL DO BRASIL, RJ, de 1º de novembro de 1992".

1. A Constituição, como instrumento jurídico de aplicação segundo a conveniência política; 2. A Democracia, que possibilita implantação de consciência política superior; 3. O exame de alguns postulados constitucionais referentes ao processo penal e a dualidade de sua aceitação; 4. Conclusões.

1. Embora na sociedade brasileira se verifique, atualmente, maior crença no "*exato sentido da Constituição*", no dizer do Prof. DALMO DALLARI[1], disseminado este sentimento por número cada vez mais crescente de pessoas, a maioria dos agentes políticos encarregados de sua execução, interpretação e os que a elaboram propriamente, freqüentemente distorcem o espírito da Lei Maior. Chefes de Executivos e Parlamentares, por isso, merecem o escárnio e o desprezo de grande parte do povo brasileiro. Os votos nulos e em branco, nos últimos pleitos, são indicadores veementes dentre outros que se conhecem. O Poder Judiciário, igualmente, não escapa da apreciação contundentemente desfavorável.

A implosão do mundo dito do *socialismo real*, que é preferível ser apontado como do *pseudo-socialismo*, não foi bastante para desmerecer a visão *althusseriana* da sociedade capitalista, com os *aparelhos ideológicos*

1 DALLARI, Dalmo de Abreu, "Constituição e Liberdade", in "Direitos Humanos", 2ª ed., Edições Paulinas, São Paulo, 1978, p. 92.

estabelecidos em defesa do capital. Daí se compreender melhor a realidade sócio-econômica brasileira, com a chamada impropriamente *classe política*, atuando como linha de frente das verdadeiras classes hegemônicas, que, há séculos, dominam o Brasil. Essas *elites* (serão mesmo?) têm comportamento, de tal forma predatório e usurário, que quase sempre visam manter regime exacerbadamente espoliativo do capital, com as seqüelas do aumento das desigualdades sociais e a degradação permanente das relações sociais.

A Constituição Federal de 1988, redigida num clima burguesmente rotineiro, em que os legítimos representantes do povo dispunham de pouco espaço político, posto que *minoria*, acabou por acolher concessões democráticas e preceituar conquistas social-democráticas. Perfilhou direitos sociais e econômicos, além de manter outros, civis e políticos, albergados em diplomas constitucionais anteriores. Teria havido recuo da *maioria*? Esta, integrada de porta-vozes de grupos monopolistas internacionais e nacionais, empreiteiras, banqueiros, latifundiários e espécimes assemelhados, obviamente que assim agiu dentro da tática do *entregar os anéis para não perder os dedos*. Os dominadores compensaram a desumana concentração de renda, que resulta na existência de metade da população, de um total de cerca de cento e cinqüenta milhões de habitantes, vivendo em nível de pobreza absoluta, com milhões de crianças abandonadas (ou exploradas?), com alguns direitos, formalmente respeitados, em textos, cuja clareza ainda que indiscutível, são espezinhados por agentes de outros Poderes, que, consciente ou inconscientemente, como é o caso de certos magistrados, agem "segundo o interesse de uma pequena classe privilegiada"[2].

O *artigo 5º* da Constituição, por exemplo, cotejado com o quadro social do País, referto de miséria e exploração por todos os lados, se identificaria com um soneto parnasiano, de autoria de poeta nefelibata, não fora a prefalada concessão que as classes detentoras do Poder Estatal se vêm obrigadas a permitir, como *válvula de escape* para frear a pressão das classes subalternizadas e excluídas. CAIO TÁCITO, um dos mais lúcidos constitucionalistas do sistema, reconhece que a Constituição "é, por excelência, uma Carta generosa e, em certos momentos, utópica. Auspiciosa em exprimir um louvável modelo progressista de ação social, avança compromissos de duvidosa exigibilidade, ao menos a curto prazo.[3]

A incompetência de nossas elites, no comando dos aparelhos governamentais e na gestão dos negócios públicos, tem-se revelado de forma tão aberrante, para não dizer desalmada e perversa, a ponto de seus mais clarividentes e inconformados corifeus, como o honrado Prof. AFONSO ARINOS[4], terem de vergastar a maneira pela qual elas se conduziram e (des)encaminharam o País a rumos desconectados com o progresso social e mesmo material.

2 ANDRADE, Lédio Rosa, in "Juiz Alternativo e Poder Judiciário", Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, p. 43.

3 CAIO TÁCITO, in "Revista de Direito Administrativo", nº 1994, FGV, 1993, p. 2.

As classes hegemônicas, contudo, mesmo com o clima de condescendência estabelecido na Constituinte, não conferem cunho de maior seriedade ao discurso jurídico, quando há contraste dele com algum privilégio ameaçado, dentre os muitos que reservaram, no curso da história. Seus *intelectuais orgânicos*, que são nossos mais *badalados* jurisconsultos, quase sempre adotam posições em que a tergiversação está sempre presente, quando não a negativa peremptória às pretensões dos espoliados.

Nossos mais afamados juristas, infortunadamente, provêm das classes possuidoras, ou a elas se associam, se diferente a origem social. Poucos, muito poucos integram o pugilo de abnegados, nos chamados *serviços legais inovadores* (CELSO CAMPILONGO)[5], voltados para a defesa de direitos e interesses coletivos, atuando nos movimentos populares, tanto no sentido da prestação de assistência jurídica, como participando do trabalho de conscientização política e organização popular. Poucos, enfim, defendem os despossuídos. Somente *os que possuem uma consciência crítica indignada*, na observação do Mestre FLORESTAN FERNANDES, dentre os intelectuais, não se deixam cooptar para a manutenção dos privilégios dos dominadores. Dessa maneira, fica adstrita a poucos juristas a defesa dos direitos dos pobres de todo o gênero, como os operários, os miseráveis, a pequena burguesia proletarizada.

2. Aos *trancos* e *barrancos*, como diria o infefável DARCY RIBEIRO, o Brasil vai sendo inventado. Dia-a-dia, novas conquistas próprias e aculturações da inventiva de outros povos. Na terra fértil e dadivosa, beneméritos, como RUY BARBOSA, TAVARES BASTOS, AMARO CAVALCANTI, NILO PEÇANHA, PEDRO LESSA, TAVARES DE LYRA e tantos outros plantaram a sementeira da Democracia. Os *jardineiros,* por não estarem comprometidos com os interesses da maioria da Nação, é que não cuidaram da plantinha, tenra e formosa, da Democracia, adubando-a e regando-a, como necessário. Deu no que deu.

Não obstante a ineficiência das elites, as chamadas *brechas democráticas* foram sendo abertas no terreno do autoritarismo, que se instituiu, após a Proclamação da República, realizada no pretenso propósito de estabelecer regime aberto a todos, no quadro geral de *descompreensão*, que passou a ser rotina. Mas, quem abriu as referidas *brechas*?

4 AFONSO ARINOS, in entrevista ao jornal O Globo, Rio de Janeiro, 20.08.1979.

5 CAMPILONGO, Celso, "in" Assistência Jurídica e Realidade Social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais, Seminários, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

A toda evidência, não foi a *generosidade* das classes hegemônicas, de malíssima índole. Não foi o *ditador de plantão*, figura corriqueira nos cem anos de República, quem criou, ainda que formalmente, o *Welfare State*, que exibimos na legislação social, mas que negamos na prática.

Foi a luta do povo que propiciou esses avanços na área social. Através de muito sangue derramado, prisões sem fim (os arquivos dos *DOPS* estaduais no-lo revelam agora), as chamadas *esquerdas* comandaram parcelas do povo nessa tarefa. Esses avanços e progressos seriam maiores e melhores não fora o instrumental equivocado usado por essas *vanguardas,* atreladas que estavam ao modelo *soviético*, que acoimava a *ilusões democráticas* todos os intentos para se alcançar sistema de participação democrática cada vez mais ampliada. Com um original tão antidemocrático, a *cópia* teria de ser o que realmente foi. E aí se perderam dezenas de anos em lutas mal encaminhadas.

Nunca é demais, porém, ressaltar que, no processo da luta em prol da Democracia, as forças sociais efetivamente interessadas nas transformações estruturais de que o Brasil necessita (as conhecidas *reformas de base*), surgiu uma luz, que já está iluminando o caminho a ser percorrido pelos autores das mudanças. Hoje, o empenho é pela implantação de regime verdadeiramente democrática, ou de Democracia possível, suscetível de produzir nova consciência política libertadora no maior número de pessoas, vitimadas pela condição desastrada que as classes dirigentes imprimem ao País.

A DEMOCRACIA, como valor universal, é, induvidosamente, o caminho brasileiro para se chegar a regime de menos injustiças sociais, como se tem registrado, desde a invasão portuguesa, em 1500 (dita "Descobrimento"), até e principalmente aos dias atuais. Louve-se, para tanto, o trabalho científico de nossos cientistas sociais, como CARLOS NELSON COUTINHO[6], juntamente com outros estudiosos, que tem se situado à frente de crítica demolidora das concepções totalitárias de nossas *esquerdas*.

A descrença na Democracia, mesmo a burguesa, que temos, com seus arranjos e maquiações, gerou, inclusive, o abandono da via judicial para a realização das pretensões mais sentidas pelo povo, desprezando-se, assim, forma de luta, que, adequadamente explorada, forçará o Poder Judiciário, como tem acontecido, na dialética da *praxis* forense, a tomada de posições a favor dos despossuídos, embora *aparelho ideológico* das classes hegemônicas.

A prática judicial do futuro refletirá os novos tempos, que vamos viver e que serão duradouros à medida que as refregas políticas (para não falar em *lutas de classes*, cuja simples citação ainda causa cólicas nos dominadores)

6 COUTINHO, Carlos Nelson, in "A Democracia Como Valor Universal", Ed. Ciências Humanas, Rio de Janeiro, 1980.

se harmonizem com o entendimento de que a Democracia é, certmente, um *valor universal.*

3. O estudo da incidência e aplicação dos postulados constitucionais na prática diuturna do processo penal vai evidenciar o descaso, ou o antagonismo mesmo, com que se comportam muitos membros do Poder Judiciário, senão e mormente sua cúpula.

Ante a natureza deste trabalho, deter-se-á tão-somente na postura de como são encarados os princípios reitores do processo penal, entranhados na Constituição, ou seja, a exame do *amplo direito de defesa* e a *presunção de inocência.*

Verifica-se que não se pode adotar, em face da determinação do amplo direito de defesa, acolhido na Carta Magna brasileira, posição defensora da completa ausência de participação do futuro acusado, na fase embrionária de indiciado. Não há que se propugnar por um contraditório pleno, mas a investigação não deverá ser também absolutamente inquisitorial.

A melhor fórmula para enfrentar o problema, e não contorná-lo, ainda está no *in medio virtu*: dependerá do caso, do tipo de crime, que se apura, em suma, a aceitação da defesa ampla. Registre-se, todavia, pois sabido de todos que transitam no âmbito da área criminal, que o contraditório sempre existiu para os indiciados mais ricos, ou até os razoavelmente patrocinados por advogados vigilantes. Não houvesse, notadamente na cidade do Rio de Janeiro, uma polícia incrivelmente *corrupta*, ademais de violenta, a afirmação poderia soar como leviana. No entanto, é imperioso assinalar, que, no momento, quando este escrito é elaborado (1995), mais de 40 (quarenta) delegados de polícia, lotados na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, estão denunciados e processados perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por suas condutas ligadas aos *bicheiros* e complacência geral com formas graves de criminalidade.

Nestas condições, o favorecimento da Polícia freqüentíssima vezes se concilia com a atuação livre do advogado, que junta documentos, indica testemunhas e requer outras provas, tudo às ocultas, quando muito melhor que a "diligência" se processasse com o respaldo da lei. A permissão legal espancaria a *corrupção*, no estímulo a que todos cooperassem para o esclarecimento do fato investigado.

Em pensando assim, acredita-se que o ensinamento do Mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES[7], com a mais sincera vênia, soa desarrazoado, na afirmação de que "para os procedimentos preparatórios, de natureza geralmente inquisitória, a defesa ampla não está constitucionalmente assegurada".

7 MARQUES, José Frederico, in "Tratado de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 102.

E as defesas no procedimento contravencional? E na dos crimes apenados com detenção? E o inquérito judicial dos crimes falimentares? E os inquéritos judiciais eleitorais, previstos na Lei Complementar nº 4, de 1990?

Todos esses exemplos nada significam diante da investigação dos *comportamentos socialmente negativos*, conforme acentua o Mestre Raul Zaffaroni, em sua "Busca das Penas Perdidas". Na apuração da criminalidade realmente lesiva de bens jurídicos mais relevantes, isto é, da *criminalidade burguesa* (crimes econômico-financeiros, ambientais, crimes do poder, máfia e outras *societas sceleris*, resultantes de acidentes no trabalho, exigência de jornadas excessivas de trabalho etc.) o amplo direito de defesa se exercita sem nenhuma turbulência. A atitude da polícia é de mesuras e salamaleques para com esses verdadeiros grandes delinqüentes.

Um contraditório, pelo menos *mitigado,* em razão das circunstâncias demonstradas, incidindo na fase preliminar do processo penal, levando-se em conta os supremos interesses da sociedade, lesionada pelos delitos que lhe conturbam as atividades, sem esquecer dos direitos fundamentais da pessoa humana, é providência acauteladora e indispensável para o processo penal aprimorar-se. Vale insistir que o inquérito policial, qualquer que ele seja, carrega consigo, iniludivelmente, grave constrangimento à pessoa do indiciado. A sua instauração atravanca a vida da pessoa nele indiciada, criando-lhe transtornos no direito de ir e vir, além do fechamento das possibilidades de trabalho para os mais pobres. E, depois, não se devem desprezar as facilidades, que se têm, para instaurar um inquérito: qualquer delação, uma *notitia criminis*, parcamente instruída e o indiciado nunca mais na vida, terá sossego, pois estará sempre às voltas com os famigerados *antecedentes*.

Outro *exemplo* gritante de como o princípio da defesa ampla é desdenhado, no Juízo Criminal, é a *inexistência de resposta prévia* à denúncia ou a queixa-crime, antes do seu recebimento pelo julgador.

Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, que sejam afiançados, estando a denúncia ou queixa de conformidade com os preceitos legais (nem todos, ver-se-á adiante), o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

O artigo 514 do CPP, por conseguinte, consagra a resposta preliminar do quase-acusado à instauração da ação penal. Há, destarte, um contraditório prévio, remontando a origem desse dispositivo ao velho Código de Processo Criminal, de 1832. Mas, por ser antigo, o sistema não deve ser visto com antipatia. Principalmente para quem advogue o descongestionamento da Justiça Criminal, na linha vigente de justa desburocratização, nada melhor do que se admitir uma *defesa prévia*, substanciosa e efetiva, que, de fato, conteste os termos da denúncia ou da queixa.

É irrecusável que as alegações preliminares, por força do artigo 395 do CPP, não têm o mesmo condão de arrefecer o teor da peça inaugural, desde que a mesma, já aceita pelo magistrado, atingiu efeitos inalcansáveis na comumente intitulada defesa prévia.

Objeta-se muito, na formulação das alegações do artigo 395, que é temerário escancarar, de início, os elementos em que a defesa do acusado deverá ser estruturada. Lamentavelmente, o *princípio da lealdade processual*, que nos procedimentos de natureza civil já se afigura possível e, de fato, concorre para a melhor cognição, nos albores da ação, ainda recebe tratamento diverso, no campo específico, nesta parte, no processo penal.

A lealdade deveria ser o traço comum a vincar as relações entre as partes, no processo penal. Entretanto, o estágio a que chegou o progresso social, com os seus reflexos na elevação moral dos homens, ainda não autoriza a se pensar nestes termos, bem idílicos, para a atualidade, em que o individualismo possessivo cavou fundo na conduta da maior porção da humanidade.

Outro aspecto a considerar, na aplicação do artigo 514 examinado, refere-se ao *julgamento antecipado da lide*, que ocorrerá, nos demais procedimentos criminais, quando os fatos, tornados incontroversos, em face da *resposta*, autorizam-no, como conseqüência natural. Muitas incidências procedimentais tornar-se-ão inócuas e se afastarão protelações. A celeridade, como princípio compatível com os de natureza constitucional do processo, não se atritará com nenhum outro. Ao invés, introjetará mais vigor e dinamismo para que eles sejam exercitados. A sociedade ganhará e o réu, também. Rejeitada, liminarmente, a acusação, muitos ônus desnecessários serão economizados. Em caso de recebimento, a denúncia ou a queixa preencherão, normalmente, as finalidades que determinam sua existência.

Acontece, porém, que os nossos juízes não pensam assim, apesar da proposta já não ser nova e vir, inclusive, estabelecida no Projeto FREDERICO MARQUES do novo Código de Processo Penal, que dormita nas gavetas do Congresso Nacional há mais de 15 (quinze) anos...

Outro exemplo, pouco dignificante do respeito à Constituição Federal, em atinência aos postulados que regem o processo penal, refere-se à *presunção de inocência.*

A inobservância, à guisa de exegese, começa na discussão do nome do princípio. Presunção ou estado de inocência? Não importa, ele foi prescrito na Constituição, para ser cumprido. Transposto o primeiro obstáculo, imposto pelos que acreditam não dever obediência a ele, tem início infindável e bizantina polêmica, sobre ser cabível, ou não, frente a um dispositivozinho do artigo 594 do CPP.

Vejam só: aqui, mais do que em qualquer outro lugar, surge o *taticismo* também como apanágio do Poder Judiciário. Aplica-se, mas não se aplica...

Faz-se uma *concessão*: na prisão provisória de natureza processual, o artigo 595 está banido. Mas, na prisão provisória tipicamente cautelar, não. O texto legal está revigorado (ROGÉRIO LAURIA TUCCI)[8].

A questão parece mal resolvida, se não a examinarmos com o espírito voltado para o comando da Constituição.

O caso, com a vênia dos doutos Mestres que prelecionaram o tema, se resume em se aplicar, ou não, a Constituição e estimar-lhe, na hierarquia das leis, a primazia, com suas disposições regendo, de forma incontrastável, a ordem jurídica do País.

Portanto, o que se verifica, em última análise, é a incompatibilidade entre uma lei anterior (Código de Processo Penal, editado, através de decreto, pela ditadura VARGAS, em 1941) e uma Constituição (promulgada em 1988), e cuja solução, a toda evidência, seria a revogação da lei (ou decreto) e não a argüição de inconstitucionalidade. Este, aliás, é o entendimento da Suprema Corte do País. V. RTJ, nº 95/980 e 993.

Decisão em contrário não se aterá ao espírito liberal que infundiu o legislador constitucional de 1988, mormente ao elaborar os preceitos mandamentais do artigo 5º da Carta Magna.

O dispositivo constitucional (artigo 5º, LXII), *data venia*, não deve ser interpretado, de maneira a propiciar posicionamentos frenadores dos avanços liberais e democráticos, consubstanciados nessas normas.

É do espírito da Constituição de 1988 que os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, após tantos anos de desrespeito e depreciação, agora vieram para ficar. O tratamento privilegiado que o texto constitucional lhes consagrou, não pode deixar dúvida no espírito do intérprete. O autoritarismo há de ficar para sempre sepultado. Resta esmagar a cultura por ele gerada e que criou raízes profundas na consciência de todos os brasileiros.

Não é possível conciliar, indefinidamente, avanços e recuos. Quando o Brasil deixará de ser o último em quase tudo, na área social e jurídica? A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, só agora foi referendada pela Constituição de 1988, no tocante a muitos dos direitos fundamentais, entre os quais o da presunção de inocência. A tendência sempre postergatória das elites brasileiras passou a ser constante. Não foi à toa que a extinção da nefanda *escravatura* de nossos irmãos negros só se deu há cem anos. Assim mesmo, para impedir-lhe a aprovação, inventaram a "lei do ventre livre", a "dos sexagenários" e quejandas protelações. Com o *sufrágio universal, o divórcio, a reforma agrária* etc., *a conduta é sempre a mesma.*

O Código de Processo Penal, essa velharia legislativa, de 50 anos, nascida

8 TUCCI, Rogério Lauria, "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro", Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 408/409.

em plena safra ditatorial, há de ser visto dentro de novo contexto, com suas inconstitucionalidades, que exigem mudanças e arredamentos imediatos. Seus dispositivos, *se não derrogados*, devem estar vinculados racional, política e juridicamente à letra e ao espírito da Constituição, que apregoa, *ab initio*, os direitos e garantias fundamentais, como sinalizando sua índole.

De outra forma, "*qual a valia da Constituição*?", brada o conceituado FERNANDO DA COSTA TOURINHO, in "Processo Penal", 1º volume, página 65, 12ª edição, Editora Saraiva, 1990.

O que se pretende, em suma, é o reconhecimento da Constituição Federal como *pressuposto de validade e de eficácia* de todo o ordenamento jurídico estatal. O que, sem dúvida, é negado, quando, por exemplo, se sobrepõe a norma derrogada do *artigo 594* do Código de Processo Penal ao texto constitucional, para se negar ao acusado o direito de permanecer solto até o julgamento do apelo interposto.

Assim sendo, o pedido em favor de pessoa não condenada definitivamente e que, no entanto, está impedida de aguardar o julgamento da apelação interposta em liberdade, deve, pois, ser examinado à luz do pensamento jurídico moderno e principalmente da diretriz constitucional.

A força normativa e a imperatividade da Carta Magna prescidem de interpretações que visam reacomodar o texto constitucional ao velho leito, hoje vazio, senão poluído, do autoritarismo, porquanto são auto-executáveis. V. *José Frederico Marques*[9].

Prender alguém, antes do trânsito em julgado da condenação, por mais brilhantes e inteligentes que sejam os argumentos em contrário, como os expendidos pelos defensores da tese em sentido oposto, *é dar início à executoriedade da decisão*, ainda pendente. E não reconhecer o efeito suspensivo da apelação interposta.

É saber que, conquanto e apesar de ocorrer o fenômeno da *detração* (artigo 42 do Código Penal), se está mesmo ingressando, prematuramente, na fase executória penal.

Para finalizar, a questão dos *maus antecedentes* deve merecer tratamento mais responsável. Ela é discutida genericamente, sem querer saber que pode ter havido exclusão de juridicidade, acusações falsas, pedidos ineptos de abertura de inquérito policial etc. Aliás, com a permissividade que a legislação confere para pedidos de abertura de inquértios policiais (e com a polícia que temos...) seria sempre de bom alvitre examinar os antecedentes com muita precaução, não se devendo irrogar o labéu de *maus antecedentes*, de forma atabalhoada e leviana.

9 MARQUES, José Frederico, "Tratado de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 109.

O acusado pode ser gravemente penalizado por "antecedentes" havidos como "meio de prova", dos quais o juiz não teve conhecimento. É uma equivocada *prova emprestada*, que não atendeu ao contraditório, nem à ampla defesa. O mais grave, ainda, é o conceito, anacrônico e superado, de *maus antecedentes*, usualmente, porque acriticamente aceito. O caráter de *perpetuidade* dos antecedentes, que a maioria dos julgados lhe confere, contrasta, em sua imobilidade, com a evolução histórica do Direito, que repele todas as penas, sanções e castigos perpétuos. O *decurso do tempo*, no Direito, tem implicações seríssimas, inconciliáveis com o sentido estático e imobilista, que depreende de decisões injustas. Para que, então, a observância da *preclusão*, da *perempção*, da *decadência*, da *prescrição*, que atingem fases mais relevantes do procedimento, amesquinhando a dimensão dos antecedentes? Imagine-se o caso de um acusado, que, nos verdores de sua vida, aos dezoito anos de idade, por exemplo, comete um crime. Ainda que, posteriormente, tenha uma vida santificada, quando chegar aos setenta anos, e tiver a infelicidade de praticar outro delito, ainda assim, cinqüenta e dois anos depois, deverá ser considerado portador de maus antecedentes.

Lamentavelmente, este tem sido o caminho, mau caminho, seguido pela maioria dos aplicadores. A presunção de *periculosidade*, além da de *fuga*, tem mais relevo do que a expressamente recepcionada pelo legislador constitucional.

O equívoco (será mesmo?), agora, apresenta mais uma agravante: está em vigor, no Brasil, desde 1992, com força de lei ordinária a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, que, nos artigos 8º, nº 2, inciso *h* e 25, garante, na esfera criminal, o duplo grau de jurisdição a todos os condenados, independentemente de eventual prisão decretada por motivos cautelares[10].

4. No elaborar este trabalho, o autor muitas vezes antecipou ilações, que foram naturalmente surgindo. No fluir das idéias, eram inevitáveis algumas inferências, por mais claras e diáfanas que sejam. Os interesses contrariados e o empenho para ocultá-las, sob meias verdades, todavia, apresentam-se muito poderosos. Mas, em sendo esta uma conclusão, decorre de tudo que foi analisado:

4.1. A Democracia deverá conduzir o País a implantação de novo ordenamento jurídico, com Código de Processo Penal que incorpore todas as conquistas havidas na luta dos juristas democratas, que não estão a serviço apenas de uma classe social, ou classes hegemônicas, mas de todo o conjunto da população;

4.2. A prática do processo penal, pelos operadores jurídicos, para tanto

10 GOMES, Luiz Flávio, in "Direito de Apelar em Liberdade", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

competentes, deve assimilar, internalisando-os como conduta normal e permanente, os resultados da democratização que se verifica em outros setores da vida brasileira, com a aceitação dos postulados constitucionais, que informam o processo penal, afastado, principalmente, o preconceito da falsa neutralidade;

4.3. Os textos internacionais, como a Declaração de 1948 e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, em 1992, não podem continuar sendo acintosamente desrespeitados nas decisões judiciais relacionadas com matéria prevista nos mencionados diplomas;

4.4. Outras garantias constitucionais, apesar de não estudadas neste trabalho, como o Tribunal do Júri, a publicidade dos processos, demandam reforma, visando incessante democratização. A execução penal, por outro lado, não pode continuar coonestando a existência de prisões genocidas, como acontece em todo o País, embora seja o momento mais relevante da jurisdição.

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