



UNIVERSIDADE
DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE
DE
DIREITO

NÚMERO

ISSN 0104 - 0367

3

1 9 9 5 PUBLICAÇÃO ANUAL
RIO DE JANEIRO

RENOVAR

revista
DA FACULDADE DE
DIREITO

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 — 589-1962

Conselho Editorial

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

Revisão tipográfica
Sonia Benedito
Renato R. Carvalho

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.3- 1995- Rio de Janeiro: UERJ,
V.Anual

1.
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

ISSN 0104-0367

| | | | | |
|----------------------------|-------------------|------|-------------|------|
| Rev. da Fac. de Direito | Rio de Janeiro | N. 3 | P. 1-418 | 1995 |
|----------------------------|-------------------|------|-------------|------|

DIRETORA
Wanda Vianna Direito

SUPERVISÃO E COORDENAÇÃO
Wanda Vianna Direito
Elias Santana Gomes

CONSELHO EDITORIAL

Antônio 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 - Prof^a 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
Antônio Celso Alves Pereira

VICE-DIRETOR
Gustavo José Mendes Tepedino

SUMÁRIO

DOCTRINA

Direito Civil e Internacional Privado

A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica
Civil-Constitucional
Gustavo Tepedino 1

Do Direito a Alimentos e à Meação por Morte Entre Companheiros
Heloisa Helená Barboza 13

Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional
Privado
Jacob Dolinger 19 (separado)

Breves Notas sobre o Negócio Jurídico Shopping Center
Ricardo Pereira Lira 47

Direito Comercial e do Trabalho

Sindicalização por Categoria
Arion Sayão Romita 53

A Dissolução da Sociedade Anônima por Impossibilidade de Preenchimento
de seu Fim
Sérgio Campinho 85

Direito do Estado

Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos
Carlos Roberto Siqueira Castro 91

Processo Constitucional
José Alfredo de Oliveira Baracho 131

Tributação e Meio Ambiente
José Marcos Domingues de Oliveira 161

Princípios Constitucionais do Processo Penal
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho 179

A Constituição e o Conflito de Normas no Tempo. Direito Constitucional
Intertemporal
Luís Roberto Barroso 191

Sujeição Passiva e Responsáveis Tributários
Ricardo Lobo Torres 229

Direito Penal

Nova Política Penal em Face do Tráfico de Drogas
Antonio Evaristo de Moraes Filho 249

Vitimação entre Estudantes de Direito da UERJ. Um Estudo de Criminografia
João Marcello de Araujo Junior 265

Razões Ideológicas da Sobrevivência do Júri
Yvan Senra Pessanha 285

Direito Processual

A Justiça Desportiva e a Constituição de 1988
Alexander dos Santos Macedo 297

Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo
José Carlos Barbosa Moreira 305

Disciplinas Básicas

O Estado da Sociologia do Direito no Brasil
Geraldo Tadeu Moreira Monteiro 321

Tolerância e Modernidade: A Perspectiva de Marcuse Revisitada
Jorge Coelho Soares 339

A Presença de Wittgenstein no Pensamento do ainda Século XX
Paulo Condorcet Barbosa Ferreira 353

Questões Metodológicas para o Direito
Ricardo Nery Falbo 359

O Currículo Mínimo do Curso de Direito: Conteúdo e Função das Disciplinas Fundamentais
Vicente Barreto 367

DISCURSOS/CONFERÊNCIAS

Discurso de transmissão do cargo do Reitor da UERJ ao Prof. Antônio Celso Alves Pereira (11-01-1996)
Hésio Cordeiro 377

Discurso proferido na Posse do Reitor Prof. Antônio Celso Alves Pereira (11-01-96)
Ivo Barbieri 383

Discurso de Posse na Reitoria da UERJ (11-01-1996)
Antônio Celso Alves Pereira 389

Discurso de Posse na Direção da Faculdade de Direito da UERJ (15-03-1996)
Gustavo Tepedino 393

Os Deveres para com a Comunidade (Aula Inaugural)
José Carlos Barbosa Moreira 401

Iluminuras de Minas Miltoniana (Conferência)
Darcy Bessone 409

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES DE CONSUMO NA ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

GUSTAVO TEPEDINO*

1. Cinco anos do Código do consumidor: hesitações e perplexidades. 2. O modelo de responsabilidade objetiva em matéria de acidentes de consumo: pressupostos. 3. Pressupostos e excludentes da responsabilidade: o defeito, o dano e o nexo causal. Caso fortuito e força maior. 4. Os riscos de desenvolvimento: debate doutrinário. O exame da matéria à luz do sistema. 5. Os responsáveis pelos acidentes de consumo. A responsabilidade solidária do comerciante. Pagamento por um dos devedores solidários e a possibilidade de seu ressarcimento pelos demais devedores: aplicação do Código civil. 6. A Lei 8.078/90 como um microssistema: observações críticas. O sistema do Código do consumidor na ótica civil-constitucional. 7. A proteção do consumidor e a funcionalização de seus interesses patrimoniais àqueles existentes. A dignidade do consumidor como valor constitucional a ser realizado.

1. Cinco anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, nota-se ainda uma certa cerimônia na utilização de sua enorme força normativa. Os operadores jurídicos, já normalmente tomados por renitente misoneísmo, tendem a visualizar as relações de consumo com os olhos do comparatista que, mesmo impressionado com as transformações alienígenas, mantém o olhar impassível, com a segurança de quem não as deve incorporar ao seu próprio cotidiano. A avaliação pode ser facilmente comprovada com o exame da doutrina e da jurisprudência em matéria de acidentes de consumo, cuja disciplina,

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

extremamente inovadora, tem sido objeto de interpretação, de um lado, excessivamente comprometida com categorias subjetivistas e esquemas conceituais alheios à Lei 8.078/90; e, de outro, casuística, vale dizer, desprovida de uma compreensão sistemática mais ampla, que leve em conta principalmente a tutela constitucional do consumidor, de modo a que se possam identificar os seus limites de abrangência.

Por tudo isso, o tema acaba por ser objeto de reflexão quase que exclusiva dos comentadores do Código ou de poucos especialistas, sem lograr uma difusão maior no âmbito da civilística, nos cursos jurídicos e na realidade dos Tribunais.

No que tange à jurisprudência, não se poderia deixar de mencionar, ainda, o grande número de decisões em que se nega a incidência da Lei 8.078/90 em todos os contratos de trato sucessivo iniciados antes de sua promulgação, afora a hipótese de decisão que, de maneira emblemática, não aplica, pura e simplesmente, à Lei 8.078/90, em favor do sistema da responsabilidade aquiliana¹.

2. O sistema de responsabilização do Código do Consumidor, como se sabe, foi elaborado na esteira da formação de uma sociedade caracterizada pela complexibilidade tecnológica, com produção e massa e conseqüente desindividualização do produto e despersonalização dos protagonistas da relação de consumo. O descompasso das estruturas formais com tipologia social emergente evidenciou a necessidade de superação da dicotomia entre a responsabilidade contratual, restrita às partes do negócio jurídico, e a extracontratual, fundada na noção de culpa. Com efeito, “essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro”².

Demais disso, segundo determinação expressa do art. 17 do CDC, para efeito de acidente de consumo, “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Protege-se, assim, qualquer pessoa atingida pelo fato do produto ou serviço, independentemente da posição jurídica que ocupa. No exemplo de conceituado comentarista, “o dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados sofre ferimentos provocados pela explosão

1 Cf. a decisão de 6/2/92 da 6ª Câmara Cível do TJ-SP, in Rev. Trib., vql. 682, p. 75, assim ementada: “Responsabilidade Civil — Acidente em casa de espetáculos. Palco suspenso. Movimentação deste, para baixo, para ser usado como pista de dança. Movimento e, que a vítima é atingida. Perda parcial e permanente da capacidade laborativa. Responsabilidade da casa de espetáculos pelo acidente. Inteligência do art. 159 do CC. Esta indenização, provada a culpa do agente, haverá de ser a mais completa possível”.

2 JOÃO GALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Ed. Almedina, 1990, p. 478.

de um recipiente defeituoso, pode perfeitamente utilizar o sistema do Código para pleitear sua reparação”³.

Ao lado da unificação dos sistemas de responsabilidade civil, o CDC estabeleceu a prescindibilidade da comprovação de culpa do responsável legal, trazendo um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Para parte da doutrina, a responsabilidade prevista pelo Código seria ainda subjetiva, cuidando-se, no caso, tão-somente de presunção de culpa. Entretanto, não se pode dizer que o CDC tenha apenas invertido o ônus da prova. A rigor, não há cogitação de culpa: presentes os pressupostos da responsabilidade (o defeito, o dano e o nexo casual), não é dado ao responsável legal eximir-se do dever de indenizar com base na prova de ausência de culpa.

O consumidor limita-se a provar o dano e o nexo de causalidade, sendo certo que, nos termos do art. 6º, VIII, pode o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, desde que verossímil a alegação ou em se tratando de consumidor hipossuficiente. Quanto ao defeito, o CDC estabelece uma presunção *iuris tantum* de sua existência, apresentando-se como o primeiro pressuposto — não só ontológico mas também lógico — da responsabilidade objetiva⁴. Trata-se, portanto — repita-se à exaustão —, de responsabilidade objetiva, fundada em bases conceituais diversas da responsabilidade subjetiva, pouco importando se os efeitos práticos possam coincidir, em alguns casos, com aqueles derivados da culpa presumida.

3. No que tange a tais pressupostos, algumas anotações, inda que marginais e sintéticas, se fazem necessárias, de modo a melhor caracterizá-los. O defeito que gera acidente, comumente chamado de vício de insegurança, relaciona-se não propriamente à capacidade intrínseca ao produto — de provocá-lo, senão à sua desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos. Assim é que, configurando exemplo elementar, o ferimento provocado no cozinheiro pela faca de que se utiliza não gera o dever de indenizar. O perigo — real e recorrente — criado por tal produto não contraria expectativa alguma de segurança dos consumidores, sendo efeito natural e indispensável à sua função específica. Já os produtos químicos em geral, cosméticos ou farma-

3 ANTONIO HERMAN BENJANIM, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo, 1991, p. 81.

4 Sobre o ponto, cf. ANTONIO HERMAN BENJANIM, *Comentários*, cit., p. 59, para quem “o defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do código”. CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Rev. Trib., 1992, p. 220, observa que “a teoria do risco concentra-se somente na atividade, que é lícita, mas perigosa, e a responsabilidade prevista no CDC contém uma valoração legal específica, instituindo o dever de só introduzir no mercado produtos não defeituosos”.

cêuticos, exigem minuciosa advertência aos consumidores, que não podem prever, à evidência, o grau de danosidade que se associa ao manuseio e à utilização do produto.

Quanto à noção de dano, preocupou-se o legislador especial em ampliar o seu conceito, tanto no plano individual quanto no coletivo, visando à incolumidade do consumidor — tutela preventiva — e a repercussão do acidente de consumo, uma vez que este se verifica, com especial atenção para a integridade psicofísica da vítima, ainda que seus efeitos alcancem, na quase totalidade dos casos, a sua esfera patrimonial.

Com efeito, de acordo com o art. 6º, VI, do CDC, é direito básico do consumidor a *efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*. Sublinhe-se a significativa alusão do legislador à efetividade da tutela, acentuando desse modo não somente a integralidade de eventual indenização — danos emergente e lucros cessantes — mas, principalmente, a sobreposição conceitual do conteúdo sobre a forma, ou seja, o preceito refuta qualquer classificação formal — espécies de dano ou de ritos — que pudesse sacrificar o resultado reparatório pretendido.

Em relação ao nexos causal, o legislador do CDC, no art. 12, § 3º, prevê taxativamente algumas excludentes de responsabilidade, afastando-se, assim, da teoria do risco integral. Nos termos do aludido preceito, o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: “I. que não colocou o produto no mercado; II. que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; III. a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Todas as hipóteses de excludentes agem, como é sabido, sobre o nexos de causalidade, rompendo-o, de maneira a evitar a formação do dever de indenizar. Se houver concorrência entre o comportamento da vítima ou de terceiro e o defeito do produto não há exclusão da responsabilidade, apenas sua mitigação, uma vez que o nexos causal persiste no que tange à parcela do dano efetivamente causada pelo defeito.

Quanto ao conceito de terceiro, considera-se a pessoa alheia à relação de consumo. O comerciante, embora não incluído no rol do art. 12, é parte na relação de consumo, não podendo ser qualificado como terceiro. Deste modo, ainda que o defeito se deva à culpa exclusiva do comerciante, aos responsáveis ali enumerados incumbe o dever de indenizar, cabendo-lhes o direito de regresso em face do comerciante culpado.

Observe-se, ainda, que a presença de caso fortuito ou força maior, embora não prevista pelo CDC como excludente específica, serve a romper o nexos de causalidade, pressuposto indispensável, como já visto, para a caracterização da responsabilidade objetiva, nos moldes adotados pelo legislador especial⁵. De

⁵ JAMES MARINS, *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 153.

todo modo, como já salientado em doutrina, “se a força maior ocorre ainda dentro do processo produtivo, não há que se falar em exclusão da responsabilidade. Isto porque, até o momento em que o produto ingressa formalmente no mercado de consumo, tem o fornecedor o dever de diligência de garantir que não sofra qualquer tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior”.

4. Não se pode deixar de examinar, ainda, a problemática concernente ao chamado risco de desenvolvimento. No Brasil, tendo em conta a ausência de previsão legal a respeito, a doutrina mostra-se conflitante.

De uma parte, há quem considere o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade mesmo em ausência de previsão legal⁶. Em favor da tese argumenta-se, em primeiro lugar, que o risco de desenvolvimento configura hipótese extrema cuja assunção pode se tornar insuportável para o setor produtivo da sociedade, desencorajando a comercialização de certos produtos. Em seguida, invoca-se o interesse da sociedade no sentido de um crescente e constante aprimoramento da ciência, especialmente no que diz respeito aos novos medicamentos e à sua peculiar capacidade de gerar riscos — devendo estes, em consequência, ser absorvidos por todo o corpo social. Enfim, considera-se que o sistema do Código não descarte tal excludente, uma vez que: a) o art. 6º, I, inclui entre os direitos básicos do consumidor a proteção contra os riscos provocados por produtos e serviços “considerados perigosos ou nocivos”; b) o art. 10 determina que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou a segurança”; c) o art. 12, § 1º, que trata diretamente da responsabilidade pelo fato do produto, estabelece que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais”, nos termos do inciso III, “a época em que foi colocado em circulação”.

Da análise de tais dispositivos, através de uma interpretação a contrário senso, conclui-se ser lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba — nem deveria saber — resultarem perigosos, diante do grau de desenvolvimento científico à época de sua introdução no mercado, *standard* este que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa de segurança do consumidor.⁷

Em sentido contrário, todavia, objetiva-se que a expectativa de segurança dos consumidores é legítima exatamente porque estes não possuem meios de conhecer os riscos que determinado produto traz, sendo que, para aferir-se esta

⁶ JAMES MARINS, *Responsabilidade*, cit., pp. 131-136.

⁷ JAMES MARINS, *ob. loc. cit.*

expectativa, utiliza-se como padrão a “concepção coletiva da sociedade de consumo”⁸.

Na verdade, em que pese a complexidade do tema e dos argumentos em discussão, certo é que a responsabilização pelos riscos de desenvolvimento traduz a aplicação mais evidente da responsabilidade objetiva, fundada no risco criado pela atividade econômica. Assim sendo, por não decorrer de valoração subjetiva de conduta — culpa — senão de valoração objetiva da atividade — risco —, a responsabilidade não pode estar vinculada à ilicitude do ato. Trata-se de *contradictio in terminis*. Nesta direção, o sistema do Código prevê três esferas de responsabilidade: a civil, a penal e a administrativa. Enquanto estas duas últimas dependem da prática de ilícito, com a aplicação de sanções penais e administrativas, previstas nos arts. 55 a 80, a responsabilidade civil, ao revés, em sendo objetiva, não decorre necessariamente do descumprimento de qualquer dever jurídico, bastando, para sua ocorrência, a presença dos pressupostos antes examinados (defeito do produto, dano e nexo causal).

De mais a mais, o sistema de responsabilidade estabelecido pelo Código pretende modificar a realidade social brasileira no tocante à prevenção e reparação dos acidentes de consumo, revelando, para tanto, uma específica intervenção do legislador nas relações privadas. Se assim é, não se podem considerar como merecedores de tutela jurídica todos os atos não ilícitos *tout court*, o que se justificaria no modelo individualista e liberal anterior à Constituição e ao Código de proteção ao consumidor. Torna-se preciso que a atividade privada, em particular a relação de consumo, além de lícita, corresponda e realize os valores do ordenamento, no âmbito do qual, como se verá adiante, os interesses não patrimoniais do consumidor recebem tratamento privilegiado em relação aos interesses econômicos de mercado.

Sob esta ótica, a atribuição aos empresários dos riscos de desenvolvimento, antes que desmotivar a iniciativa privada, pode representar um estímulo ao desenvolvimento de pesquisas, à utilização de redobradas cautelas e à divulgação cada vez maior de informações sobre os produtos e serviços, sem falar na própria celebração de seguros, tudo em favor da dignidade do consumidor.

5. O fabricante, o produtor, o construtor e o importador, na conhecida fórmula do art. 12 do CDC, são responsáveis pela reparação dos danos causados ao consumidores por defeitos nos produtos. O Código, mais uma vez, superou a relação contratual firmada entre o consumidor e o comerciante, alcançando, como obrigados principais, os fornecedores do produto, verdadeiros introdutores do risco no mercado, na difusa expressão doutrinária. Justifica-se a diferenciação pelo fato do comerciante, muitas vezes, sequer conhecer a mercadoria que vende, recebida das indústrias em pacotes fechados.

A responsabilidade do comerciante, entretanto, em princípio excluída, é condicionada à ocorrência de alguma das situações previstas pelo art. 13 do CDC: produto anônimo, mal identificado, ou produto perecível mal conservado. Verificada qualquer dessas hipóteses, a responsabilidade do comerciante equipara-se a dos demais obrigados. Por esta razão, não se pode considerar subsidiária a responsabilidade do comerciante. O ponto de vista implicaria a obrigatoriedade de uma prévia execução dos obrigados principais, anteriormente à do comerciante, o que não corresponde à disciplina do Código. A responsabilidade do comerciante, a rigor, nos termos do art. 12, equipara-se à dos demais responsáveis, diferenciando-se, tão-somente, pelo fato de ser condicionada à ocorrência de uma daquelas situações acima mencionadas.

Acresce que, segundo o art. 7º, § 2º, na identificação de mais de um autor do dano todos respondem solidariamente, o que confirma o entendimento de que o comerciante responde solidariamente, junto aos demais co-obrigados.

Na esteira de tal raciocínio, há de se aplaudir a recente decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em ação movida por taxista que teve seu automóvel parcialmente incendiado em decorrência de defeito em dispositivo antifurto destinado a bloquear a gasolina, acolheu o pedido contra o responsável pela venda e instalação do produto. Entendeu a Corte que, ainda que o incêndio tivesse sido causado pela falta de resistência do material empregado pelo fabricante, a ré, ao não identificá-lo no momento da venda do bloqueador, tornou-se solidariamente responsável pela reparação do dano, de acordo com o art. 13 do CDC⁹.

Outro aspecto de interesse diz com o direito de regresso, previsto no art. 13, de quem efetivamente pagou em relação aos demais obrigados. O fato do dispositivo referir-se exclusivamente ao comerciante levou parte da doutrina a restringir o seu âmbito de aplicação à hipótese textualmente prevista, restando os demais co-obrigados sem o mesmo direito. Entretanto, há que se aplicar o preceito a todos os casos de solidariedade contemplados pelo Código, seja pela igualdade de situações, a reclamar idêntico tratamento, seja pela disciplina da solidariedade adotada pelo Código civil brasileiro, invocada em qualquer relação obrigacional na ausência de dispositivo de lei especial em contrário. Aliás, se assim não fosse, se estaria consagrando, muito provavelmente, o enriquecimento sem causa do devedor que não pagou em detrimento do co-obrigado que efetuou o pagamento da indenização, desestimulando-se, de outra parte, o pagamento espontâneo — de resto, não incomum — de um dos co-obrigados.

Ainda quanto à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, destaque-se a única hipótese em que o legislador adota integralmente a responsabilidade subjetiva: trata-se dos acidentes de consumo derivados dos serviços

⁸ ANTONIO HERMAN BENJANIM, *Comentários*, cit., p. 60.

⁹ Ap. Cível nº 6.234, julgada em 21/2/95.

prestados por profissionais liberais. Conforme o art. 14, § 1º, os profissionais liberais só serão responsabilizados pessoalmente mediante comprovação de culpa. O dispositivo, contudo, não beneficia a pessoa jurídica formada por profissionais liberais, aplicando-se a responsabilidade objetiva, por exemplo, no caso de centros médicos e hospitais. Nesta direção, aliás, registre-se a decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em ação de responsabilidade civil movida por paciente que contraiu o vírus da hepatite B durante sessão de hemodiálise¹⁰.

6. A análise, que vem de se realizar, dos principais aspectos da responsabilidade civil por acidentes de consumo, longe de trazer alento ao intérprete, conduz à confirmação das preocupações inicialmente suscitadas, quanto à dificuldade de efetivação da tutela do consumidor sob ótica inovadora, que verdadeiramente rompa com as categorias e critérios cristalizados no âmbito do Código Civil.

Percebe-se, então, o equívoco em que incorrem tanto os que pretendem ler a Lei 8.078/90 com base na dogmática individualista e subjetivista a ela antecedente, como aqueles que, impressionados pela forte migração de matérias do Código Civil para o Código do Consumidor, pretendem considerá-lo como um microsistema, na conhecida expressão de Natalino Irti¹¹. Segundo tal raciocínio, a Lei 8.078/90, ao formular um estatuto orgânico relativamente às relações de consumo, capaz de cuidar não só do direito substantivo — aí se incluindo as condições gerais do contrato, a proteção contratual, o sistema de responsabilidade antes examinado etc. —, mas também de matérias próprias do direito processual, administrativo e penal, definiria um sistema próprio e autônomo, quase que auto-suficiente, capaz de oferecer ao intérprete todos os critérios interpretativos de que necessita, incluindo os princípios pertinentes à aplicação da *analogia legis* e da *analogia iuris*. O sistema assim constituído caracterizaria um processo de fragmentação normativa do direito privado, cuja disciplina estava antes inteiramente contida no Código Civil. A Constituição, diante de um microsistema, estaria destinada tão-somente a oferecer um programa geral de atuação para o legislador ordinário, impondo-lhe limites, sem contudo incidir diretamente sobre a atividade do operador jurídico.

10 Ap. Cível nº 6.200, julgada em 22/12/94. Vale transcrever parte da ementa: “Responsabilidade Civil. Hospital. Ressarcimento de Dano Moral. Paciente com insuficiência renal grave. Contaminação por vírus da hepatite B. Nexa de causalidade demonstrado. A responsabilidade hospitalar, diferentemente da do médico, encerra obrigação de resultado no sentido de assegurar a incolumidade do paciente em tudo que seja capaz de lhe produzir dano. A contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise caracteriza-se como serviço defeituoso e leva à indenização, independentemente da culpa. Aplicação, na hipótese, do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (...).”

11 Sobre o ponto, objeto de acesso e profícuo debate doutrinário, cf. as contribuições fundamentais de NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*. Milano, Giuffrè, 1979, *passim*.

De acordo com a mesma doutrina, refinada e sedutora, o papel que o Código Civil desempenhava — o estatuto orgânico das relações privadas — estabelecia um monossistema, capaz de abranger todas as leis extracodificadas, na medida em que estas estariam a disciplinar algumas hipóteses de exceção — leis excepcionais —, ou especializações — leis especiais —, reportando-se sempre aos princípios gerais e à ótica codificada.

O Código do Consumidor, entretanto, assim como os novos estatutos reguladores de inteiras matérias — basta pensar no estatuto da criança e do adolescente e na lei do inquilinato — rompe com a unidade sistemática do direito civil, na medida em que as novas legislações deixam de ter como ponto de referência a *ratio* normativa do Código Civil. Antes, refletem princípios autônomos, setoriais, ora conflitantes com o Código Civil ora simplesmente peculiares, traduzidos por técnicas legislativas e de linguagem específicas, e pela busca de uma nova completude. O monossistema se desfaz através deste processo de fragmentação normativa, dando lugar a um polissistema, isto é, um sistema de direito privado formado por inúmeros microsistemas, dentre os quais se inclui o Código do Consumidor.

A tese assim formulada, e apresentada em síntese tão estreita, tem o mérito de retratar um processo histórico do qual resulta sensivelmente alterado o papel desempenhado pelo Código Civil. Entretanto, não se pode concordar com as conclusões apresentadas, segundo as quais os estatutos formam sistemas próprios, desprovidos de uma unidade global de princípios.

A rigor, com o Estado Social de Direito, consagrado pela Constituição de 1988 — e levado a cabo na Itália, berço da referida doutrina, através da Carta de 1948 —, caracterizado pela intervenção do Estado nas relações privadas — propriedade, iniciativa econômica, empresa, relações de consumo, direitos da personalidade, responsabilidade civil, família etc. —, desloca-se a unidade sistemática do Código Civil para a Lei Maior, sem que contudo se possa conceber um sistema fragmentado.

O Código Civil, de fato, vê alterado o seu papel, na medida em que não lhe é dado regular unitariamente matérias tão complexas, não mais possuindo o Estado as condições, presentes no modelo individualista, para uma normatização uniforme de todo o direito privado. Se sob a égide do liberalismo isto era possível, na medida em que o Estado deveria se limitar a ditar as regras do jogo, cabendo à contratação privada a fixação das metas e objetivos a serem atingidos pela iniciativa econômica, certo é que, no Estado Social de Direito, a intervenção estatal significa a avocação, pelo Estado, do poder de fixar não somente os instrumentos formais de atuação mas o conteúdo negocial, a partir de objetivos por ele definidos, a serem prioritariamente perseguidas pela iniciativa privada.

De tais considerações decorre que os estatutos setoriais, traduzindo um programa de intervenção e de objetivos do Estado, fixados pelo constituinte, devem expressar precisamente os mesmos valores normativos, não podendo absolutamente pretender destes se distanciar. Se assim não fosse, se assistiria a uma proliferação de valores conflitantes, expressão de pressões políticas contingentes — v.g., fornecedores e consumidores, locadores e locatários, produtores rurais e agricultores etc... — levadas a efeito por processo legislativo simplificado. Ao contrário, as leis especiais, se se distanciam do Código Civil, de igual grau hierárquico, devem se submeter à tábua axiológica unificadora da Constituição da República. O sistema, assim concebido, se reunifica, sendo indispensável ao intérprete buscar novas regras hermenêuticas, capazes de fazer incidir diretamente as normas constitucionais em todas as relações de direito civil e revisitar, desse modo, a disciplina infraconstitucional.

7. Na esteira de tais considerações, especificamente no que tange ao tema em exame, a Constituição Federal, como se sabe, nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, dedica especial atenção à proteção dos consumidores. De acordo com o art. 170, V, no âmbito do Título VII, relativo à Ordem Econômica, inclui a defesa do consumidor entre os princípios gerais da atividade econômica privada, junto com a livre concorrência, a redução de desigualdades regionais e sociais, a propriedade privada e a função social da propriedade — entre outros —, os quais têm como finalidade “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), e entre os objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores.

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Se trata, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria de *per se* considerada.

A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana; seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis, seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos. Se entende, então, como a tentativa de construir um microsistema dos consumi-

dores não se mostra confortante, tanto em razão do perigo de novas tendências corporativas, cuja ameaça se apresenta sempre mais inquietante, como pela incapacidade de proteger adequadamente a dignidade do consumidor prescindindo das normas constitucionais.

Os critérios interpretativos fixados pelo Código do Consumidor devem ser, assim, interpretados à luz dos princípios constitucionais acima referidos, bem como as normas do próprio Código Civil, quando residualmente incidentes, examinadas, entretanto, não mais sob a chave de leitura subjetivista, senão sob a ótica solidarista definida pelo constituinte. Somente dessa forma, através da tábua de valores constitucionais, será possível superar a contradição — apenas aparente — entre as regras formuladas para a tutela do consumidor, florescidas na sociedade tecnológica, e a dogmática individualista com a qual, equivocadamente, alguns ainda pretendem interpretar as relações de consumo.

DO DIREITO A ALIMENTOS E À MEAÇÃO POR MORTE ENTRE COMPANHEIROS

HELOISA HELENA BARBOZA*

1. *Destinatários da Lei 8.971/94.*
2. *Orientação constitucional.*
3. *Aplicação intertemporal e natureza da lei.*
4. *Do direito a alimentos.*
5. *Do direito à meação por morte.*

1. Destinatários da Lei 8.971/94

A união entre homem e mulher sem casamento, fato social consolidado, foi reconhecida pela Constituição Federal em 1988 como entidade familiar.¹ Até então, dispunha apenas de amparo jurisprudencial e tratamento esparso na legislação, notadamente previdenciária, que concedia alguns direitos à companheira, atendidos determinados pressupostos. Não obstante tenham sido os Tribunais o grande arquiteto de toda construção protecionista da mulher em tais relações, tenderam os julgados de há muito pela distinção entre *concubina* e *companheira*, entendida a primeira como a mulher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar e a segunda como aquela com quem o varão, separado de fato ou de direito, mantém convivência *more uxorio*². Iniciaram-se, porém, desde a promulgação da Constituição, as discussões quanto à auto-aplicação ou não do dispositivo constitucional. Defenderam alguns,

1 CF/88: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

2 WALD, Arnaldo — Direito de Família, 4ª ed., 1981, Rev. Trib. No mesmo sentido: STF, RE nº 83.930-SP, RTJ 82/930; TJ-RJ, Ap. Civ. 3.884/87, ADV nº 39.332/88.

* Procuradora de Justiça. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

desde o princípio³, carecer tal norma de regulamentação, posição que parece deva ser mantida até o presente, na medida em que a lei sob análise, em momento algum, mencionou a *união estável* como tal, referindo-se sempre seus artigos a *companheiro(a)*, em redação criticada, com razão, por afastar-se, sem motivo aparente, da tradição legislativa brasileira.⁴ Na verdade, embora não deva a lei estabelecer conceitos, segundo a melhor técnica legislativa, carece o instituto de configuração adequada, sendo mesmo temerário afirmar-se tenha a Lei 8.971/94 cuidado da união estável. Não bastasse, como observado, não ter a ela se referido, sequer em sua ementa, outros motivos se apresentam a saber: a) de questionável constitucionalidade é o estabelecimento de um prazo mínimo, não exigido pela Lei Maior, para caracterização da união estável. Em boa hora, o substitutivo do Senado ao projeto de lei nº 1.888-C/91, de autoria da Deputada Beth Azize, destinado a regulamentar o parágrafo terceiro, do artigo 226, da Constituição Federal, não fixa qualquer prazo para a união estável definida em seu artigo 1º como o “concubinato *more uxorio*, público, contínuo e duradouro entre homem e mulher cuja relação não seja incestuosa ou adúltera”. Considere-se, ainda, que, mesmo não havendo afronta à Constituição Federal, a exigência de um prazo mínimo seria, sem dúvida, um retrocesso face a toda construção jurisprudencial; b) questionável igualmente a razoabilidade, especialmente para os que sempre equipararam os efeitos da união estável aos do casamento, do requisito de prazo mínimo de convivência para obtenção dos alimentos, o qual não se requer nesse último; c) excluída foi pela lei a união estável constituída por separados de fato, situação não rejeitada pelos Tribunais; d) por fim, causa estranheza que sejam regulamentados direitos decorrentes de um instituto carente, ele próprio, de regimentação. Diante de tais questionamentos, a interpretação mais cautelosa, a prevenir provável confronto com lei posterior que venha a reger a união estável, conduz a limitar os efeitos da Lei 8.971/94, que parece ter antecipado direitos que naturalmente decorrem da mesma, ao que dela consta: direito dos companheiros, ali definidos como tal, a alimentos e à sucessão.

2. Orientação constitucional

Tendo em vista que se cuida de matéria de interpretação, impõe-se ressaltar que, quer se restrinja o alcance da lei, como acima proposto, quer (e principal-

³ BARBOZA, Heloísa Helena — “Família-Casamento-União Estável. Conceitos e Efeitos à Luz da Constituição de 1988”, Revista da Faculdade de Direito da UERJ, nº 1, vol. 1, 1993.

⁴ VILLELA, João Baptista — “Alimentos e Sucessão entre Companheiros: Apontamentos Críticos sobre a Lei nº 8.971/94”, Repertório IOB Jurisprudência nº 7/95, 1ª quinzena de abril de 1995. 3/10.714.

mente) se alargue o entedimento para entendê-la como norma disciplinar, ainda que antecipada, da união estável, sua aplicação não deve implicar em qualquer forma de privilégio sobre o casamento ou de desigualdade entre os companheiros. Embora não deva estabelecer qualquer tipo de graduação ou hierarquia entre casamento e união estável, visto serem ambas entidades familiares, não restam dúvidas que a intenção do constituinte foi manter o casamento, como se evidencia do próprio parágrafo terceiro, do artigo 226, da Constituição Federal.

3. Aplicação intertemporal e natureza da lei

Em face dos princípios que regem a aplicação das leis no tempo, em particular o da irretroatividade, a lei se dirige aos companheiros que tinham essa qualidade, nos termos ali previstos, à época de sua edição, ou seja, não aproveita as uniões desfeitas *antes* de sua vigência, ainda que presentes seus requisitos, mas alcança as que, iniciadas antes, venham a atender as exigências que estabelece após sua entrada em vigor. Não obstante haver o Juízo da 14ª Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro afirmado conter a Lei 8.971/94 apenas direito processual⁵, emerge da norma o direito material ali constituído, qual seja, o direito a alimentos, à sucessão e à meação por morte entre companheiros. Indagação, contudo, resta quanto à imperatividade de seus preceitos, aspecto de todo relevante ante acordos de que se tem notícia, celebrados para reger as relações entre os que passam a conviver *more uxorio*. Compreendida a matéria, inegavelmente, no âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões, nada autoriza se dê à nova lei natureza diversa das demais que integram esses ramos do Direito, não sendo de se admitir, portanto, a prevalência da vontade dos interessados, em caráter absoluto, como, por exemplo, para permitir a renúncia *antecipada* a tais direitos.

4. Do direito a alimentos

Instituiu o artigo 1º, da Lei 8.971/94⁶, de forma oblíqua, o direito a alimentos entre os companheiros que parece encontrar fundamento no vínculo familiar

⁵ Sentença de 19.05.95, no processo nº 19.342/95 (pedido de alimentos).

⁶ Lei 8.971/94: “Art. 1º — A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único — Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

que surge com a união estável, por força de norma constitucional. Pode-se dizer que, após 1988, as relações familiares compreendem, além do vínculo conjugal e do vínculo de parentesco, um vínculo entre os que convivem *more uxorio* apto a gerar direitos e obrigações. Nos termos do citado dispositivo, pode valer-se do procedimento especial da Lei 5.478/68, vale dizer, requerer alimentos, a companheira (“mulher em relação à pessoa com quem vive” ou “esposa”, popular)⁷ *comprovada* de homem não casado. Igual direito, desde que satisfeitos os mesmos requisitos, cabe ao companheiro, por força do parágrafo único. Excluídos foram, portanto, do alcance da lei os separados de fato. Razoável se aplique à hipótese a conceituação firmada pela jurisprudência, antes assinalada, que exige, para que se reconheça a qualidade de companheira, que a mulher mantenha relação *notória, estável e que haja coabitação*. Quanto a esse último requisito, é de se observar que a Súmula 382 do STF⁸ não se adequa ao caso, não só por referir-se ao concubinato mencionado na lei civil (artigos 363, I, e 1.177), como se constata dos acórdãos que lhe deram origem, como, principalmente, por objetivar a lei quem *vive em comum*, já que outra não pode ser a interpretação da expressão viva contida no dispositivo em análise que se destina, à evidência, para o presente e para o futuro. Necessário que a convivência exista há, pelo menos, cinco anos, na data da lei ou venha a completar tal prazo após sua vigência. A exigência do prazo cessa no caso de haver prole, fato que, por si só, não afasta a necessidade de comprovação da qualidade de companheira, nos termos acima. Em outras palavras, a simples existência de filho não dispensa o atendimento aos demais requisitos. Além disso, o direito a alimentos só persiste enquanto não for constituída *nova união*, ou seja, enquanto não surgir novo companheiro ou marido (com mais razão) e desde que provada a *necessidade*. Consagrou-se nessa primeira exigência entendimento jurisprudencial dominante, firmado para os alimentos devidos em decorrência do casamento e que, pelas mesmas razões, deve aplicar-se à hipótese vertente. Quanto à segunda, é pressuposto que informa o direito aos alimentos previstos na lei civil impondo-se seja considerada, de igual maneira, a *possibilidade* de quem os presta. Delineados os contornos do alimentando, resta considerar o *momento do pedido*. Embora em princípio devam os alimentos ter como pressuposto a separação dos companheiros, deve-se admitir, como exceção, sua concessão na vigência da relação entre os companheiros, provada especialmente a necessidade. Por outro lado, não estabeleceu a lei prazo limite para que se requeiram os alimentos, podendo, segundo a letra da lei, ser requeridos a qualquer tempo

7 HOLANDA, Aurélio Buarque de, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª ed., Nova Fronteira, RJ.

8 Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

após o rompimento da vida em comum. O razoável é, porém, que o pedido se formule em *decorrência e logo após* a cessação da convivência. A extinção do direito a alimentos ocorrerá no caso de haver nova união e de cessação da necessidade e/ou da possibilidade. As alterações desses últimos elementos implicarão, naturalmente, na modificação do valor da pensão. A morte do alimentante também deve ser considerada como causa de extinção da obrigação alimentar, de natureza personalíssima, não se aplicando à hipótese o artigo 23, da Lei 6.515/77, por ser norma especial e de restrito alcance.

5. Do direito à meação por morte

De acordo com o artigo 3º, da Lei 8.971/94, “quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”. Algumas indagações se põem diante do dispositivo. Institui-se direito à *meação* nos bens do falecido que tem como pressuposto o *fato de resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro*. Ao fixar direito à meação, afastada ficou a participação no patrimônio *proporcional* à colaboração, como entende, com bastante acerto a jurisprudência. Provado o pressuposto, há direito à metade dos bens do autor da herança. Qual a interpretação que se deve dar a “resultar de atividade em que haja colaboração do companheiro”? Quer a lei *colaboração na atividade* ou na formação do patrimônio? Exigir-se atividade conjunta dos companheiros, parece demasiado; mais razoável que se requeira atividade remunerada cujo resultado tenha contribuído para a constituição do espólio. Será justo, porém, excluir-se a atividade não remunerada, como a doméstica, exercida especialmente por tantas companheiras? Qualquer que seja o entendimento, parece não estar prejudicada a aplicação da Súmula 380 do STF⁹, não só por não contrariar o artigo em análise, mas principalmente por ser de todo harmônica com os princípios que regem as relações patrimoniais, especialmente o que veda o enriquecimento sem causa. Não cessa nesse aspecto a dubiedade suscitada pelo artigo 3º. A redação dada à lei, especialmente ao artigo 2º, permite incluir no direito à meação por morte companheiros que não atendam os requisitos do artigo 1º. Ora, estabelecidos que fossem, no artigo 1º, os destinatários da lei, nada justificaria a indicação expressa no artigo 2º das *pessoas* que participam da sucessão do companheiro, que são as *referidas no artigo anterior (artigo 1º)*, e muito menos a simples menção a companheiro(a) no artigo 3º, induzindo concluir que se trata de *qualquer companheiro*, mesmo casado,

9 Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

fazendo prevalecer o direito decorrente da sociedade de fato. A lei, nos termos em que se encontra redigida, enseja tal interpretação, fazendo crer ter o legislador ampliado, ou pelo menos flexibilizado, sua própria configuração de companheiro. Mais uma vez caberá aos Tribunais a árdua tarefa de interpretar a lei, construindo o melhor direito.

BREVES NOTAS SOBRE O NEGÓCIO JURÍDICO SHOPPING CENTER

RICARDO PEREIRA LIRA

Considerações gerais. Conceito. Estrutura do negócio jurídico. Personagens. Estrutura comercial: lojas âncoras e lojas satélites. Natureza jurídica do contrato de ocupação remunerada das lojas. A opção da Lei nº 8.245, de 18.10.1991. O shopping center e a lei de locação predial urbana. A proposta de uma lei específica.

1. O *shopping center* pode ser considerado a forma mais perfeita e acabada de mercancia, em que todas as partes envolvidas almejam a otimização de seus lucros.

É o templo do consumismo, seja nas formações sociais que vivem um capitalismo incipiente, seja naquelas que experimentam um capitalismo consumado.

O conceito de *shopping center*, no dizer de publicação da própria ABRAS-CE (Associação Brasileira de *Shopping Centers*), intitulada “Shopping Center e Desenvolvimento Econômico e Social”, é o seguinte:

• “É um centro planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam na sua maior parte objeto de locação, fixando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, que visam à conservação do equilíbrio da oferta da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada, em que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários — centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante.”

2. O negócio jurídico *shopping center* pressupõe um COMPLEXO CONTRATUAL, em que, a exemplo do que ocorre com o negócio jurídico da

incorporação imobiliária, concorrem várias categorias contratuais: contrato de alienação da fração ideal de terreno, contrato de construção, tudo visando à concretização de um edifício de apartamentos, consubstanciando a propriedade horizontal. Isso na incorporação.

No negócio jurídico *shopping center*, estão presentes, em princípio, os seguintes tipos de avença: contrato contendo as normas disciplinadoras das participações no empreendimento, contrato de associação dos lojistas, contrato entre o dono do *shopping* e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento, contrato entre o empreendedor e cada lojista, tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja.

Tais contratos são coligados, nascem para viver juntos, de tal forma que o inadimplemento verificado em um deles enseja a rescisão dos demais.

São personagens nesse negócio:

- (a) O EMPREENDEDOR;
- (b) OS LOJISTAS;
- (c) O ADMINISTRADOR.

Ao longo da construção os futuros ocupantes das lojas pagam uma importância ao empreendedor, denominada *res speratae*, valendo como contraprestação do trabalho de integração de interesses realizado pelo empreendedor, vocacionado para a realização integral do negócio, concepção do *tenant mix* (distribuição das lojas em função das técnicas de *marketing*), definição das lojas âncoras e das lojas satélites, servindo ainda a *res speratae*, como fator de reserva para a futura e efetiva ocupação da loja.

Na fase de ocupação propriamente dita, a contraprestação dessa ocupação se consubstancia no pagamento de um ALUGUEL MÍNIMO REAJUSTÁVEL, pago geralmente no quinto dia de cada mês, acrescido, se for o caso, por um *plus* satisfeito no dia 18 subsequente, determinado pela aplicação de uma percentagem de 7 a 8% sobre o faturamento bruto do lojista, compondo-se assim, quando existente, o ALUGUEL PERCENTUAL, que só prevalece se superior ao ALUGUEL MÍNIMO REAJUSTÁVEL.

O lojista paga ainda, relativamente ao mês de dezembro, o 13º aluguel, explicável pelo incremento das vendas natalinas, induzido inclusive pela propaganda institucional do *shopping* promovida pela Associação dos Lojistas.

Há um relacionamento específico entre o EMPREENDEDOR e o LOJISTA, por força do qual este último:

- (a) não pode mudar livremente o seu ramo de comércio, devendo obedecer ao *tenant mix* concebido pelo empreendedor;
- (b) não pode fazer “liquidações” quando desejar, ou seja do seu interesse, mas apenas quando e nas condições em que as normas padronizadas as permitam;

(c) não pode paralisar suas atividades temporariamente, sob pena de sofrer as multas previstas no instrumento competente;

(d) fica sujeito a uma fiscalização à beira do caixa, para que o empreendedor possa verificar a exatidão do faturamento declarado, base de cálculo eventual do possível aluguel percentual.

O EMPREENDEDOR, por si ou pela Administradora, se obriga a administrar o empreendimento, velando pelo seu melhor resultado, através da harmonia do conjunto de interesses, da ideação e efetivação de um *mix* que otimize cada vez mais os lucros.

Diante desse quadro de interesses, os estudiosos muito discutiram sobre a titularidade do fundo de comércio ou dos fundos de comércio.

Quem é o titular do fundo de comércio? O empreendedor? O lojista? Há mais de um fundo de comércio?

A posição que se nos afigura mais razoável é aquela segundo a qual o empreendedor tem um fundo empresarial, correspondente a todo o trabalho exercido para a implantação, conservação e desenvolvimento do *shopping*, e cada lojista tem o seu fundo de comércio decorrente da sua mercancia.

3. Anote-se que o contrato de ocupação remunerada da loja celebrado entre o empreendedor e o lojista é uma das avenças que constituem o complexo contratual consubstanciador do negócio jurídico.

Intensa a controvérsia que se feriu quanto à definição da natureza jurídica desse contrato ao longo de inúmeros seminários e colóquios realizados sobre o tema.

Resumidamente, as posições eram as seguintes:

- (a) contrato atípico, qualificação defendida pelo saudoso Orlando Gomes;
- (b) contrato de locação, com cláusulas especiais insuficientes para descaracterizar a locação, tese sustentada pelo eminente Caio Mário da Silva Pereira;
- (c) contrato misto com preponderância do aspecto locatício;
- (d) contrato de sociedade;
- (e) “sociedade” em conta de participação;
- (f) contrato de estabelecimento, solução alvitrada por Alfred Buzaid, em sua última intervenção sobre a matéria.

4. A concepção clássica do *shopping center* se caracteriza pela existência de um só empreendedor (proprietário do imóvel), que entrega as lojas para ocupação sem transferência de domínio.

Um problema pode ocorrer quando a propriedade do imóvel seja plural, surgindo a questão da indivisibilidade ou não do condomínio à luz do Código Civil, que estipula a indivisibilidade consensual pelo prazo máximo de 5 anos. Entendemos que há na espécie uma *universitas iuris*, um centro unitário de

interesses, que impedem o exercício de um direito potestativo de divisão da coisa comum. Haveria uma indivisibilidade jurídica resultante não da vontade das partes, mas da essência mesma do negócio jurídico.

5. Analise-se agora o *shopping center* em face da lei de locação predial urbana.

O artigo 54 da Lei nº 8.245, de 18.10.1991, encerrou a discussão em torno da natureza jurídica do contrato de ocupação remunerada da loja, definindo-o como contrato de locação sobre o qual assenta forte a autonomia da vontade e conseqüentemente o princípio da liberdade contratual. Consagrou, portanto, como possível o critério de determinação do *quantum* do aluguel (mínimo reajustável, complementado eventualmente pelo aluguel percentual), o 13º aluguel e as demais tipicidades desse negócio jurídico. Por outro lado, previu expressamente a legitimação ativa do lojista para a ação renovatória.

O artigo 54, da lei nº 8.245, de 18.10.91, contém regra referente às despesas comuns não repassáveis pelo empreendedor ao lojista. Interessante a norma contida no artigo 23, § 3º, por força da qual “no edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa”, as despesas são equiparadas às de condomínio em edifício sob esse regímen.

O artigo 52, § 2º, veda na renovatória que o empreendedor pratique a retomada para uso próprio.

6. Ponham-se em tela algumas questões que podem ser suscitadas em face da lei de locação predial urbana relativamente aos *shopping centers*.

6.1. Já se viu que a lei veda ao empreendedor a resposta à pretensão renovatória com pedido de retomada para uso próprio. Seria possível a retomada para mudança do *tenant mix* ou para expansão das áreas de loja ou estacionamento? Entendemos que sim, pois essa ampliação não resulta, a rigor, em uso próprio do empreendedor, mas uso dos futuros lojistas ou usuários.

6.2. Em face da liberdade contratual deferida às partes pela nova lei, seria possível estipular cláusula em que expressamente se estabelecesse que o pagamento dos alugueres, por três meses consecutivos, na base do mínimo reajustável, poderia ser considerada pelo empreendedor uma *performance* comercial indesejável, dando-lhe assim o direito potestativo de resolver o contrato, constituindo também circunstância obstativa da pretensão renovatória. Diante da amplitude da liberdade contratual, não nos repugna aceitar como válida a cláusula da resolução, desde que expressa. Não vemos contudo como possa essa cláusula atingir a pretensão renovatória, sem ferir a disposição de ordem pública enunciada no artigo 45 da lei em referência.

6.3. Que critério seria adotado para a fixação dos alugueres na renovatória?

O da rentabilidade? O método comparativo? A manutenção da estrutura negocial? A jurisprudência tem basicamente rejeitado o método da rentabili-

dade. Tem aceitado o comparativo, com cautela, recomendando que a comparação se processe entre lojas onde seja praticada a mesma espécie de mercancia. Terceiros preconizam a preservação do avençado pelas partes.

Interessante o acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 7 de fevereiro de 1991, na Apelação Cível nº 12.338/90, de que foi relator o Juiz Luiz Carlos Motta.

Salienta o aresto que o método da rentabilidade é inadequado em renovatórias em que o locador seja *shopping center*, aduzindo que tal método consiste na apuração do valor venal do imóvel, que representa o capital investido, sobre o qual se calcula uma taxa que representará o preço da locação. Sendo os centros comerciais constituídos por uma única unidade imobiliária, não há que se falar em valor venal de uma de suas lojas, ou espaços, para servir de parâmetro ao valor do aluguel.

Nas suas razões de decidir, acrescenta o *decisum* que o método comparativo, por seu turno, não se presta para a aferição ou estimativa do preço da locação de lojas situadas em centros comerciais. Nestes locais o valor locativo dos espaços ou lojas depende de vários fatores, como a localização, a área, o pavimento, o tipo de comércio, a tradição da marca ou, até mesmo, a maior ou menor capacidade de atração do público, o que influi, de forma direta, sobre as condições para os ajustes locatícios. Uma loja de alto faturamento terá, obviamente, poder de fogo para negociar em condições vantajosas, ao reverso do lojista mais modesto que tem de submeter-se ao que lhe é imposto, às vezes de forma draconiana. Arremata a decisão afirmando que se no contrato renovando convencionaram as partes um aluguel em percentagem sobre os resultados do negócio, garantido um valor mínimo mensal reajustável pelos índices oficiais, tudo está a aconselhar, até em homenagem ao princípio *pacta sunt servanda*, que o mesmo critério seja mantido para a avença renovanda. Esta solução se apresenta mais justa porque, nesse tipo de locação, além do espaço que lhe foi locado, desfruta o locatário de outros serviços, economicamente expressivos, pelos quais há de remunerar-se, adequadamente, o locador. O arbitramento da parte fixa do aluguel não pode ficar adstrito aos princípios aplicáveis à locação de prédios isolados, seguindo os critérios usuais.

7. Pela Portaria nº 13, de 12 de janeiro de 1993, o Senhor Ministro da Justiça designou o jurista e Professor Darcy Bessone para elaborar um projeto de lei específica dispondo sobre os *shopping centers*. O anteprojeto, no seu artigo 2º, define *shopping center*, fisicamente constituído por um ou mais edifícios agrupados sob planejamento orientado pela finalidade comercial a que se propõe, como sendo um complexo econômico organizado, unitário e incindível, formado por uma comunidade empresarial vendedora, designada CEV, destinada a atender à comunidade compradora. A comunidade empresarial vende-

dora.— CEV estaria constituída pelo empreendedor e pelos lojistas. Os fregueses indeterminados e variáveis comporiam a comunidade compradora. O *shopping center* se constituiria pelo “contrato da CEV”. Este contrato seria renovável nos termos previstos no anteprojeto. A iniciativa terminou não vingando, parecendo ter prevalecido a concepção de que ainda seria cedo para disciplinar legalmente a figura do *shopping center*, afigurando-se conveniente aguardar o trabalho construtivo da vida empresarial, da doutrina e da jurisprudência.

SINDICALIZAÇÃO POR CATEGORIA

ARION SAYÃO ROMITA*

“...lo studioso del diritto trova, come uomo, regioni di profundo dolore: come uomo che sente l'urgenza di garantire a tutta la società i principi della libertà e della giustizia, ed avverte che lo Stato non è capace di realizzarle” (Pietro Rescigno. *Sindacati e partitini nel diritto privato*, in Stefano Rodotà (a cura di). *Il diritto privato nella società moderna*, II Mulino, Bolonha, 1971, p. 231).

1. Considerações iniciais

Segundo o art. 8º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, os sindicatos, no Brasil, constituem-se *por categoria*: pelo menos em três incisos (II, III e IV), o dispositivo se refere à organização sindical representativa da categoria, dos quais um deles (o II) opõe categoria profissional (de trabalhadores) a categoria econômica (de empregadores), e outro (o IV) se refere expressamente a categoria profissional.

A Constituição de 1988 recepcionou, portanto, os preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho, que regulam a matéria. O art. 511 e seus parágrafos, assim como o art. 570 da CLT, continuam em vigor, já que compatíveis com a Lei Maior¹.

A formação de sindicatos por categoria, no Brasil, constitui uma noção implantada pela Carta de 10 de novembro de 1937, cujo art. 138 dispunha que o sindicato reconhecido pelo Estado tem o direito de representação leal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído.

¹ Süsskind, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho* (em colaboração com Délio Maranhão e Segadas Vianna), 13ª ed., vol. 2, LTr, São Paulo, 1993, p. 998.

* Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da UERJ.

A fonte de inspiração da Carta de 1937 é, como se sabe, a Carta del Lavoro, de 1927, da Itália fascista. O mencionado art. 138 da Carta brasileira de 1937 constitui tradução literal de declaração III da *Carta del Lavoro*². Esta, por seu turno, provém da deliberação do *Gran Consiglio Nazionale del Fascismo*, de 6 de outubro de 1925, que definiu as bases da organização sindical e da *Magistratura del Lavoro italiana*³.

A organização sindical por categoria, no Brasil traduz — é evidente — a influência do fascismo italiano, criteriosamente conservada pela Constituição de 1988, que, não obstante, declara, no art. 1º, ser o Brasil um Estado democrático de direito (mera “norma de fachada”?).

Uma observação se impõe: a constituição de sindicatos por categoria não é exclusiva da organização social implantada pelo regime fascista. A Constituição da Itália democrática, de 1948, no art. 39, 4ª alínea, refere-se a sindicalização por categoria. O fascismo italiano forjou e aplicou a noção de sindicalismo por categorias com apoio em considerações baseadas em conveniência e oportunidade, como critério de utilidade política. No Brasil, porém, a idéia fascista veio para ficar. O critério de categoria serve aos propósitos fascistas de controle da organização sindical pelo Estado. No Brasil, a idéia se implantou na fase histórica em que o sindicato nascia, crescia, vivia e morria no seio do Ministério do Trabalho, como afirmava Oliveira Viana⁴. Paradoxalmente, a Constituição de 1988, que consagrou a autonomia sindical (art. 8º, I), conserva a organização sindical por categoria.

Outra observação: as afirmações acima referem-se aos sindicatos do setor privado, não aos do setor público. A base legal da organização sindical brasileira repousa no Decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, mais tarde incorporado à Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943. Vigia a Carta de 10 de novembro de 1937, cuja filosofia política era incompatível com a sindicalização do servidor público. O art. 53 do Decreto-lei nº 1.402 e o art. 566 da CLT dispunham que os servidores do Estado e os das instituições paraestatais não podem sindicalizar-se. Ocorre que a Constituição de 1988 permite a sindicalização do servidor público, mesmo o submetido ao regime estatutário (art. 37, VI). A Constituição, no art. 39, § 2º, estende aos servidores públicos o

disposto no art. 7º (alguns incisos), mas não o art. 8º. Se quisesse, teria mandado aplicar aos servidores o disposto nos incisos (pelo menos, alguns deles) do art. 8º. Mas não o fez. À sindicalização no setor público não se aplicam, em consequência, as limitações impostas pelo art. 8º ao sindicalismo próprio do setor privado. De resto, no setor público não há categorias, no sentido em que o conceito é manejado pela Constituição de 1988. Na oposição entre servidor e administração pública não se refletem as tensões típicas do setor privado, que inspiram as noções de categoria profissional, econômica e diferenciada⁵.

Ao sindicato de servidores públicos aplica-se, em consequência, o disposto no Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, que é lei vigente no País, porquanto ratificado pelo Brasil (Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992): o Brasil se compromete a garantir o direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais (art. 8º, I, a). Em face do princípio de liberdade sindical, plenamente consagrado pelo referido Pacto Internacional — que é, repita-se, lei vigente no País — os sindicatos de servidores públicos podem constituir-se livremente, afastados os entraves à mesma liberdade, impostos pelo art. 8º da Constituição, uma vez que o campo de aplicação deste preceito limita-se ao setor privado, o único em que se pode cogitar de categorias.

5 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não endossa a opinião doutrinária exposta no texto. Pelo contrário: tem estendido à sindicalização dos servidores públicos estatutários as mesmas regras pertinentes aos trabalhadores do setor privado (não segue a mesma orientação, porém, no que se refere à greve dos servidores estatutários). Quanto à sindicalização por categoria, contribuição sindical e unidade sindical no setor público, leia-se a seguinte ementa: “Sindicato de servidores públicos: direito à contribuição sindical compulsória (CLT, arts. 578 e seguintes), recebida pela Constituição (art. 8º, IV, *in fine*), condicionado, porém, à satisfação do requisito da unicidade. A Constituição de 1988, à vista do art. 8º, IV, *in fine*, recebeu o instituto da contribuição sindical compulsória, exigível, nos termos dos arts. 578 e seguintes, CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADIn 1.076, med. cautelar, Pertence, 15.6.94). Facultada a formação de sindicatos de servidores públicos (CF, art. 37, VI), não cabe excluí-lo do regime da contribuição legal compulsória exigível dos membros da categoria (ADIn 962, 11.11.93, Galvão). A admissibilidade da contribuição sindical imposta por lei é inseparável, no entanto, do sistema de unicidade (CF, art. 8º, II), do qual resultou, de sua vez, o imperativo de um organismo central de registro das entidades sindicais, que, à falta de outra solução legal, continua sendo o Ministério do Trabalho (MI 144, 3.8.92, Pertence). Dada a controvérsia de fato sobre a existência, na mesma base territorial, de outras entidades sindicais da categoria que o impetrante congrega, não há como reconhecer-lhe, em mandado de segurança, o direito a exigir o desconto em seu favor da contribuição compulsória pretendida” (Ac. STF — Rec. em Mand. Seg. 21.758-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in *Diário da Justiça* de 4.11.1994, p. 29.831).

2 Romita, Arion Sayão. *Temas de Direito Social*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1983, p. 65.

3 Coppola, Ercole. *Diritto del lavoro e previdenza sociale*, Nápoles, 1934, p. 90; Mazzoni, Giuliano. *Introduzione al Diritto Corporativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1941, p. 34.

4 Oliveira Viana. *Problemas de direito sindical*, Max Limonad, Rio de Janeiro, s/data, p. 209. A frase, literalmente, é a seguinte: “toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho; nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão”.

2. Classificação dos sindicatos

É impossível classificar as diversas formas de sindicatos, já que a matéria sindical apresenta cambiantes contínuas e assim há sempre o risco de classificações incompletas, além de nem sempre serem encontradas formas puras, não sendo raras as modalidades combinadas por força de circunstâncias de natureza diversa.

Manuel Afonso Garcia, não obstante, apresenta um quadro que contém a classificação dos sindicatos de acordo com variados critérios. Tais critérios são os seguintes: a) em atenção aos interesses coletivos protegidos (segundo a composição subjetiva do sindicato e pelo caráter ou natureza de função exercida); b) segundo a forma de organização dos interesses coletivos ou a base objetiva de constituição; c) pela base quantitativa de sua constituição; d) segundo a esfera territorial; e) por sua unidade ou pluralidade; f) pela liberdade ou obrigatoriedade de filiação de seus membros; g) por sua tendência ou finalidade; h) por sua posição perante o ordenamento jurídico⁶.

Classificações desse tipo têm utilidade didática, não mais do que isso. Os tipos de sindicatos são mutáveis, em razão da realidade histórica em cada país, e dependem em linhas gerais da própria organização do trabalho, variável no tempo e no espaço.

A observação do direito sindical comparado permitiu a George Spyropoulos afirmar que, atualmente, existem quatro tipos de sindicatos: a) profissionais (abertos a todos os que exercem a mesma atividade ou profissão); b) de empresa (constituem o tipo predominante nos países em desenvolvimento, mas são também encontrados, por motivos de ordem sócio-cultural, em certos países industrializados, como o Japão); c) de indústria (constituem a forma de organização predominante na Europa continental); d) gerais (análogos a uma federação, são característicos da maioria dos países anglo-saxões: Estados Unidos, Reino Unido, Austrália etc.)⁷.

Para o tema em exame, a mais útil das classificações é aquela que, atenta à estrutura da organização sindical, distingue os sindicatos horizontais dos verticais.

Sindicatos horizontais são os que agrupam trabalhadores que exercem o mesmo ofício ou profissão, independentemente da empresa em que trabalham ou do ramo de produção em que estas desenvolvem sua atividade. A organização horizontal leva em conta, portanto, a profissão exercida pelos filiados (conta-

⁶ Alonso Garcia, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1973, p. 188-190.

⁷ Spyropoulos, Georges. *Sindicalismo y sociedad — Problemas actuales del sindicalismo en el mundo*, Humanitas, Buenos Aires, 1991, p. 63.

dores, datilógrafos, caminhoneiros, vendedores, carpinteiros, eletricitistas etc.), qualquer que seja a empresa em que trabalham. Por exemplo, um vendedor pode trabalhar em uma empresa comercial ou industrial, não importa: todos os vendedores serão filiados ao mesmo sindicato, pelo simples fato de exercerem funções de venda. Esta modalidade de organização é a mais antiga e tradicional. Os sindicatos são chamados *craft union*, *syndicat de métier* e, nos Estados Unidos, formaram a *American Federation of Labour* (AFL).

Os sindicatos verticais prescindem do ofício ou da profissão dos trabalhadores, para considerar apenas o ramo ou setor da produção em que a empresa desempenha sua atividade. Considera-se a natureza da atividade desenvolvida pela empresa em que o empregado trabalha. Haverá, assim, sindicatos de têxteis, metalúrgicos, ferroviários, bancários etc., nada importando, para este efeito, se se trata de um servente, um técnico, um gerente etc. Os sindicatos verticais se subdividem em dois grupos: a) de atividade; b) de empresa. Esta forma de organização sindical foi adotada nos Estados Unidos pelo *Congress of Industrial Organizations* (CIO), dando origem às chamadas *company unions*; a federação destes sindicatos de empresa produz a *industrial union*, constituída portanto de diversas entidades verticais⁸.

Cada tipo de organização oferece, em teoria, vantagens e inconvenientes. A organização horizontal apresenta a virtude de assegurar igual tratamento a todos os que desempenham as mesmas tarefas e, quanto à própria organização sindical, é mais idônea para produzir entidades sindicais de grau superior e de âmbito nacional. Já a organização vertical por atividade é tida por mais eficaz por favorecer a unificação do sindicato e, portanto, conferir-lhe mais força; quanto à negociação coletiva, possibilita um só nível de negociação para cada setor industrial ou comercial, o que é inegavelmente vantajoso⁹.

No Brasil, os sindicatos por profissão (horizontais) correspondem aos das categorias profissionais diferenciadas, enquanto os verticais seriam os das demais categorias profissionais, tudo de acordo com expressa disposição legal (CLT, art. 511, parágrafos 3º e 2º, respectivamente).

Observa Ermida Uriarte que “há coincidência total, unânime — a partir da Convenção Internacional nº 87, da OIT — em que a escolha de uma ou outra forma de organização — horizontal ou vertical, por atividade ou por empresa — deve caber aos próprios interessados, não podendo ser imposta pela legislação nacional”¹⁰.

⁸ Deveali, Mario L. *Derecho sindical y de previsión social*, Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1957, p. 45-47.

⁹ Garcia Abellán, Juan. *Introducción al Derecho Sindical*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 54-56.

¹⁰ Ermida Uriarte, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*, FCU, Montevideu, 1985, p. 84.

Considerações teóricas e abstratas, classificações didáticas etc. têm sem dúvida utilidade, mas ocultam o essencial: o sindicalismo é uma formação espontânea, cuja configuração depende da realidade social de cada país considerado, em sua evolução histórica. À luz desse método, é possível vincular os tipos de organização sindical à própria evolução do regime capitalista, assim como às experimentadas pela conformação sociológica da própria classe trabalhadora. De forma esquemática, Alain Touraine distinguiu três formas de organização sindical, cada uma delas correspondente a determinada fase de evolução econômica: a) sindicalização por ofício, correspondente à fase A da evolução tecnológica, que impõe à classe obreira suas características e, em consequência, à organização profissional suas modalidades institucionais; b) sindicalização por indústria (fase B), própria da fase em que a consciência de classe do proletariado resultava da idéia de exploração e sua força provinha da coalizão que se manifestava particularmente nas greves; c) sindicalização por empresa, correspondente à fase C da evolução tecnológica, coincidente com o surgimento da tecnologia da automação, modificando totalmente a natureza do trabalho; pratica-se uma política de integração, de sorte que a reivindicação dos trabalhadores passa a orientar-se para a organização interior da empresa e para o controle de sua gestão (organização técnica do trabalho, condições materiais de produção etc.)¹¹.

Esta evolução é sintetizada por Palomeque López em trecho que merece transcrição: “Historicamente, o desenvolvimento capitalista e a conformação sociológica da classe trabalhadora determinaram a adoção do fator organizativo básico das entidades sindicais. Em uma fase inicial, própria do capitalismo pré-industrial, familiar ou de grupo, em que o trabalhador profissional de ofício é o continuador histórico do artesão do período dos grêmios, os sindicatos se organizam a partir da profissão (sindicatos profissionais), favorecendo assim a representação e defesa de privilégios artesanais. A fase de industrialização capitalista em massa, superadora da manufatura, propicia a organização territorial dos sindicatos a partir de setores da atividade econômica (sindicatos territoriais de indústria), quando o movimento sindical deixa de manter privilégios de uma elite obreira para atender aos interesses dos assalariados em geral. O sindicato de empresa, que sofre acusações de ser sindicato amarelo, é afinal próprio da fase pós-industrial ou de automação do capitalismo, em que o operador de computadores assim como o técnico do escritório de organização e planejamento substituem o produtor propriamente dito e o especialista clássico. A nova estrutura empresarial tende assim a substituir de modo progressivo a profissão e o âmbito territorial como critérios de organização sindical”¹².

11 Caire, Guy. *Les syndicats ouvriers*, PUF, Paris, 1971, p. 296-298.

12 Palomeque López, M. Carlos. *Derecho sindical español*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 40-41.

À luz dessas considerações, força é reconhecer quão retrógrada é a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Impondo, de forma rígida, a sindicalização por categoria, consagra de modo anacrônico, já superado, modalidade de organização irreconciliável com o atual estágio de evolução da economia brasileira, sem falar na preferência pelo regime corporativo, hostil ao Estado democrático de direito, este falsamente apregoado no art. 1º. O conceito de liberdade sindical, hoje consagrado quase universalmente, repele tipos de organização dessa natureza. A sindicalização por categoria é incompatível com o princípio de liberdade sindical.

3. A noção de categoria no ordenamento fascista (Itália de Mussolini)

O regime fascista tinha por escopo a organização da vida sócio-econômica do país com base nas corporações, órgãos do Estado. O regime corporativo, segundo a concepção predominante entre os autores italianos, pressupunha a organização econômica do Estado por meio das corporações.

Esta a principal aspiração do Estado corporativo: restabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, colocando-se acima delas, como moderador, regulador e sobretudo como organizador. Atribui-se ao Estado o papel de absorver por completo toda a atividade, seja de quem for, indivíduo ou ente coletivo: é o Estado onipotente, tirânico, ditatorial. Nada pode ser organizado no plano da iniciativa privada, nada escapa à vigilância nem ao poder estatal. O próprio cidadão se confunde com o Estado, já que perante este é responsável: nas palavras de Ugo Spirito, “o cidadão responde, perante o Estado, por todos os atos de sua vida, porque o fim desta é o mesmo que o do Estado e, portanto, tudo que dele se diferencie, ou a ele se oponha, ou ainda, dele se julgue independente, é ilegítimo”¹³. O poder de controle do Estado adquiriu expressão ilimitada, justificando o “totalitarismo”, assim enunciado por Mussolini: “Tudo no Estado; nada contra o Estado, nada fora do Estado”. Dá-se no Estado corporativo-fascista a completa identificação entre os dois termos — sociedade e Estado.

Segundo as diretrizes expedidas pela *Carta del Lavoro*, o ordenamento corporativo se vale de dois meios para submeter os interesses particulares ao interesse nacional: a) organização das formas produtivas; b) intervenção do Estado. O primeiro desses meios é representado pelo fenômeno característico da vida social moderna, qual seja o sindicalismo. A política sindical é pressuposto e, mesmo, capítulo inicial da política corporativa. É sobre a organização

13 Spirito, Ugo. *Principios fundamentales de economia corporativa*, trad. de Antonio Pérez Durão, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1934, p. 29-30.

sindical das categorias produtivas que se apóia o ordenamento corporativo, a fim de propiciar ao Estado a coordenação das atividades dessas mesmas categorias. E os conflitos coletivos de trabalho — que têm por objeto a formação de disciplina unitária das relações de trabalho — encontram solução na atividade da *Magistratura del Lavoro*: esta se inclui no quadro da organização corporativa, porque não passa de instrumento com o qual o Estado intervém na solução dos dissídios coletivos de trabalho, segundo a declaração V da Carta del Lavoro¹⁴.

Portanto, o Estado corporativo, onipresente, dispõe sobre todos os assuntos que dizem respeito ao social: desde a regulamentação das relações individuais de trabalho, passando pela política sindical, até desembocar na solução dos dissídios do trabalho, individuais ou coletivos. Nada resta ao particular: o Estado vê tudo, sabe o que é melhor para cada um, a tudo provê.

Negando o pressuposto marxista da luta de classes, o fascismo propugnava a colaboração entre os fatores da produção. A precedência do motivo político sobre o motivo sindical qualifica o processo associativo profissional na Itália. O modelo de sindicato a ser adotado não poderia ser outro, senão o sindicato de direito público. O sindicato era subordinado ao Estado.

A lei Rocco (Lei nº 563, de 1926), no art. 6º, estabelece a *unicidade*, como base da organização sindical italiana. Trata-se não de criar uma entidade em função de um grupo voluntário e de feição contratual (associação), integrado por indivíduos reunidos para fins patrimoniais, mas sim de institucionalizar a representação legal de toda uma “categoria” social. Por isso, o reconhecimento estatal só pode ser conferido a um único sindicato por categoria. Dá-se relevo a interesses que não são determinados por uma soma de indivíduos, mas que transcendem as pessoas e se revelam como interesses permanentes de um segmento da sociedade política, sob tutela do Estado.

A categoria social, neste regime, é aquela que vem a ser identificada pelo exercício de uma mesma atividade profissional, qual seja, a *categoria profissional*, caracterizada por interesses comuns e um espírito comum (psicologia profissional). Superava-se, assim, o conceito de formações de classe, com vistas à supressão da greve. O problema fundamental — afirmava Alfredo Rocco — reside na proibição de justiça particular das categorias e das classes, impedindo-as de fazer justiça pelas próprias mãos. Incumbia ao Estado, em última análise, disciplinando os conflitos do trabalho, organizar a produção nacional¹⁵.

O “princípio corporativo” (princípio básico da organização do Estado fascista) era, nas palavras de Giuseppe Bottai, “o princípio da organização e

personificação das categorias econômicas, porque estas participam conscientemente na vida da comunidade política”. As entidades sindicais são “instrumentos a serviço do novo ordenamento econômico” (vale dizer, ordenamento corporativo fascista), por serem entes de direito público dotados de personalidade jurídica, por meio dos quais o Estado persegue fins que lhe são próprios. Por isso, o sindicato é definido como “a união voluntária de várias pessoas que, pertencendo à mesma categoria, unem-se com o intuito de desenvolver coletivamente uma ação jurídica para a tutela de seus interesses e dos interesses da categoria”. Em consequência, aos sindicatos é concedida a representação legal de toda a categoria. E as entidades sindicais seriam reconhecidas em função de categorias de empregadores, de empregados e de profissionais liberais, distribuídas em todo o território nacional de acordo com as exigências da categoria interessada¹⁶.

As associações sindicais são reconhecidas para a representação de interesses coletivos.

O interesse coletivo não é simplesmente um interesse plural, ou de um grupo, isto é, não tem como titulares sujeitos determinados, mas um interesse geral, referido a uma série abstrata de sujeitos não identificados, embora possam ser reconhecidos por sua qualidade, suas atividades e sua função econômica. O interesse de grupo é, sem dúvida, um interesse coletivo, no sentido de que assiste a vários indivíduos. Mas estes últimos são sujeitos determinados, identificados, em número certo. A atividade para a concretização deste tipo de interesse pode ser exercida por todos os titulares, reunidos em uma associação que abrigará todos, que agirá em nome de todos. Bem diferente é o interesse geral, cujos titulares são bem mais numerosos, são desconhecidos, não identificados. A categoria compreende também os sujeitos futuros, que a ela pertencerão exclusivamente pelo fato de possuírem as qualidades ou ocuparem posições que distinguem a própria categoria. Para a realização do interesse geral (de categoria) não podem ser chamados todos os titulares, nem direta nem indiretamente: trata-se de uma representação de vontades. A categoria (profissional ou econômica) é uma série aberta, da qual podem fazer parte os sujeitos mais diferentes, desde que exerçam a mesma atividade de produção ou explorem o mesmo empreendimento econômico¹⁷.

A noção de categoria (profissional e econômica), portanto, reveste fundamental importância no ordenamento fascista, “porque constitui a base sobre a qual se constrói o ordenamento corporativo italiano”, o âmbito no qual e em referência ao qual se forma um núcleo associativo juridicamente reconhecido. A categoria, como expressão de todos aqueles que se dedicam à mesma ativi-

14 Zanobini, Guido. *Corso di diritto corporativo*, 6ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1942, p. 24-25.

15 Costamagna, Carlo. *Diritto corporativo italiano*, 2ª ed. Utet, Turim, 1928, p. 84-85.

16 Bottai, Giuseppe. *La organización corporativa del Estado*, trad. de Frederico Plaza, Editorial Losada, Buenos Aires, 1941, p. 50-51.

17 Jaeger, Nicola. *Principi di diritto corporativo*, Cedam, Pádua, 1939, p. 21 e 31.

dade laborativa ou atuam como empresários, compreende abstratamente todos os que labutam no mesmo empreendimento econômico (categoria profissional) ou exploram a mesma atividade (categoria econômica). A categoria é anterior a qualquer associação concretamente considerada. A categoria dos têxteis ou dos trabalhadores na construção civil existia, muito antes de existirem associações que reunissem os exercentes das respectivas atividades. A associação, pelo contrário, é sempre e apenas um fato voluntário: enquanto é impossível a determinação precisa dos componentes de uma categoria, seria sempre possível informar com exatidão o número dos membros de uma associação. A Lei nº 563, de 3 de abril de 1926 adota a categoria como base da associação sindical legalmente reconhecida¹⁸.

A categoria não é investida de personalidade jurídica. Sustentou-se a tese de que a categoria seria dotada de personalidade jurídica, porque a associação, que a representa, atuaria como órgão da corporação constituída pela categoria. A tese, porém, é inaceitável, porque a Lei nº 563 limita a personalidade jurídica à associação sindical, ao considerar a categoria apenas como o complexo, a soma não organizada, dos trabalhadores ou dos empregadores pelos quais a associação foi constituída. Existem, é certo, relações jurídicas entre a associação e a categoria. A existência da associação reconhecida atribui caráter jurídico ao grupo no qual a associação foi constituída. A associação determina juridicamente a composição e a extensão da categoria. Por seu turno, o interesse coletivo que a associação é obrigada a tutelar e efetivar é o interesse geral da categoria; faltaria à própria missão o ente sindical que, para determinar aquele interesse coletivo, levasse em conta apenas os interesses dos próprios componentes. Por isso, os interesses sociais, aos quais o sindicato deve atender, são chamados *interesses de categoria*¹⁹.

O aspecto fundamental a ser evidenciado coincide com a necessária ordenação das categorias. Escreve Mariano Pierro que, “com a ordenação das categorias nas várias associações efetiva-se a organização sindical e forma-se a rede de entidades públicas (sindicatos), nas quais todas as categorias profissionais e econômicas encontram adequada colocação e passam a operar organicamente a serviço dos fins superiores da produção nacional”. A distribuição das categorias nas associações compete incontestavelmente ao Estado. Na realidade da vida econômica surgem situações de impossível regulação prévia, que só o Estado pode avaliar, em vista do interesse geral²⁰.

A “ordenação das categorias” conduz à noção de *enquadramento sindical*.

18 Cioffi, Alfredo. *Instituzioni di diritto corporativo*, Ulrico Hoepli, Milão, 1933, p. 85-87.

19 Zanobini, Guido. *Corso di diritto corporativo*, 6ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1942, p. 121-122.

20 Pierro, Mariano. *Principi di diritto corporativo*, Libreria Ulpiano, Roma, 1936, p. 296.

4.ª A noção de enquadramento sindical no ordenamento fascista (Itália de Mussolini)

O ordenamento sindical italiano, segundo a Lei nº 563, de 3 de abril de 1926, observa, entre outras regras, a da homogeneidade. Não era admitido o sindicato misto. Cada associação sindical representava empregadores ou empregados de determinada categoria. O art. 6º, alínea 3ª da referida lei, prescrevia que só poderia ser reconhecida, para cada categoria de empregadores, empregados, artistas ou profissionais liberais, uma única associação sindical (unicidade sindical).

A homogeneidade era entendida em relação a cada uma das categorias ou grupos similares de categorias²¹.

O enquadramento sindical apresentava, em consequência, importância fundamental, porque, como afirma Guido Bortolotto, “a primeira condição para que o sindicalismo possa desenvolver eficazmente suas funções é que a identificação dos indivíduos e dos grupos seja feita com absoluta exatidão”²².

O enquadramento poderia ser coletivo ou individual.

O enquadramento coletivo consistia na determinação e delimitação dos elementos e dimensões da categoria que a associação sindical reconhecida representava. O enquadramento individual indicava a colocação do indivíduo (empregado, empregador, artista ou profissional liberal) em determinada categoria²³.

O enquadramento coletivo também se prestava a fixar a integração das associações profissionais de primeiro grau nas entidades de grau superior. Havia nove confederações, que agrupavam os empresários da agricultura, da indústria, do comércio, de crédito e seguros; os trabalhadores das categorias profissionais correspondentes (trabalhadores na agricultura, na indústria, no comércio, no crédito e seguros); e a confederação dos artistas e profissionais liberais.

O enquadramento podia ser também constitutivo ou distributivo, sendo o primeiro pertinente às categorias, e o segundo, relativo aos indivíduos. O primeiro era afeto exclusivamente ao Ministro das Corporações e consistia na subdivisão das várias categorias econômicas, com a indicação das correspondentes profissionais; daí decorria a identificação das categorias com as diversas associações sindicais; era função política de governo, de natureza nitidamente discricionária e conduzia ao reconhecimento legal da associação. O segundo

21 Fantini, Oddone. *Legislazione corporativa del lavoro*, Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1938, p. 245.

22 Bortolotto, Guido. *Diritto corporativo*, Ulrico Hoepli, Milão, 1934, p. 103.

23 Balzarini, Renato, *Atti e negozi di diritto corporativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1938, p. 77.

tipo acima apontado (distributivo) consistia na pertinência do indivíduo a determinada associação; era decidida pela própria associação, ressalvado, um caso de controvérsia, recurso para o Ministro das Corporações²⁴.

A lei se absteve de ditar normas para a diferenciação e o agrupamento das categorias, deferindo ao poder discricionário do governo a decisão em concreto. Por isso, o enquadramento, como ato administrativo, não estava sujeito a controle da *magistratura del lavoro*, cuja competência pressupunha controvérsias individuais e coletivas entre empregados e empregadores.

A representação profissional resultava, então, do enquadramento, ato que determina conseqüentemente os limites nos quais eram aplicadas as normas coletivas (contratos coletivos de trabalho). A contribuição sindical compulsória também era reconhecida de acordo com os mesmos critérios, já que devida por todos os participantes das categorias econômicas e profissionais representadas; isto é, associações recolhiam as contribuições devidas por todos aqueles que pertenciam às categorias, por elas respectivamente representadas.

Teoricamente, cada categoria deveria ser organizada em uma associação ou, em outras palavras, a cada categoria deveria corresponder um sindicato. Nessa correspondência consiste o enquadramento, ou seja, a inserção de determinada categoria em seu devido lugar, dentro do quadro da organização da atividade econômica. É impossível, no entanto, definir *a priori* as categorias, daí a impossibilidade de adotar-se um prévio critério com valor absoluto. Prevalece, em casos duvidosos, não um critério puramente econômico, mas sim político ou de oportunidade. Na prática, em conseqüência, a individualização da categoria é que deriva do enquadramento, e não vice-versa²⁵.

O enquadramento sindical obedece ao princípio da simetria, segundo o qual os trabalhadores são enquadrados na associação correspondente àquela em que estão enquadrados os respectivos empregadores. Ou seja, as duas organizações separadas de empregados e de empregadores são arrumadas de modo reciprocamente simétrico. O enquadramento paralelo de empregados e empregadores, previsto pelo regulamento de 1^o de julho de 1926, decorre da necessidade de uma constante colaboração entre as associações correspondentes e se reflete na contraposição das confederações²⁶. Basta lembrar que a estipulação dos contratos coletivos de trabalho é, ela própria, uma função corporativa (porquanto subentende a discussão pacífica das condições de trabalho e a coordenação dos interesses dos empregados e empregadores), para reconhecer que tal organiza-

ção não passa de um meio técnico para a realização dos fins desejados pelo ordenamento corporativo do Estado²⁷.

5. A função política da sindicalização por categoria e do enquadramento

O regime corporativo da Itália fascista só poderia ser organizado à base da sindicalização por categoria e com adoção do método de enquadramento sindical prévio e obrigatório.

Na Itália fascista, só era possível o reconhecimento de um sindicato para cada categoria, em determinada base territorial. Esta é — nas palavras de Barassi — a unidade elementar do sistema sindical. É o núcleo basilar, o mais importante. É a associação de categoria²⁸.

Segundo a Declaração III da *Carta del Lavoro*, somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado tem o direito de representar toda a categoria para a qual foi constituído. O reconhecimento é, assim, o ato político pelo qual o Estado se reserva o controle e a vigilância sobre a associação profissional. O controle estatal, na explicação de Guido Bortolotto, é exercido em todos os momentos e sobre todos os atos da entidade: sobre o programa, sobre os dirigentes, sobre a atividade²⁹. No regime corporativo, o sindicato, como detentor de interesses públicos cuja satisfação incumbe ao Estado, deve estar, portanto, submetido a rígido controle por parte do Estado. O controle exercido sobre os sindicatos reconhecidos, mediante o qual o Estado se garante de que sua atividade ajusta-se à destinação para cujos fins eles existem, constitui um dos sinais característicos do interesse do Estado, no sentido de que tais fins de realizem³⁰.

O princípio unitário monopolístico se refletia não na imposição do sindicato único, mas sim na unicidade do reconhecimento, devendo existir apenas um sindicato reconhecido em cada categoria.

A adoção desse critério é explicada por Barassi como fruto de necessidade política. Não se tratava de um critério jurídico. Era justificada por motivos de oportunidade: a pluralidade ensejaria concorrência entre os sindicatos, fonte de desordem e de indisciplina, e tornaria mais difícil o controle por parte do Estado; poderia provocar a formação de sindicatos por partidos. Além disso, há que

24 Uckmar, Antonio. *Scritti vari di diritto corporativo e di diritto del lavoro*, Cedam, Pádua, 1936, p. 22.

25 Cesarini Sforza, Widar. *Corso di diritto corporativo*, 2^a ed., Cedam, Pádua, 1932, p. 99.

26 Barassi, Lodovico. *Diritto sindacale e corporativo*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milão, 1938, p. 87-89.

27 Chiarelli, Giuseppe. *La personalità giuridica delle associazioni professionali*, Cedam, Pádua, 1931, p. 277-278.

28 Barassi, Lodovico. *Ob. cit.*, p. 125.

29 Bortolotto, Guido. *Política corporativa*, Ulrico Hoepli, Milão, 1934, p. 171.

30 Sacerdoti, Piero. *L'associazione sindacale nel diritto italiano*, Roma, 1928, p. 143.

considerar o exercício de funções delegadas de poder público. Em consequência, a delegação de poderes só poderia ser atribuída a um único sindicato, pois não se entende pudesse ela ser distribuída por vários sindicatos na mesma categoria. Por outro lado, há necessidade de uma só fonte de poder na organização da produção nacional, que pressupõe a unicidade de ação diretiva, do impulso proveniente da entidade sindical³¹.

A sindicalização por categoria representava, em consequência, o elemento basilar do regime de sindicato único consagrado pelo ordenamento corporativo.

A categoria, como quer Bortolotto, apresenta o caráter de autêntica e verdadeira unidade de vida, com direitos próprios, precisas e diretas relações de pensamento, atividade e existência; unidade típica, constante, substancial, produtiva. Por tal razão, o conceito de categoria se contrapõe ao conceito de classe econômica, segundo o pensamento marxista. À base da distinção e da delimitação entre empregadores e empregados, torna-se supérflua a definição de classe, em regime corporativo: se as categorias constituem as associações reconhecidas em caráter monopolístico e unitário para a obtenção dos fins de interesse geral, inútil será a figura da classe, que pressupõe interesses particulares e forma conceito ultrapassado no ordenamento jurídico fascista³².

O enquadramento das categorias de produtores — explica ainda Bortolotto —, estabelecido em linhas gerais pelas disposições da lei e em parte confiado à atividade discricionária do governo, deriva de motivos sociais, profissionais e políticos. Constitui um ato importantíssimo, seja para a regular organização sindical seja para a estável e sólida unidade corporativa. O regime corporativo exige um sistema sindical perfeito: constitui premissa fundamental da corporação e precisa repartição e destinação das energias produtivas pelos sindicatos, que representam unitária e totalmente a categoria.

A representação profissional assenta sobre o conceito de enquadramento. Na representação sindical compreendem-se todas as atividades da associação profissional, que dizem respeito à organização, à autêntica representação e à tutela dos interesses da categoria. O ambiente e a esfera de competência de tal representação são os dados do enquadramento. Então, o enquadramento é essencial para o regular ordenamento das associações profissionais. Trata-se, na verdade, de identificar os interesses das várias categorias, salientando o elemento típico, que configura o caráter específico da organização. Por isso, a identificação dos interesses é função exclusiva do ministro das corporações que representa a mente organizadora de todo o complexo das energias produtivas³³.

31 Barassi, Lodovico. Ob. cit., p. 75-76.

32 Bortolotto, Guido. Ob. cit., p. 177-178.

33 Bortolotto, Guido. Ob. cit., p. 178-181.

6. A noção de categoria e o enquadramento sindical no ordenamento jurídico brasileiro

A organização corporativa italiana inspirou o sistema consagrado, entre nós, pelo Decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, que regulou a sindicalização no Brasil; seus dispositivos foram incorporados à Consolidação das Leis do Trabalho. A própria terminologia adotada — categorias econômicas e categorias profissionais — é de inspiração italiana.

Na lição de Evaristo de Moraes Filho, “do ponto de vista sociológico ou econômico, o termo *profissão*, como atividade habitualmente desenvolvida pelos indivíduos, pelas empresas, ou pelos grupos, no campo econômico, abrangendo de modo genérico qualquer espécie de atividade. Quer as pessoas naturais quer as pessoas jurídicas, tanto umas, como outras, exercem normalmente certa atividade, desempenham repetidas e homogêneas funções econômicas, criam sempre os mesmos produtos. Daí o uso indiferenciado da palavra *profissão* nas leis democráticas”³⁴. Entretanto, a exemplo do ordenamento jurídico da Itália fascista, a nossa lei prefere a nomenclatura — categoria, distinguindo: a) categorias econômicas (que compreendem os empregadores); b) categorias profissionais (que abrangem os empregados); c) categorias diferenciadas (que englobam exercentes da mesma profissão). Os sindicatos, entre nós, não desfrutam autonomia para fixar seus quadros de representação. Estes são estabelecidos, de antemão, pela própria lei, segundo critério que opõe uma categoria profissional a uma categoria econômica. É a atividade da empresa que se enquadra na categoria econômica; a vinculação àquele tipo de empresa determina, por sua vez, a categoria profissional dos trabalhadores.

Não era exatamente este o sistema da legislação italiana. Na Itália, o sindicato representava a categoria profissional, conceituada esta como uma esfera de interesses homogêneos, uma vez que consistia no agrupamento dos elementos produtores (empregadores, empregados e profissionais liberais), que exerciam a mesma função no processo econômico. A categoria profissional era a matéria ou substância, enquanto o sindicato era a forma. Daí a teoria que identifica no sindicato a *gestalt* da categoria. Esta dá origem ao sindicato, mas só o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado representa a categoria. Por isso, não são as categorias profissionais que se organizam e se impõe ao Estado, mas este é que organiza as categorias profissionais³⁵.

34 Moraes Filho, Evaristo de. “O problema do sindicato único no Brasil”, *A Noite*, Rio de Janeiro, 1952, p. 254.

35 De la Cueva, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*, I, 2ª ed., Porrúa, México, 1943, p. 238.

O anteprojeto que se transformou no Decreto-lei nº 1.402 foi elaborado por Oliveira Viana, jurista e sociólogo, que se preocupou com a base científica, de fundo sociológico, do nosso enquadramento sindical. Optou ele, de início, pelo sindicato de ofício ou de categoria, o qual, segundo suas palavras, “é o tipo de sindicato que mais nos convém”. Para ele, essa forma de sindicato constitui “o tipo ideal para a organização profissional de povos como o nosso, sem instituições, nem tradições de solidariedade econômica ou profissional”. Só esse tipo de sindicato, a seu ver, “pela homogeneidade de sua composição, decorrente da identidade, similitude ou conexidade das profissões ou atividades exercidas pelos seus membros” apresenta condições de “cristalizar mais rapidamente, entre os seus associados, uma forte consciência de unidade e de grupo”³⁶.

Verificou Oliveira Viana que seria impossível aplicar servilmente os critérios italianos de sindicalização ao nosso povo. O sistema peninsular identificava o sindicato com a categoria, segundo a regra — a cada sindicato uma categoria. Ora, entre nós não era viável a adoção do princípio de que o sindicato se confunde, ou deve confundir-se, com a categoria, levando-se em conta as condições peculiares de distribuição demográfica e densidade profissional³⁷. Em consequência, dissociando os dois fatos que, na doutrina fascista, aparecem associados — o sindicato e a categoria — adotou os conceitos de similaridade, conexidade, subestimados pela doutrina italiana, mas que a nossa superestima. Permite nossa lei, realmente, a constituição de sindicatos mediante critério não só de identidade mas também de similaridade e conexidade, inspirado na doutrina francesa. Lê-se na obra de Paul Pic: “É necessário que os membros do sindicato exerçam a *mesma profissão* ou profissões *similares* ou, pelo menos profissões *conexas*. Esta condição se justifica: teria sido demasiadamente rigoroso exigir, como na organização corporativa do antigo regime, a identidade de profissão; mas era indispensável (*omissis*) exigir pelo menos uma certa comunhão de interesses atestada pela analogia ou pela conexidade das profissões exercidas. O qualificativo *similar* designa ofícios que possuem certos pontos de contato (ex.: padeiros e doceiros). A expressão *ofícios conexos* designa o conjunto das atividades, mesmo diferentes, que concorrem para a elaboração de determinados produtos: assim, um só sindicato poderia agrupar todos os trabalhadores na indústria da construção civil (pedreiros, carpinteiros, pintores e estucadores) ou todos os trabalhadores na indústria de construção marítima”³⁸.

O nosso sindicato não é, em consequência, o *sindicato gremial* mexicano, que, aliás, é minoritário, embora admitido por lei.

36 Oliveira Viana. *Problemas de Direito Sindical*, Rio de Janeiro, s/data, p. X.

37 Oliveira Viana. Ob. cit., p. 133, 142 e 147.

38 Pic, Paul. *Traité élémentaire de Législation Industrielle*, 4ª ed., Arthur Rousseau, Paris, p. 272-273.

Os §§ 1º e 2º do art. 511 da CLT referem-se a “vínculo social básico” e “expressão social elementar”.

De acordo com o disposto no § 1º, o *vínculo social básico* que se denomina *categoria econômica* é constituído pela solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas. Trata-se da profissão exercida pelos empregadores, isto é, pelos empresários, pelos homens de empresa, pelos empregadores (pelos “que empreendem”); as atividades podem ser não só idênticas mas também similares ou conexas. Por outro lado, a expressão *social elementar* compreendida como *categoria profissional* é composta pela similaridade de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego: a) na mesma atividade econômica; b) em atividades econômicas similares ou conexas. Aí, cuida-se dos empregados, dos que vivem do emprego, dos que exercem “profissão ou trabalho em comum em situação de emprego”. Esse emprego pode ser exercido na mesma atividade econômica (atividades idênticas) e bem assim em atividades econômicas similares ou conexas.

Esclareceu Oliveira Viana que o interesse da lei estava em “permitir a constituição de associações sindicais, não só pelo critério da *identidade*, como também pelo da *similaridade* ou da *conexidade*, de modo a dar o máximo de possibilidade à livre manifestação deste espírito da autonomia e destas afinidades associativas existentes entre as diversas profissões ou atividades praticadas no país”³⁹.

Oliveira Viana se deixou influenciar pela lição dos sociólogos e publicistas que insistiam no tema: o fato de exercer um ofício forma, entre todos os que se dedicam a ele, uma solidariedade natural, pois a profissão é um grupo social natural⁴⁰. Daí, ao conceito do art. 511, § 4º, é um passo: “Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.”

Em nosso país não se definiu, porém, de modo sistemático, a especialização profissional nem se fixaram critérios de formação profissional. Daí a necessidade de se definir categoria profissional *diferenciada*, o que constitui o objeto do art. 511, § 3º: “é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”. Constituem categorias diferenciadas os condutores de veículos rodoviários, os vendedores, os cabineiros de elevadores etc.

Estabelecido o conceito de *categoria*, cabe analisar a noção de *enquadramento sindical*, que com ele se harmoniza.

39 Oliveira Viana. Ob. cit., p. 101.

40 Oliveira Viana. Ob. cit., p. 40.

O Título V (“Da organização sindical”) da CLT incorporou os preceitos do Decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, cujo artigo 54 atribuía ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio a incumbência de organizar o quadro das atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização. O Capítulo II do referido Título (“Do enquadramento sindical”) resultou do Decreto-lei nº 2.381, de 9 de julho de 1940, que aprovou o quadro das atividades e profissões, para o registro das associações profissionais e o enquadramento sindical e dispôs sobre a constituição dos sindicatos e das associações sindicais de grau superior.

O quadro das atividades e profissões constitui a base técnica sobre a qual se apóia a política do enquadramento, a qual reflete, “no regime da Constituição de 1937, o íntimo e profundo entrelaçamento entre a subestrutura sindical e a superestrutura político-constitucional”. Por tal motivo, declaravam os considerandos do Decreto-lei nº 2.381: “Considerando que o regime constitucional vigente impõe, para sua integral execução, a organização sistemática de todas as atividades e profissões praticadas no país; Considerando que o Decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, dá ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo artigo 54, a incumbência de organizar o quadro dessas atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização; Considerando que o artigo 56 do mesmo decreto-lei subordina ao referido quadro de atividades e profissões o reconhecimento dos atuais sindicatos constituídos de acordo com o Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934... “Portanto, em obediência às diretrizes traçadas pela Carta de 1937, a legislação ordinária, ao instituir o enquadramento sindical, elaborou “a organização sistemática de todas as atividades e profissões praticadas no país”; incumbia ao Ministério do Trabalho “organizar o quadro dessas atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização”; e, finalmente, todos os sindicatos então existentes, para seu reconhecimento, deveriam subordinar-se ao referido quadro de atividades e profissões, previamente elaborado pelo Ministério do Trabalho...”

O método perfilhado pelo Decreto-lei nº 2.381 (artigo 2º) passou a ser o previsto pelo artigo 570 da CLT: “Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo 577...” Consagrou-se a sistemática de organizar simetricamente, duas a duas, as atividades e profissões: de um lado, empregados e, de outro, empregadores, em correspondência horizontal, como recomenda a boa doutrina corporativista.

A expressão — *enquadramento sindical* — pode ser entendida em dois sentidos: a) objetivo ou coletivo; b) subjetivo ou individual. No primeiro sentido, designa a operação mediante a qual se constituem os sindicatos, a saber, em regra geral, por categorias econômicas (empregadores) ou profissionais (empregados) específicas, na conformidade do quadro das atividades e profis-

sões ou, por exceção, segundo o critério de categorias similares ou conexas. No outro sentido, indica o processo pelo qual se identifica a categoria, econômica, (se empregador) ou profissional (se empregado), a que pertence uma pessoa em virtude do exercício de uma atividade ou profissão, depois de individualizada a categoria por força do enquadramento coletivo.

A célula primária do enquadramento é, portanto, representada pela *categoria*, vale dizer, pelo grupo cuja coesão emana da solidariedade de interesses dos indivíduos que, seguindo o princípio da divisão do trabalho, colaboram no mesmo setor da produção econômica.

O enquadramento sindical coletivo obedece, normalmente, ao critério da divisão por categorias econômicas ou profissionais *específicas*. O critério da especificidade de categorias, porém, nem sempre pode ser observado: às vezes a sindicalização por categorias específicas não se mostra eficiente por força do número reduzido de exercentes das atividades ou profissões, ou pela própria natureza dessas atividades ou profissões, ainda pelas afinidades existentes entre elas. Neste caso, a lei permite a sindicalização pelo critério de categorias similares ou conexas. Explica Evaristo de Moraes Filho: “Com similar, quer-se significar a existência de uma certa categoria entre as profissões e por conexa entende-se uma relação, observada nos fatos da vida real, entre pessoas que concorrem para o mesmo fim. É lógico que em ambos os casos surgem interesses econômicos comuns e semelhantes que justificam, por si sós, a aproximação dos exercentes dos diferentes ofícios e o direito que lhes assiste de se associarem em um só organismo”⁴¹.

Oliveira Viana esclarece que, na organização do quadro das atividades e profissões, abandonou-se o critério científico de classificação segundo a diferenciação técnica, em favor do critério político de enquadramento em sindicato; vale dizer, desprezou-se a regra consagrada pela legislação fascista italiana, a da homogeneidade (a cada categoria deve corresponder um sindicato), para adotar-se o critério da agrupação por similaridade ou conexidade, ao lado da identidade⁴².

No plano do enquadramento coletivo, os sindicatos devem ser normalmente constituídos por categorias específicas, porque eles representam grupos caracterizados pela coesão que resulta da solidariedade de interesses econômicos (empregadores) ou da similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum (empregados). Já no plano do enquadramento individual, não há de ser levado em conta o estado profissional da pessoa, verdadeira qualificação jurídico-profissional. Em consonância com o critério que preside ao enquadramento coletivo, o *status* profissional só seria invocado se adotado com exclusividade o princípio da homogeneidade. Por isso, com razão, escre-

41 Moraes Filho, Evaristo de. Ob. cit., p. 150.

42 Oliveira Viana. Ob. cit., p. 133 e 141.

vem Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão: “Em regra, o enquadramento do trabalhador decorre da atividade preponderante da empresa de que é empregado; mas há exceções, restritas aos profissionais liberais, trabalhadores autônomos e empregados integrantes de categorias profissionais diferenciadas. Todavia, o vínculo social básico determinante do enquadramento sindical das empresas e entidades empregadoras que lhes são equiparadas é sempre ditado pela natureza do respectivo empreendimento, o qual estabelece a solidariedade e os interesses comuns configuradores da categoria econômica”⁴³.

As exceções apontadas revelam que, em certos casos, por exceção, o enquadramento sindical tem sentido profissional. Quando a categoria profissional é diferenciada, os trabalhadores podem organizar seus sindicatos com abstração da natureza da atividade desenvolvida pelas empresas a que prestam serviços. Prevalece a consideração de que esses empregados se distinguem dos demais por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

Fixando as “Proposições fundamentais de direito sindical brasileiro”, assim se expressa Luís Augusto de Rego Monteiro: “O quadro de atividades e profissões para fins sindicais é uma predeterminação de categorias e um enquadramento fundamental e coletivo deste...” E adiante: “Na conformidade do princípio neocorporativo de equilíbrio entre a atividade econômica e o trabalho, o enquadramento sindical equaciona o ritmo da simetria partidária”⁴⁴.

O sistema de enquadramento sindical prévio e obrigatório constituía exigência — como requisito indispensável — da instituição do regime corporativo no Brasil. Como escreve Cavalcanti de Carvalho, “o ordenamento sindical constitui um pressuposto necessário do ordenamento corporativo, sabido que o sindicato vale como o fulcro e a célula de todo o sistema corporativo”⁴⁵.

O quadro de atividades e profissões, que fixa o plano básico do enquadramento sindical tal como previsto pelo Decreto-lei nº 2.381, foi incorporado — como anexo — à CLT, expressamente mencionado no artigo 577.

A organização sindical arquitetada por Oliveira Vianna não poderia, portanto, prescindir dos seguintes elementos: unicidade sindical, sindicalização por categoria, enquadramento sindical prévio e obrigatório.

Oliveira Viana insiste em que os sindicatos “saídos da Carta de 10 de novembro” são de “tipo corporativo”, portanto não são sindicatos heterogê-

neos, “que serviam no tempo, no regime anterior, da Carta de 1934, para efeitos exclusivamente de defesa da classe”. Ele opõe o sindicato do tipo “defesa de classe” ao “sindicato de tipo corporativo”. E esclarece: “Para a defesa da classe, unicamente é possível um sindicato de tipo heterogêneo; mas tal tipo de sindicato não seria possível para um sindicato órgão do Estado, exercendo funções delegadas de autoridade pública”⁴⁶.

Este era o sindicato instituído no Brasil em 1939, mercê do Decreto-lei nº 1.402, que passou para a Consolidação das Leis do Trabalho e que prosseguiu, incólume, em sua marcha confortável, sob a vigência das Constituições de 1946, 1967 e 1969. Havia, por certo, a contrapartida: o estrito controle por parte do Estado; o sindicato podia, mesmo, sofrer a intervenção do Ministério do Trabalho (CLT, art. 528). Com a queda do Estado Novo (1945), seria sensato que se considerasse revogada a legislação sindical implantada pelo Governo Vargas, ante a manifesta incompatibilidade entre o ordenamento (corporativo) sob o qual haviam sido lançadas as bases daquela organização e os novos rumos políticos (democráticos) que o País seguia. Tal, porém, não ocorreu. Entendeu-se, até por intermédio de decisões do Supremo Tribunal Federal, que inexistia tal incompatibilidade⁴⁷, razão pela qual foram mantidas até 1988, e mesmo após, as mesmas características do sindicato “de tipo corporativo” imaginado por Oliveira Viana.

Com a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, o sindicato assume nova feição: deixa de ser órgão do Estado, deixa de exercer funções delegadas de autoridade pública; portanto, não poderia permanecer submetido a controle do Estado. Passava a ser sindicato do tipo “defesa de classe”, não seria mais de tipo corporativo. Por isso, deveria gozar de autonomia: de fato, o art. 8º, I, da Constituição Federal veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Estava aberta, em consequência, a via para a instituição de um sindicato “heterogêneo”, livre das peias impostas pelo corporativismo de 1937: não mais unicidade imposta por lei, não mais sindicalização por categoria, não mais enquadramento sindical prévio e obrigatório. Tal desiderato, porém, não foi alcançado. Contraditoriamente — e desmentindo a afirmação de “liberdade sindical” contida no art. 8º — diversos incisos deste dispositivo conservam os traços do regime de 1937, como se o sindicato, no Brasil, não pudesse ser um sindicato do tipo “defesa de classe” e devesse conservar as características do sindicato de “tipo corporativo”. Em diferentes incisos do art. 8º, a Constituição de 1988 mantém a unicidade sindical e a sindicalização por categoria (deveria, por coerência, ter conservado o enquadramento sindical).

43 Süssekind, Arnaldo e Maranhão, Délio. *Pareceres de Direito do Trabalho e Previdência Social*. LTr, São Paulo, 1973, p. 222.

44 In Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, IV, SEPT, Rio de Janeiro, 1945, p. 240 e 241. No mesmo sentido, Cavalcanti de Carvalho, M. *Direito Sindical e corporativo*, A. Coelho Branco Filho Editor, Rio de Janeiro, 1941, p. 331.

45 Cavalcanti de Carvalho, M. *Direito Sindical e Corporativo*, cit., p. 29.

46 Oliveira Viana. Ob. cit., p. 258-259.

47 Romita, Arion Sayão. *Temas de Direito Social*, cit., p. 92-94.

O contraste é evidente: as características enunciadas (unicidade, categoria e enquadramento) são típicas do sindicato de “tipo corporativo”, porém inconciliáveis com o sindicato do tipo “defesa de classe”. Ao que tudo indica, a Constituição de 1988 pretendeu instituir no Brasil um sindicato do tipo “defesa de classe”, tanto que proclamou a autonomia sindical (art. 8º, I); todavia, preservou o sindicato do “tipo corporativo”, porque manteve expressamente a unicidade e a sindicalização por categoria (art. 8º, incisos II, III e V); implicitamente, conservou o enquadramento.

É fora de dúvida que os artigos 511 (e seus parágrafos) e 570 da Consolidação das Leis do Trabalho foram recepcionados pela Constituição de 1988. Como afirma Arnaldo Süssekind, as citadas normas “são, não somente compatíveis com o Estatuto Fundamental, mas necessárias ao funcionamento do sistema sindical por ele adotado”⁴⁸. O Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido⁴⁹.

Sem embargo da enfática declaração contida no art. 8º (“é livre a associação profissional ou sindical”), a Constituição de 1988 manteve as características inerentes ao sindicato criado pelo corporativismo italiano, que em nada era livre. A unicidade sindical, a sindicalização por categoria e o enquadramento são técnicas imprescindíveis ao sindicalismo de “tipo corporativo”, porém hostis ao sindicato democrático e livre. Quanto à sindicalização por categoria, não pode haver qualquer dúvida, no sentido de sua preservação pelo texto da Lei Maior de 1988. Registra-se hesitação, apenas, quanto ao enquadramento sindical: se o art. 8º, I, da Constituição veda a interferência do Poder Público na organização sindical, injurídica seria a afirmação de que conservam vigência os dispositivos da CLT que regulavam a atividade da Comissão de Enquadramento Sindical. No entanto, se o art. 570, que alude ao “quadro de atividades e profissões”, continuar a vigor, não será desarrazoado admitir, com Mozart Victor Russomano, que é com base no “mapa” previsto pelo art. 577 que se mantém “a velha estrutura sindical brasileira”⁵⁰. Observa Arnaldo Süssekind: “o quadro de atividades e profissões (enquadramento sindical) serve hoje apenas de modelo que, em geral, vem sendo respeitado pelos grupos interessados”. Realmente, o “quadro” não é obrigatório, em face da vedação de interferência do Poder Público na organização sindical; ele serve apenas de modelo; todavia, “os grupos de empregadores e de trabalhadores que pretenderem constituir sindicatos terão de observar os conceitos de categoria econômica, categoria

48 Süssekind, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, cit., p. 1.002.

49 Ac. STF-Pleno, proc. RMS-21.305-1, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, in LTr, jan. 1992, p. 13 e 14.

50 Russomano, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 622.

profissional e categoria profissional diferenciada enunciados no art. 511 da Consolidação”⁵¹.

7. Avaliação crítica da noção de categoria

O corporativismo tentou a conciliação dos interesses contrapostos dos fatores da produção mediante um procedimento autoritário. Para lograr este objetivo, constituiu, em correlação com as categorias econômicas e profissionais que particularizava, entidades representativas, a saber, os sindicatos de direito público aos quais atribuiu competência para determinar e realizar o interesse da categoria.

Ora, a categoria é a série indefinida de indivíduos que desempenham determinada função igual no processo de produção. Os componentes da série podem ser desconhecidos uns dos outros. O agrupamento artificial e forçado dos indivíduos na categoria tem por finalidade substituir as classes sociais. Se a coesão fosse autêntica e a colaboração fosse uma realidade, o propósito seria logrado; ocorre que, na realidade fática, tudo não passa de uma tentativa de ocultar oposições naturais e permanentes⁵².

Considerando-se a categoria *em dado momento* e, portanto, formada de *determinadas pessoas*, exercentes da mesma atividade, será impossível distinguir entre interesse da categoria e interesse de cada um de seus componentes. Esta impossibilidade é absoluta e a consequência que dela se extrai é peremptória: o interesse da categoria se dissolve no nada. Não sendo ele outra coisa senão o interesse de cada um dos componentes da categoria, o que há de real e concreto é o interesse de cada componente⁵³. Fixado esse pressuposto, é impossível que a pluralidade se resolva em unidade e dê origem a um organismo social portador de um interesse unitário. A identidade dos interesses individuais concretos não permite distinguir entre estes e o interesse da categoria, daí a impossibilidade de que a soma daqueles interesses individuais possa dar vida a uma entidade diversa e superior a cada um deles: existe um só interesse, presente em exemplares exatamente equivalentes⁵⁴.

A noção de categoria, abrangendo todos os sujeitos que exercem sistematicamente certa atividade produtiva, procede apenas à unificação conceitual de

51 Süssekind, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, cit., p. 1.004.

52 Alcalá-Zamora y Castillo, Luis-Cabanellas de Torres, Guileermo. *Tratado de política laboral y social*, II, Helisasta, Buenos Aires, 1972, p. 31.

53 Cesarini Sforza, Widar. *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1942, p. 132.

54 Corrado, Renato. *Trattato di Diritto del Lavoro*, I, Utet, Turim, 1965, p. 235.

uma série de indivíduos, mas não oferece relevância jurídica. Só apresentava interesse para o regime corporativo, para o sindicato de direito público. É certo que parte da doutrina sustentava a teoria de que os sindicatos, no regime democrático, estão investidos de representação legal não mais pública, porém privada, do interesse coletivo da categoria⁵⁵. Mas, como afirma Renato Corrado, essa tese é arbitrária, insustentável: ela só resiste por um fenômeno de *viscosidade* (transposição metafórica do conceito de Física, consistente na resistência que todo fluido oferece ao movimento relativo de qualquer de suas partes).

Inerente ao exercício da liberdade sindical é a faculdade de que goza o sindicato de determinar o âmbito profissional da organização. Este é *punctum saliens* da questão: o confronto entre a concepção ontológica e a concepção voluntarista de categoria. Segundo a primeira corrente⁵⁶, a categoria é um *prius* lógico do sindicato, é um dado *a priori* ao qual a organização sindical deve adequar-se; portanto, a lei pode fixar o âmbito profissional da entidade sindical. Para a corrente oposta, é no grupo que reside a fonte de autodeterminação da área de interesses comuns; o campo de atuação do sindicato não pode ser, então, fixado por lei, mas sim pelos grupos organizados no processo de livre formação. Nas palavras de Mattia Persiani, a liberdade de organização sindical também significa, ao contrário de quanto previsto pelo ordenamento corporativo, a liberdade de definir o âmbito no qual a entidade sindical vai atuar, mesmo que este não coincida com o setor merceológico no qual se desenvolve a atividade⁵⁷.

O sindicato é que fixa a categoria, e não o contrário.

Explica Gino Giugni que o fundamento da concepção ontológica de categoria imbrica idéias organicistas da sociedade e que a expressão normativa mais coerente dessa noção foi a do regime corporativo italiano, que definia por ato autoritário o âmbito de cada sindicato reconhecido⁵⁸.

Sem dúvida, a categoria, “descobrimento” do regime corporativo italiano, configura um modo de sindicalismo integrado por sindicatos fantoches, a serviço do Estado; o sindicato subsiste nominalmente, por ficção de tolerância e por utilidade política. A noção de categoria como dado *a priori* funciona como um meio eficaz de reduzir o sindicato à impotência, sem que se torne preciso proibir sua existência.

55 Santoro-Passarelli, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 35ª ed., Dott. Eugenio Jovane, Nápoles, 1987, p. 53.

56 Di Marcantonio, Amleto. *Ancora sul concetto di categoria professionale*, in *Studi in memoria di Ludovico Barassi* (a cura di Vincenzo Carullo), Giuffrè, Milão, 1966, p. 325 e seguintes. Poucos autores se inscrevem nesta corrente: além do citado, Valente Simi.

57 Persiani, Mattia. *Diritto sindacale*, Cedam, Pádua, 1986, p. 14.

58 Giugni, Gino. *Comentário ao art. 39*, in *Rapporti economici*, I — *Comentario della Costituzione* (a cura di Giuseppe Branca), Nicola Zanichelli, Bolonha, 1979, p. 275.

É ainda Gino Giugni que explica: “Os grupos sociais não se apresentam como fato ontologicamente definido, mas adquirem identidade em função de avaliação — de escolha realizada como ato de autonomia negocial — que transforma a amorfia sociológica em caso organizativo e confere ao grupo importância jurídica. O grupo profissional, portanto, adquire tal relevância quando se auto-organiza e se coloca enquanto centro propulsor de atividade juridicamente relevante. Na doutrina jurídica, por sua vez, em épocas mais recentes, era freqüente um erro metodológico, pelo qual se tendia a afirmar a existência distinta do grupo profissional e da organização constituída. A categoria se configurava, portanto, como um *prius* distinto da organização; de modo que a organização, buscada em hipotética lei de necessidade, deveria ter-se adequado ao dado ontológico ou ao pressuposto da categoria. O erro metodológico é devido a uma espécie de “desdobramento conceitual” (um erro lógico, evidenciado em termos gerais por Kelsen) através do qual se pretende deduzir a consideração jurídica dos institutos pelos dados considerados existentes objetivamente, *in rerum natura* (categoria ontológica), enquanto, ao contrário, esta configuração — de modo correto — é possível somente partindo dos dados da própria realidade normativa. Não se pode afirmar, portanto, a relevância jurídica de um grupo profissional, senão com a existência do fato organizativo que pressupõe, por sua vez, um núcleo normativo mesmo que de origem autônoma. Deste modo, do ponto de vista, do ordenamento jurídico, não existe sentido na afirmação da existência do grupo profissional antes de sua organização: pelo ordenamento jurídico, a categoria é reconhecida somente no momento da efetivação da auto-organização dos grupos”.

E Giugni prossegue: “O erro do desenvolvimento conceitual entre grupo profissional organizado e substrato social ou categoria ontológica se explica por razões de ordem histórica. Em primeiro lugar, origina-se da doutrina que se desenvolveu sob o regime corporativo, na época da organização publicista dos grupos profissionais. Para tal posição doutrinária, o ordenamento corporativo teria efetuado um “reconhecimento” da realidade social das categorias, limitando-se a traduzir, em termos jurídicos, a essência ontológica das mesmas. Esta doutrina continha um equívoco. A verdadeira diferença entre o ordenamento corporativo e o atual se encontra no fato que, enquanto no último, o ato de vontade, ou melhor, de avaliação dos interesses, que leva à constituição do grupo profissional, cabe aos sujeitos participantes, no outro ordenamento era tarefa do Estado. Sempre existia, porém, uma escolha: de fato, o legislador corporativo devia intervir, periodicamente, para determinar os critérios de formação e de enquadramento das categorias, demonstrando com isso que, mesmo naquele regime, eles derivam de uma escolha; escolha esta proveniente da vontade de autoridade política, ao invés de derivar dos sujeitos interessados.

Destas referências evidencia-se, claramente, a matriz da chamada construção ontológica da categoria: tratava-se de elaboração da doutrina que respondia aos imperativos ideológicos, como justificação *a posteriori* de um sistema jurídico inspirado em determinadas escolhas políticas⁵⁹.

A noção da categoria sofre uma evolução, na dependência do regime político em que o sindicato atua: de um conceito absoluto e apriorístico, submetido ao ato estatal de enquadramento constitutivo, passa, em alternativa democrática, a um conceito relativo, segundo o qual ocupa a posição *a posteriori* em face da entidade sindical. Vem a ser, então, em cada caso, determinada pelos modos de exteriorização da autonomia coletiva, principalmente mercê da negociação. A noção sociológica de categoria se expressa como coletividade caracterizada pelo conjunto dos destinatários de determinada organização⁶⁰.

8. A inadequação da sindicalização por categoria ao atual estágio de evolução do sindicalismo

Como certas instituições e determinadas criações da vida humana, o sindicalismo só justifica sua permanência pela capacidade de se adaptar à evolução da sociedade, curvando-se ante novas realidades políticas, econômicas, sociais e culturais.

A sindicalização *por categoria* é coisa do passado, inteiramente desatualizada, completamente desajustada ao mundo presente. Só se sustenta no Brasil, graças à mentalidade dominante, que autoriza a permanência de privilégios assegurados aos exercentes do poder sindical — patronal e de trabalhadores — que em nada cedem, apegados, como ostras ao rochedo, às posições de mando das quais ninguém consegue demovê-los.

Acrescente-se a este fator o desconhecimento generalizado a respeito dos temas de direito coletivo do trabalho no Brasil: somente de alguns anos a esta parte esses temas vêm sendo debatidos. O primado do direito individual do trabalho era evidente, relegando o coletivo para o limbo das inutilidades, pouco estudado. Predomina no Brasil o entendimento de que a sindicalização por categoria é a única possível, não existindo outras formas de organização sindical...

O sindicalismo, no mundo, atravessa um período de crise, com redução do número de filiados aos sindicatos e declínio da influência por eles exercida no

59 Giugni, Gino. *Diritto sindacale*, 5ª ed., Cacucci, Bari, 1980, p. 71-73 (existe tradução brasileira: *Direito Sindical*, trad. de Eiko Lúcia Itioka, LTr, São Paulo, 1991).

60 Sanseverino, Luisa Riva. *Diritto sindacale*, 3ª ed. Utet, Turim, 1976, pp. 104-105.

meio social. A crise econômica provoca a desmoralização dos trabalhadores, gerando crise de credibilidade; por outro lado, a ameaça de desemprego em grandes proporções debilita os sindicatos de trabalhadores. Esta crise, porém, não se apresenta isolada: os fatores sociais são interdependentes, de sorte que a crise do sindicalismo vem acompanhada da crise do Estado de bem-estar, dos sistemas de produção da empresa etc.

Os sindicatos sofrem hoje em dia os efeitos de mudanças, que Georges Spyropoulos especifica em cinco grupos: mudanças econômicas; inovações tecnológicas; evolução da população ativa; novas atitudes individuais ante o trabalho; e globalização da economia.

Os principais fatores das mudanças econômicas são a crise generalizada, a inflação e o desemprego. O crescente aumento de médias e pequenas empresas determina alterações nos métodos de criação de riquezas e de geração de empregos. Uma nova organização industrial abala os fundamentos dos tradicionais sistemas de produção caracterizados pelo fordismo e pelo taylorismo. A estes fatos devem ser somados os efeitos das políticas de incentivo às exportações com vistas à melhoria do balanço comercial e pagamento da dívida externa, com o progressivo aumento do setor informal da economia e do trabalho precário. A influência dos sindicatos tem declinado, por força desses acontecimentos.

As mudanças tecnológicas, com a aceleração do progresso técnico, afetam as tradicionais formas de organização do trabalho e de relações industriais. As relações de força entre empresários e trabalhadores são modificadas. O controle social dessas mudanças tecnológicas não está ao alcance dos sindicatos, o que contribui para seu enfraquecimento.

As transformações na composição da população ativa são o resultado da retração no nível de emprego na agricultura e na indústria. Expande-se o setor de serviços. Observa-se aumento considerável do número de mulheres no mercado de trabalho e também aumento rápido das relações de trabalho atípico e precário. Estes fatos influenciam negativamente na potência dos sindicatos e revelam outra face da medalha: os sindicatos também não se preocupam com a situação das mulheres, assim como dos subempregados e desempregados, que não podem sindicalizar-se.

Novas atitudes individuais perante o trabalho também influem no processo. O desenvolvimento dos meios de comunicação e o acesso às fontes de informação ampliam as ambições individuais, em detrimento dos meios de ação coletiva utilizados pelos sindicatos. Busca-se incessantemente a melhoria dos níveis de qualidade de vida, com tendência a desprezar as formas associativas de ação sindical.

A globalização de economia, provocando a multiplicação dos tratados de integração regional e a expansão das empresas multinacionais, repercute na atuação dos sindicatos⁶¹.

É evidente que todos os fatores mencionados se refletem nos modelos de organização sindical. Onde há divisão dos sindicatos, a capacidade de superar as dificuldades é sem dúvida menor do que nos países em que há unidade sindical livremente deliberada, com redução do número de sindicatos e com lideranças unificadas e autênticas, representativas. As mudanças acima enfocadas produziram efeitos mais sensíveis sobre os sindicatos profissionais ou de ofício, tipo de organização que constitui o modelo característico das primeiras etapas do sindicalismo e representa o modelo tradicional da organização sindical. A tendência é fortalecer os sindicatos de indústria, forma de organização que impede a proliferação de sindicatos débeis e desunidos⁶².

O rápido crescimento do setor de serviços e a introdução do direito coletivo do trabalho no setor público (sindicalização, negociação coletiva e greve dos servidores públicos) determinam o surgimento de novas formas de composição do movimento sindical. Neste caso, a sindicalização por categoria é simplesmente inviável e novos processos não de ser experimentados. A proliferação de sindicatos nestes setores é um sinal de vitalidade e de adaptação do sindicalismo às exigências dos novos tempos, porém existe a contrapartida: a fragmentação do movimento em grande número de sindicatos inexpressivos, cujos dirigentes buscam apenas a satisfação de seus interesses pessoais e particulares, com a conseqüente hostilidade e concorrência com as demais associações, além da perda de credibilidade.

A observação demonstra que, nos países em que há sindicalismo unificado e centralizado por decisão consciente e deliberada dos trabalhadores, é maior a capacidade de resistência dos sindicatos aos efeitos nocivos das transformações do que nos países em que há pluralidade ou unicidade sindical.

A política corporativista de classificar os trabalhadores em grande número de categorias tem o evidente propósito de assinalar a diferenciação mais acentuada possível em todos os níveis profissionais. Pretende-se, na verdade, utilizar um mecanismo multiplicador das diferenças reais provadas pela divisão técnica do trabalho. A categoria profissional atua, portanto, como elemento de divisão de classe trabalhadora⁶³.

61 Spyropoulos, Georges. *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, in *Relasur*, nº 4, Montevideu, 1994, p. 81 e segs.

62 OIT. *El trabajo en el mundo*, nº 6, Genebra, 1993, p. 54.

63 Perez-Espinosa Sanches, Fernando. *Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador*, in *Leciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 177.

No Brasil, onde vigora unicidade de direito com pluralidade de fato, o movimento sindical ainda não se deu conta de sua fragilidade. Observam-se algumas demonstrações de força, exatamente em setores nos quais há unidade voluntária. Na raiz deste descompasso do sindicalismo brasileiro com a atual realidade social e econômica, está, entre outros fatores, a sindicalização por categoria. Este método de organização sindical é, portanto, inteiramente inadequado ao estágio atual de evolução da economia e da organização social no Brasil.

A diversidade verificada entre os vários setores de uma categoria econômica reflete-se na negociação coletiva. A sindicalização por categoria era típica de um momento político caracterizado pela proibição de negociar. Atualmente, a negociação coletiva está na ordem do dia e a Constituição Federal a estimula. Se há liberdade sindical e se há incentivo à negociação coletiva, não pode haver sindicalização por categoria. Observa Heloisa Helena de Souza Martins: “Esta questão da diversidade tem-se refletido, de alguma forma, nas negociações coletivas. Essas, na medida em que contêm pontos que, de uma maneira geral, buscam uniformizar ou dar uma base comum para toda a categoria, não podem considerar as inúmeras diferenças que existem entre as empresas, num mesmo setor ou entre os setores que estão abrigados em uma mesma categoria econômica. E, como vimos, a reestruturação industrial tem acentuado a heterogeneidade existente, dada a maneira desigual com que se tem processado. Em entrevista feita com um dirigente sindical metalúrgico do ABC temos uma referência a como isso ocorreu em seu setor: “...houve uma diferença entre a forma de negociação quando se dava lá em 1978 e até antes e a que vai-se dando depois dos anos 80. A tendência é, realmente, o acordo por empresa. Poucas vezes, depois de 1982, houve acordo geral por categoria. Esses acordos são por ramo e, em determinados momentos, por empresa. Essa tendência não foi só porque a comissão de fábrica teve uma direção mais importante, conseguiu mobilizar mais o pessoal, não é só por causa disso tudo, não é só porque foi uma tática de greve que levou a isso, mas sim porque essa é uma tendência natural do desenvolvimento da indústria, da forma da indústria. Não foi só porque o patrão quer dividir o trabalhador, isso é um discurso que serve para encher o prato de quem olha as coisas apenas a partir de uma lente ideológica e não a partir de uma visão mais científica da dinâmica das relações de trabalho. Com essa visão nós vamos ver que essa é a ordem natural”⁶⁴.

Aí está: sensibilidade e sintonia com a realidade social e econômica do presente é o que se pode extrair do trecho transcrito. Mas não é só no campo

64 Martins, Heloisa Helena de Souza. *Os dilemas do movimento sindical em face da terceirização*, in *Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho* (Heloisa de Souza Martins e José Ricardo Ramalho, org.), Hucitec, São Paulo, 1994, p. 21-22.

das relações coletivas de trabalho que se registra a fratura entre o ordenamento constitucional (sindicalização por categoria) e a realidade atual: o desajuste se revela também no campo judicial, quando se considera a composição dos conflitos coletivos de trabalho.

Tomemos como exemplo um dissídio coletivo suscitado por um Sindicato de Advogados contra um banco estatal e outros. Formalmente, não há dúvida quanto à legitimidade processual do suscitante, ante o disposto na Lei nº 7.316, de 28 de maio de 1985. Pois bem: o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região extinguiu o processo sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que o suscitante não tem legitimidade para ajuizar dissídio coletivo. O Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Sindicato dos Advogados (decisão unânime da Seção Especializada em Dissídios Coletivos). O voto do relator, Ministro Almir Pazzianotto Pinto, salientou: “Embora disponham de lei regulamentadora do exercício da profissão, os advogados não se constituem em categoria diferenciada, para efeito de atuação sindical. Conquanto gozem, como todos os demais trabalhadores, do direito à organização sindical, não se diferenciam dos demais trabalhadores, dentro das empresas, no tocante às condições gerais de trabalhadores. Esta a situação de outros trabalhadores que exercem algumas das antigas profissões liberais, como médicos e dentistas, por exemplo. A se aceitar que advogados negociem separadamente e, malogrando a negociação, suscitem dissídio coletivo específico, estaríamos contribuindo para o enfraquecimento dos demais empregados, sem fortalecermos aqueles que exercem a advocacia, na qualidade de empregados. Ocorre que, pelo seu reduzido número dentro das empresas, e pela sua rarefação, em determinadas áreas geoeconômicas, os advogados não conseguem acumular poder de barganha, ficando em situação inegavelmente fraca diante dos seus empregadores”⁶⁵.

A sindicalização por categoria, portanto, já não é mais operativa⁶⁶. Na prática das relações coletivas de trabalho, ela representa um entrave intolerável

⁶⁵ Ac. TST-RO-DC-86.938/93.4, Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, in *Diário da Justiça* de 30.9.1994, p. 26.311. No mesmo sentido, negando a trabalhadores em transportes rodoviários (motoristas) a condição de integrantes de categoria diferenciada (decidiu-se que integram a categoria de trabalhadores rurais): Ac. TST-RO-DC-71.511/93.4, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, in D. J. de 30.9.94, p. 26.302.

⁶⁶ Inúmeras são as controvérsias judiciais a respeito da legitimidade de sindicatos para representar interesses de categorias. As dificuldades avultam quando se trata de sindicatos de servidores públicos. Na linha de orientação consagrada pelo julgado referido supra (nota 5), o Supremo Tribunal Federal reafirma a aplicação da regra de unicidade sindical a sindicato de servidores no seguinte julgado: “A existência, na mesma base territorial, de entidades sindicais que representam estratos diversos da vasta categoria dos servidores públicos — funcionários públicos pertencentes à Administração direta, de um lado, empregados públicos vinculados a

à negociação coletiva. No julgamento dos dissídios coletivos de interesses, pode conduzir à extinção do processo sem apreciação do mérito, por ilegitimidade processual. É tempo de atualizar a organização sindical brasileira, abolindo a sindicalização por categoria, porém a realização prática desta idéia depende de uma reforma da Constituição. Esta, porém, já é outra história...

entidades paraestatais, de outro, cada qual com regime jurídico próprio — não ofende o princípio da unicidade sindical. Legitimidade do Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias e Tribunal de Contas do Distrito Federal (Sindireta) para agir na defesa dos direitos e interesses de seus filiados” (Ac. STF — Rec. Ext. nº 159.228-1, Rel. Min. Celso de Mello, in *Diário da Justiça* de 27.10.94, p. 29.168). Nota-se, contudo, que a “categoria” referida no julgado é, simplesmente, a de servidores públicos — vastíssima, a bem dizer nesta ótica, a única a abranger este tipo de trabalhadores. A rigor, a diversidade de regimes jurídicos (estatutário: administração direta; trabalhista: entidades paraestatais) deveria gerar entendimento diverso, no sentido da presença de categorias diversas: a representação de categoria funcional vinculada à administração direta (regidas por estatuto de direito público) não deveria coincidir com a de empregados de empresas regidas pela legislação do trabalho (de direito privado). Este raciocínio demonstra a fragilidade do argumento que aplica aos servidores estatutários as normas pertinentes à sindicalização do setor privado, pois — repita-se — no setor público regido por normas estatutárias não existem categorias.

A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA POR IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE SEU FIM

SÉRGIO CAMPINHO

1. *Fundamento Legal da Dissolução*

A Lei nº 6.404/76, em seu artigo 206, II, “b”, contempla a hipótese de uma companhia dissolver-se por decisão judicial, proferida em ação proposta por acionista(s) que represente(em) cinco por cento ou mais do capital social, provando que a sociedade não pode preencher o seu fim.

Justifica-se o preceito, pelo fato de não se poder conceber possa permanecer formalmente a existir uma sociedade, que não mais é capaz de desempenhar o seu objeto e que, destarte, não mais sirva aos fins que inspiraram seu surgimento, numa imposição indevida de imobilismo do patrimônio e anseios dos acionistas.

A presente reflexão tem por escopo perquirir o alcance e conteúdo desta causa de dissolução judicial da sociedade anônima, abordando situações concretas que poderiam estar inseridas neste conceito de não preenchimento do fim social.

2. *A Ruptura da Affectio Societatis*

Dentre os sistemas existentes para a classificação das sociedades comerciais, existe aquele que toma em consideração a pessoa dos sócios. Portanto, em razão da influência dessa figura no seio das sociedades, estas podem ser classificadas em sociedades de pessoa e sociedades de capital.

Sociedades de pessoa são aquelas em que a pessoa do sócio tem papel preponderante, fundamental, não só na constituição da pessoa jurídica, mas também durante toda a sua vida e evolução. Já as sociedades de capital, relegam a pessoa dos sócios a um plano secundário, sendo levado em consideração para

sua criação e funcionamento a capacidade de contribuição dos sócios para a formação do capital social. Diz-se, assim, que as primeiras são constituídas *cum intuitu personae*, razão pela qual, a desinteligência entre seus membros, quando torna insustentável a vida em sociedade, implica na quebra da *affectio societatis*, que, no dizer de LAGARDE, se caracteriza da união e aceitação das áleas comuns, podendo justificar a dissolução da sociedade.

Como curial, as sociedades anônimas sempre se enquadraram no rol das sociedades de capital, repelindo-se, nessa tipologia, qualquer feição personalista.

Todavia, apesar de a tônica da Lei nº 6.404/76 ter sido a de focalizar a estrutura da sociedade anônima brasileira como de grande empresa, concebendo-a como uma instituição, a realidade da economia nacional não acompanhou a idéia evolutiva da lei, porquanto subsistem sociedades anônimas de médio e pequeno portes, que jamais podem ser vistas como instituições. Constatando esta realidade, afirma RUBENS REQUIÃO, que “*os estudos sobre o tema levam à convicção de que hodiernamente existem dois tipos bem distintos de sociedades anônimas: a fechada e a aberta.*” (Curso de Direito Comercial, vol. II, 11ª ed., 1982, pág. 28, Saraiva).

Particularizando nossa abordagem na sociedade anônima fechada, a realidade dos fatos nos demonstra que, embora de cunho eminentemente patrimonial, dita sociedade, em diversos episódios, concentra na pessoa dos seus sócios um de seus elementos fundamentais. Amontoam-se exemplos das sociedades ditas familiares, inacessíveis a estranhos, cujas ações circulam entre os poucos acionistas, que as adquirem.

Essas sociedades são, na verdade, constituídas *intuitu personae*, pois o *animus* que se requer dos sócios não é só material. Por essa razão, a doutrina tem identificado em tais sociedades uma transformação, ou adaptação às vezes deformada, de uma sociedade de pessoa em sociedade de capital.

FÁBIO KONDER COMPARATO, ressaltando o *intuitu personae* nas companhias fechadas, chega a asseverar que elas representam o oposto da sociedade anônima original. Em suas palavras: “*Ela é (a companhia fechada), tanto interna quanto externamente, uma verdadeira sociedade de pessoas, dominada pelo princípio da identificação dos acionistas (sejam eles pessoas físicas ou jurídicas), de sua colaboração pessoal no exercício da empresa e da boa-fé em seu relacionamento recíproco.*” (Direito Empresarial — Estudos e Pareceres, Saraiva, S. Paulo, pág. 160)

No mesmo diapasão flui a lição de REQUIÃO, para quem “*não se tem mais constrangimento em afirmar que a sociedade anônima fechada é constituída nitidamente cum intuitu personae. Sua concepção não se prende exclusivamente à formação do capital desconsiderando a qualidade pessoal dos sócios. Em nosso País, com efeito, prevalece a sociedade anônima constituída*

tendo em vista o caráter pessoal dos sócios, ou a sua qualidade de parentesco, e por isso chamada de sociedade anônima familiar.” E, afinal, conclui que “*A affectio societatis surge nessas sociedades com toda a nitidez, como em qualquer outra das sociedades de tipo personalista. Seus interesses estão, pois, regulados pelo contrato, o que explica a pouca ingerência da fiscalização de órgãos públicos em seus negócios.*” (Ob. cit. pág. 28.)

Deste modo, porque existe *affectio societatis* nas sociedades anônimas fechadas, a quebra de harmonia entre os sócios justifica a dissolução, mormente se implicar na estagnação das atividades sociais. É, assim, a ruptura da *affectio societatis* elemento que impede a companhia de realizar o seu fim, posto que não pode prosperar uma sociedade em permanente comoção, que a faz debilitada e desacreditada. Não pode atingir seu objeto a companhia pertencente a acionistas divididos, em constante clima de hostilidade.

O entendimento jurisprudencial acerca do tema, ao que parece, tem formado eco com esta tese. Embora escasso o enfrentamento de situações desta natureza pelo Judiciário, a construção pretoriana tem afirmado que “*a discórdia entre os acionistas em sociedade anônima constituída por elementos da mesma família*” justifica a sua dissolução (5ª CC TJ SP, RT 554/74).

3. Ausência de Distribuição de Lucros

O caráter lucrativo encontra-se ínsito no Direito Comercial. Daí por que inúmeros autores, ao abordarem as características desse ramo do direito, ressaltam a onerosidade como intrínseca à atividade mercantil.

Esta essencialidade do lucro para caracterizar as relações comerciais afigura-se bastante patente no âmbito do direito societário. A título comparativo para reforçar o afirmado, o Código Civil sanciona com a nulidade simplesmente a cláusula do contrato social que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou que exclua algum da partilha desses lucros (art. 1.372). Já para as sociedades comerciais, o Código Comercial nulifica, nessa hipótese, a própria sociedade (art. 288).

Nas sociedades anônimas, sejam aí abertas ou fechadas, ressalta sua lei de regência o caráter lucrativo como finalidade primordial (art. 2ª), sendo, pois, o resultado direto do efetivo cumprimento, pela empresa, dos seus objetivos sociais. Se ela não pode preencher esse fim precípuo, perde sua própria razão de ser.

Discorrendo sobre o tema, REQUIÃO afirma ser causa da dissolução a ausência de geração de lucros, porque, na sua visão, “*seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, vendo estiolar-se a companhia*” (Ob. cit., pág. 128).

Comunga da mesma idéia FÁBIO KONDER COMPARATO, para quem “o ‘fim’ da companhia, cuja impossibilidade de preenchimento legitima a sua dissolução judicial, é, basicamente, a produção e partilha de lucros.” (Revista de Direito Mercantil nº 96/67).

A jurisprudência não destoa da orientação.

Como se vê em acórdão do então Tribunal de Justiça da Guanabara, “a sociedade comercial que não dá lucros não preenche o seu fim, e, conseqüentemente, poderá ser dissolvida” (RT 468/207).

Em idêntico sentido, decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 219/253).

Nesta enumeração de precedentes jurisprudenciais, não se poderia olvidar de citar o julgamento do RE nº 20.023 pela 1ª Turma do STF, onde seu Relator, o Min. Nelson Hungria, atestou que se a companhia “não pode preencher pelo fim precípua, se vem a fracassar no seu objetivo de granjeio de lucros, é uma tentativa malograda e perde sua própria razão de ser” (Rev. Forense, nº 155/166).

4. A Dissolução Parcial

De abordagem necessária nesta reflexão é a questão da possibilidade de ser aplicada à sociedade anônima o instituto da dissolução parcial.

A tendência pretoriana tem sido a de repeli-la, consoante se tem do julgado da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião da apreciação da apelação cível nº 34.192, onde ficou consignado: “é inaplicável à sociedade anônima o instituto da dissolução parcial e conseqüente apuração de haveres do acionista, por sua incompatibilidade com esse tipo de sociedade, sendo admitido apenas nas sociedades de pessoas e na sociedade por cotas”.

Com efeito, a regra nesse tipo societário deve ser a dissolução total, dada a sua natureza e estruturação jurídica. Contudo, na hipótese de dissolução fundada no desaparecimento da *affectio societatis*, no âmbito das sociedades anônimas fechadas, não logramos encontrar óbices à adoção da dissolução parcial.

Dir-se-á que a Lei nº 6.404/76, ao cuidar dos casos de dissolução, sempre pressupõe à dissolução integral da companhia (art. 206).

Mas não se pode perder de vista que o Código Comercial, em seus artigos 335 e 336, ao tratar da dissolução das sociedades mercantis, adotou semelhante pressuposição.

Foi, portanto, também dentro deste ambiente de rigor de nosso Código de Comércio que, em evolução indispensável à ciência jurídica, doutrina e juris-

prudência foram sendo construídas no sentido de consagrar a dissolução parcial das sociedades de pessoa, com o escopo de preservação da empresa, em função de sua notória importância no desenvolvimento econômico e social, como fonte geradora de mão-de-obra, tributos, bens e serviços para o mercado, o que consolida sua noção de geração de riquezas no mundo contemporâneo.

Destarte, na hipótese específica de dissolução de uma sociedade anônima fechada, com traço nitidamente personalista, dissolução esta fundada na quebra da *affectio societatis*, pensamos ser plenamente aplicável o instituto da dissolução parcial, porquanto, em conciliação dos múltiplos interesses envolvidos, permite que o sócio dissidente se retire do empreendimento, mediante o justo pagamento de seus haveres, sem que a sociedade e a empresa por ela desenvolvida sofram solução de continuidade, podendo permanecer com os sócios remanescentes.

Mesmo na hipótese de sociedade com dois sócios, idêntico rumo poderia ser adotado, mediante a aplicação da regra contida na alínea “d”, do inciso I, do art. 206 da Lei nº 6.404/76, a qual permite a reconstituição do mínimo de dois sócios até a assembléia geral ordinária do ano seguinte àquela onde foi constatada a existência do acionista único.

Pensamos, desse modo, que nesta situação específica pode ser aplicada a dissolução parcial, tal qual ocorre na sociedade intitulada *intuitu personae*.

5. Conclusão

Face à exposição acima realizada, é nossa conclusão que:

a) a sociedade anônima fechada, constituída *cum intuitu personae*, pode ser dissolvida judicialmente, ainda que de forma parcial, quando se verificar a ruptura da *affectio societatis*, por restar, nesta hipótese, evidente a impossibilidade de ser preenchido o seu fim social;

b) a sociedade anônima, aberta ou fechada, que não gera lucros, pode também ser dissolvida judicialmente, com arrimo no mesmo fundamento da impossibilidade de alcance de seu fim, mas, neste caso, a dissolução deva ser total, por inexistir empresa a ser preservada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*; estudos e pareceres. Saraiva.

2. COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões Sobre a Dissolução Judicial de Sociedade Anônima por Impossibilidade de Preenchimento do Fim Social. *Revista de Direito Mercantil*, v. 96.

3. GUIMARÃES, Ruy Carneiro. *Sociedades por Ações*. 1ª ed., Forense, 1960, v. 3.
4. LAGARD, Gaston. *Cours de Droit Commercial*; le cours de droit. Paris, 1966.
5. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*; ed. Saraiva, 1982, 2v.
6. SOPRANO, E. & CAMERLYNCK, G. *De l'Institutu personae dans les sociétés anonymes*, Paris, 1966.
7. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. 3ª ed., Forense, 1959, v. 3.

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO*

I — Introdução

A questão dos efeitos da declaração judicial quanto à inconstitucionalidade dos atos normativos assume entre nós peculiar e superlativa importância, na medida em que se associa a realidades, não raro dramáticas, que envolvem a prestação da jurisdição constitucional no Brasil. Estamos a visualizar, distintamente, a inexistência do chamado *efeito vinculante* atribuível aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos recursos incidentes nas relações processuais de natureza civil ou criminal, mas com aptidão de abrir a porta da cognição culminante de nossa Corte Maior, a exemplo dos recursos ordinário e extraordinário, na esteira do permissivo do artigo 102, incisos II e III, da Constituição da República. Focalizamos diretamente, ainda, a pleora de processos à espera de julgamento final no contexto do controle judicial dito *difuso* da compatibilidade constitucional das regras de direito, sabido que dezenas de milhares de impugnações recursais em tal estágio derradeiro tramitam e se avolumam a cada ano judiciário, considerando-se, aqui, apenas o congestionado acervo de distribuição do Supremo Tribunal Federal. Diante de circunstâncias tão desafiadoras, que são expressivas do preocupante quadro estatístico da Justiça brasileira, o apressamento da orientação definitiva ministrável pela Corte guardiã da Constituição acerca das controvérsias constitucionais por certo propiciaria a redução do fenômeno a que o eminente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, daquele Magno Pretório, designou de “*a explosão de processos*”, a ponto de proclamar: “*Os números, repito, são inquietantes, dado que,*

* Subprocurador-geral da República, aposentado, Doutor em Direito Público, Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ.

a cada ano, cresce o resíduo de processos. Quer dizer: o Judiciário não consegue julgar os processos que lhe são distribuídos, pelo que é transferido, para o ano seguinte, um número cada vez maior de processos”.¹

Releva assinalar, nesse específico campo de questões, a imprevidência do legislador constituinte de 1988, que não albergou o efeito vinculante recomendável e atribuível, desde logo, aos acórdãos do Tribunal de cúpula da Justiça brasileira, quando proclamatórios da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade das leis em sede de recurso ordinário ou extraordinário, ou seja, no exercício da jurisdição constitucional difusa. Tivéssemos adotado o regime de *stare decisis* para os arestos de tal natureza prolatados pela Suprema Corte, não se teria de aguardar a sempre demorada e incerta suspensão, pelo Senado Federal, da executividade das normas declaradas incondizentes com a Constituição no exercício de sua competência recursal, segundo o disposto no art. 52, XX, da Constituição Federal, em conjugação com o art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A ser assim, tal como já se passa na via da chamada ação direta, em âmbito de controle dito *concentrado* da validade constitucional das leis, o julgado proferido em recurso ordinário ou extraordinário seria, por si só, doravante, um paradigma a ser seguido em todas as relações litigiosas em tramitação na Justiça de todo o País que envolvesse, direta ou indiretamente, o mesmo questionamento de índole constitucional antes enfrentado pelo Magno Pretório. Bem por isso, e dado o imediatismo do alcance regrador e paradigmático das decisões de mérito proclamadas em sede das ações diretas,² ou seja, no âmbito do controle *centralizado* da supremacia da Constituição, essa técnica de *judicial review* sobressai como o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis de mais pronta eficácia e de universal abrangência. A ação direta ostenta, assim, em comparação com o controle pela via do sistema de recursos deferido à competência do Supremo Tribunal Federal (ordinário ou extraordinário), a vantagem de perseguir desde logo, *principaliter tantum* e com eficácia *erga omnes*, a declaração da insubsistência do dispositivo infrator das normas e princípios sublimados na Constituição, como anotado por muitos doutrinadores da matéria.³

1 VELLOSO, CARLOS MÁRIO, na obra *Temas de Direito Público*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 65.

2 Não é demais assinalar que o vigente modelo constitucional brasileiro, no que respeita ao controle concentrado da inconstitucionalidade *ativa* ou *por ação*, contempla duas categorias ou espécies de ações judiciais, como sejam a *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou ato estadual* e a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, esta última introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, do ano de 1993, que, dentre outras disposições, ditou nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição da República.

3 Cf. *exempli gratia*, ALFREDO BUZUID, “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1958, págs. 135 e segs.; JOSÉ

Nessa ordem de idéias, o julgamento da ação direta na órbita do controle concentrado de constitucionalidade das leis, mercê de sua eficácia horizontal e vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional, isto com dispensa de qualquer providência complementar a cargo do Senado Federal, oferece a serventia de pacificar desde logo a controvérsia de idealização constitucional, pondo fim à série de disputas judiciais envolvendo a compatibilidade da norma jurídica subalterna *vis-à-vis* a Constituição da República. Basta pensar quantos e quantos preceitos de inferior hierarquia são a toda hora constitucionalmente contestados, quiçá durante anos, na via do controle *difuso* perante as plúrimas instâncias judiciárias de todo o País, abrindo ensejo a decisões não raro divergentes e que emprestam em cada relação processual, com efeitos *inter partes*, díspares compreensões quanto ao sentido e alcance das normas e princípios constitucionais. Mais desconcertante, ainda, é verificar que em situações extremas dá-se, até mesmo, a subsistência de pronunciamentos sumulados das Cortes menores coexistindo em rota de colisão com julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos em grau de recurso extraordinário, isto até que sobrevenha a decisão suspensiva do Senado Federal ou, então, o veredicto judicial desde logo conclusivo da polêmica em sede da ação direta, este sadamente revestido de eficácia *vinculante* e *erga omnes*. Com efeito, por não estarem os arestos prolatados via recursal (ordinária ou extraordinária) dotados de semelhante eficácia, isto enquanto não sobrevenha a suspensão da executividade da norma declarada inconstitucional por resolução do Senado Federal, vige a conflitualidade normativa e a insegurança jurídica decorrentes dos incontáveis dissídios pretorianos. À guisa de exemplo, vale mencionar, dentre tantas outras enumeráveis, a controvertida questão acerca da constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a remuneração dos sócio-gerentes, administradores e profissionais autônomos, de que cuida o art. 3º, inciso I, da Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, que instituiu o sistema de custeio da Previdência Social, depois substituída pela Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991. Assim é que, em frontal desafio à iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Súmula nº 14 sobre a matéria (enunciando que — “*é constitucional o inciso I do art. 3º da Lei 7.787, de 1989*”), o mesmo tendo feito o Tribunal Regional

AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 10ª edição, 1994, págs. 57-59; CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, “Temas de Direito Público”, Ed. Del Rey, 1994, págs. 134 e segs.; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “A Teoria das Constituições Rígidas”, José Bushatsky Editor, 2ª edição, 1980, págs. 231 e segs.; REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, “Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, págs. 114 e segs.; e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988”, Ed. Del Rey, 1993, pág. 203).

Federal da 5ª Região, com a edição da súmula nº 10 (aditando que — “a contribuição previdenciária incide sobre a parte de folha de pagamentos da empresa aos seus administradores, sócio-gerentes e autônomos”). De modo contrário, mas sem lograr uniformizar nacionalmente a análise constitucional da matéria, o nosso Tribunal Maior tem considerado inconstitucional, em iterativas oportunidades, a norma legal em que se assenta essa exação da seguridade social.⁴

É certo, sob outro ângulo, que a via da ação direta, em que pese a exemplaridade de sua operância *vinculante e erga omnes*, nem sempre se consuma com a habitualidade ou celeridade que seria de desejar-se. Tal se deve por duas razões fundametais. Em primeiro lugar, porque a ação direta declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, como também, já agora, a declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, segundo a nova redação ditada ao art. 102, I, “a”, do estatuto supremo pela Emenda Constitucional nº 3/93, não enseja a popularização de autoria, eis que depende da iniciativa qualificada de um dos órgãos ou entidades legitimados pelo art. 103 da Constituição da República. Além disso, em decorrência dos efeitos *ex tunc* por longa tradição atribuídos às decisões proclamatórias da inconstitucionalidade das regras de direito, ou seja, retroativos à data da publicação do ato normativo taxado de inconstitucional, compreende-se que o Supremo Tribunal Federal se imponha uma natural cautela para a prolação de acórdãos com esse teor invalidatório, *ab initio*, da vigência das leis. Tal se dá, muito especialmente, quando do julgamento puder resultar conseqüências financeiras vultosas para a Fazenda Pública, o que ocorre, de ordinário, quando tiver de ser declarada a inconstitucionalidade da cobrança de um tributo, empréstimo compulsório ou de contribuição que constitua importante fonte de receita pública fiscal ou previdenciária.

Tome-se por exemplo, nessa linha de conjectura, as dificuldades financeiras que certamente adviriam do acolhimento de uma ação direta tendo por objeto a insubsistência, por razões de inconstitucionalidade, de uma das fontes de custeio da Previdência Social. Tal hipótese perpetrou-se em realidade com relação à ADIN nº 1.102-2-DF, intentada pela Confederação Nacional da Indústria, de que foi Relator o ilustre Ministro MAURÍCIO CORREA, na qual se buscou a declaração da incompatibilidade constitucional do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212, a fim de que a contribuição previdenciária patronal não incidisse

4 Tal se deu, dentre outros arestos colacionáveis, no julgamento dos Recursos Extraordinários de referência RE nº 166.930-0-SC, prolatado em 10.08.94, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA; RE nº 145507-DF, julgado em 02.09.94, Relator Ministro SYDNEY SANCHES; RE nº 14.5506-DF, em 11.10.94, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RE nº 180957-SC, julgado em 02.5.95, Relator Ministro CELSO DE MELLO; e RE nº 190836-DF, em 09.05.95, Relator Ministro SYDNEY SANCHES.

sobre a remuneração dos “empresários” e “autônomos”, isto em face das normas desautorizantes do art. 195, I, e 195, parágrafo 4º, da Constituição Federal. É intuitivo supor que, desde a publicação da Lei 8.212, ocorrida em julho de 1991, um gigantesco volume de recursos, gerados pela contribuição de *empresários e autônomos*, ingressou no *caixa* da Instituição Previdenciária, grande parte dos quais já de imediato utilizados no pagamento de benefícios aos seus segurados ou, ao menos, já vinculados a compromissos financeiros de liquidação próxima. Nesse contexto, o julgamento, pela procedência, da ação direta viria por certo agravar, mais ainda, a intermitente e aguda crise de liquidez do sistema da seguridade social que, por razões conjunturais e gerenciais amplamente conhecidas, enfrenta a cada dia a iminência de colapso, seja em virtude do declínio das fontes de financiamento, seja por força da curva ascendente das despesas com o pagamento de minguados benefícios à clientela de seus segurados, a cada dia mais volumosa. Receava-se, então, com ponderáveis motivos, que o acolhimento da precitada ADIN 1.102-2 pudesse ocasionar — dado o denominado “*regime de caixa*” (“*cashflow system*”) com que opera a previdência social no Brasil —, um brutal e quiçá insuportável impacto no equilíbrio das já combalidas contas da instituição previdenciária. Isto não apenas em decorrência das previsíveis e incontáveis ações de repetição de indébito, que por certo irão ainda mais sobrecarregar as pautas da Justiça Federal em todo o País, mas, também, e sobretudo, em virtude do instituto da “*compensação*” extintiva de obrigações fiscais, como expressamente autorizado pelo Código Tributário Nacional (art. 170) e pelas Leis nºs 8.383/91 (art. 66) e 8.212/91 (art. 89), esta última com a redação ditada pela Lei nº 9.032/95, tudo corroborado pelo verbete da Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal. Bem se pode antever que a profusa utilização de ambos esses mecanismos ressarcitórios (repetição de indébito e compensação de dívidas) pela massa de contribuintes que já recolheram, desde a edição da Lei nº 8.812/91, um apreciável volume de recursos aos cofres da previdência, irá repercutir direta e negativamente no sistema de caixa previdenciário e no fluxograma de pagamento mensal dos benefícios da seguridade social, todos de inexcedível alcance coletivo.

Essas realidades — que não deixam de ser dramáticas e que, malsinadamente, são típicas de um país de terceiro mundo de continental dimensão, onde grassa uma aguda e impenitente concentração de riqueza ao lado de um crescente pauperismo da população —, por certo sensibilizam e preocupam. Tanto mais, como afirmado, quando o acórdão que empresta acolhida à ação direta declaratória de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc*, ou seja, retroagindo o comando judicial invalidatório da regra de direito à data da sua publicação. Nesse caso, à radicalização temporal dos efeitos do julgado soma-se o necessário e prudente amadurecimento da questão constitucional, ambos contribuindo para que a palavra definitiva da Corte guardiã da Constituição não

sobrevenha de modo inopinado, sujeitando-se, assim, ao decurso de um lapso razoável de tempo. E enquanto não se afirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal proliferam nas instâncias judiciárias de todo o País as medidas judiciais visando a questionar o ato normativo contrastado com a Constituição, muitas dessas medidas tendo por objeto o depósito cautelar do débito tributário ou da contribuição previdenciária, a fim de permitir a discussão e oportuno deslinde da questão constitucional em ação própria, tudo segundo os ritos processuais próprios do controle difuso e incidental da constitucionalidade das leis.

II — Os modelos consagrados

Conquanto não tenha oportunidade digredir com extensividade, nos estreitos limites desta monografia, acerca dos vários modelos hoje figurantes nas pautas do Direito Constitucional comparado acerca dos processos de controle de constitucionalidade das leis,⁵ tampouco quanto à acalorada disputa grassante

5 Sobre o controle da constitucionalidade dos atos normativos e os vários sistemas (*políticos e jurisdicionais*) concebidos para a sua efetivação, em que pese a vasta literatura a respeito desse tema de proa no Direito Constitucional, mencione-se com especial interesse, dentre tantas outras, as obras de MAURO CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Ed. Bobbs-Merrill, 1971, com tradução para o vernáculo sob o título *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1984; e, do mesmo autor e Professor da Universidade de Florença, *Le Pouvoir des Juges*, Ed. Economica, Paris, 1990; de LOUIS LUSKY, *By What Right — A Commentary on the Supreme Court's Power to revise the Constitution*, Ed. The Michie Company, Virginia, 1975; o estudo crítico de WILLIAM W. VANALSTYNE intitulado *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, publicado no *Duke Law Journal*, no. 1, fevereiro de 1969, págs. 1 a 47; de ABRAHAM, HENRY J. — *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, Ed. Oxford University Press, 2ª edição, Nova York, 1968; de BEARD, CHARLES — *The Supreme Court and the Constitution*, Ed. Macmillan, Nova York, 1926; de SHAPIRO, MARTIN — *Law and Politics in the Supreme Court*, Ed. Free Press of Glencoe, 1974; de MURPHY, WALTER F. e PRITCHETT, CHARLES — *Cours, Judges and Politics*, Ed. Random House, New York, 4ª edição, 1986; de BROSSARD, JACQUES — *La Cour Suprême et la Constitution*, Ed. Les Presses de l'Université de Montréal, Montreal, 1968; de EISENMANN, CHARLES — *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, éd. Economica, Paris, 1986; de FAVOREU, LOUIS — *Les Cours Constitutionnelles*, ed. Presse Universitaire de France, Paris, 1986; e *Les Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, Ed. Economica, Paris, 1988; FAVOREU, LOUIS e JOLOWICZ, J. A. — *Le Contrôle Jurisdictionnel des lois — Légitimité, Effectivité et Développements Récents*, Ed. Economica, Paris, 1986; NICOLÁS GONZÁLES e DELEITO DOMINGO — *Tribunales Constitucionales — Organización y Funcionamiento*, integrante da coleção *Manuales Universitarios Españoles*, vol IX, Ed. Tecnos, Madrid, 1980. No idioma pátrio sobressaem os livros de BITTENCOURT, LÚCIO C. A. — *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Ed. Forense, Rio, 2ª edição, 1968; de ALFREDO BUZAID, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1958; de VICENTE SA-

na doutrina especializada a propósito da natureza do vício de contrariedade constitucional (se se trata de *nulidade* ou de *anulabilidade*), ou da natureza da decisão judicial que o proclama (se *declaratória* ou *constitutiva negativa*), é de reconhecer-se, com rigorosa brevidade, que dois sistemas historicamente se afirmaram e extremaram nesse sítio da teoria constitucional moderna. De um lado, tem-se o modelo norte-americano e, de outro, o austríaco, o primeiro irradiado da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, o segundo, da Carta Política da Áustria, de 1ª de outubro de 1920, denominada de *Oktoberverfassung*, um e outro designados, respectivamente, de sistema de controle *difuso* e de sistema de controle *concentrado*. A exposição de MAURO CAPPELLETTI é, nesse campo, especialmente ilustrativa:

“Resumindo, então: enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem — pelo menos segundo a concepção tradicional — o caráter de um controle meramente declaratório, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle constitutivo da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio *ex tunc*, re-

BINO JR., *Inconstitucionalidade das Leis*, Ed. Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1ª edição, 1976; de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, Ed. Forense, 1966; de CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Ed. Forense, Rio, 1943; de BARBOSA, RUI — *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, Atlântica Editora, Rio, 2ª edição; de BITAR, ORLANDO — tese de cátedra sob o título *A Lei e a Constituição — Alguns Aspectos do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belém, 1951, constante do 2º volume da coleção intitulada *Obras Completas de Orlando Bitar*, edição do Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978; de BOECHAT, LEDA RODRIGUES — *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Ed. Forense, Rio, 1958; e *História do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1991; de COSTA, EDGARD — *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Civilização Brasileira, 4 vols., 1964; de CORREA, OSCAR DIAS — *O Supremo Tribunal Federal — Corte Constitucional do Brasil*, Ed. Forense, Rio, 1987; de BORJA, CÉLIO — *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, na obra coletiva *A Nova Ordem Constitucional — aspectos polêmicos*, Ed. Forense, 1990, págs. 179 e segs.; de POLLETTI, RONALDO — *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Ed. Forense, Rio, 2ª edição, 1995; de FERREIRA MENDES, GILMAR — *Controle de Constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990; e, do mesmo autor, o livro recém editado sob o título *Jurisdicção Constitucional — O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, Ed. Saraiva, 1996; de SEABRA FAGUNDES, MIGUEL — *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984; NAGIB SLAIB FILHO, *Ação declaratória de constitucionalidade*, Ed. Forense, Rio, 2ª edição, 1995; CLÈVE, CLÉMERTON MERLIN, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995; e, ainda, o recente livro do Professor brasileiro BARBOSA GOMES, JOAQUIM B., publicado na França sob o título *La Cour Suprême dans de Système Politique Brésilien*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, especialmente a *deuxieme partie*, sob a ementa *La saisine*, ás. págs. 81 a 137.

troativamente — trata-se, de fato, repito, de mero acerto de uma pre-existente nulidade absoluta — no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera ex nunc ou, com toda certeza, pro futuro, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação”.⁶

Entre nós brasileiros, a tradição amplamente majoritária na perspectiva tanto da doutrina quanto da jurisprudência, tem sido a de honrar o modelo de controle de constitucionalidade das leis cunhado pelo Constituinte de 1891, a sua vez haurido no assim chamado controle jurisdicional *difuso*, de que foi protótipo inspirador a *judicial review* norte-americana. Este paradigma, como se sabe, ao tempo da promulgação de nossa primeira Constituição republicana, ainda encampava a teorização ortodoxa que avistava *nulidade absoluta* e *ineficácia plena* na lei incondizente com a Constituição. Fazia-o na trilha do raciocínio articulado pelo *Chief Justice* MARSHALL no caso *MARBURY v. MADISON*, no ano de 1803, que granjeou celebridade exatamente por formalizar e consolidar, ao nível de proclamação na alçada da Suprema Corte dos Estados Unidos, um sentimento jurídico-institucional subjacente à formação constitucional estadunidense desde a era colonial, como seja o da prevalência da supremacia do estatuto constitucional em face da legislação congressual, a ser garantida à maneira de competência ordinária e ínsita ao exercício da função jurisdicional. Para essa festejada visão, que até hoje é determinante para o direito público brasileiro, a lei inconstitucional configura uma genuína *contradictio in terminis*, na medida em que falta-lhe o fundamento de validade corporificado no estatuto que ocupa a presidência do sistema jurídico, este informado, desse modo, pelo princípio da hierarquia e da rigidez. Nessa linha de compreensão, sustentou o memorável BLACK, juiz da Suprema Corte estadunidense e doutrinador constitucional: “*Em um país governado por uma Constituição escrita, que é de superior autoridade sobre o poder de fazer leis e obriga toda a legislação ordinária, uma lei inconstitucional é nula e de nenhum efeito; de fato não é lei*”.⁷ Permite-se reproduzir, neste passo, ainda, a esclarecedora e atualizada explicação de LAURENCE TRIBE, festejado Professor de Direito Constitucional da Universidade de Harvard, com apoio na doutrina clássica e novecentista de COOLEY, ao expor:

“*Judicial Review and Debate Over the Normative Breadth and Retroactive Reach of a Judgement of Unconstitutionality: Defining Marbury’s Assumption — ...The concept of judicial review, as Marshall articulated it in Marbury v. Madison, is by no means a simple one. Marshall first had to postulate that the Constitution was ‘the fundamental and paramount law of the nation’... Second, Marshall had to assume that the Constitution is the sort of law which courts*

6 CAPPELLETTI, MAURO, na obra *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Ed. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, pág. 117.

7 BLACK, em “*Handbook of American Constitutional Law*”, 1910, pág. 5.

can recognize and apply...The practical implications of this distinction between the Constitution and judicial enforcement of its commands can be illuminated by considering a traditional issue associated with the exercise of judicial review: the effect of a judgement of unconstitutionality. Historically, the approach of the courts to this question has reflect the interaction of two points of view. One position, perhaps the dominant view in the era between the Civil War and the Great Depression, holds, in Cooley’s words, that ‘the term unconstitutional law, as employed in American jurisprudence, is a misnomer, and implies a contradiction; the enactment which is opposed to the constitution being in fact no law at all’. Or, as Justice Field declared in *Norton v. Shelby County*: ‘An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed’.⁸

Noutro contexto, e conquanto sustentando a *anulabilidade* da lei inconstitucional, sobressai a explicação de HANS KELSEN, pródiga em logicidade, a propósito da contradição interna da locução *lei inconstitucional* e da atribuição genericamente reconhecida aos juízes e tribunais para proclamar o vício da inconstitucionalidade e recusar sua aplicação nos casos submetidos à cognição judicial:

“*A afirmação de que uma lei válida é contrária à Constituição (anticonstitucional) é uma contradictio in adjecto; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei... Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio ‘lex posterior derogat priori’, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição... Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há-de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objetivo quando seja conforme à Constituição.*”⁹

8 TRIBE, LAURENCE, em *American Constitutional Law*, Ed. The Foundation Press, 2ª edição, 1988, págs. 26 e 27).

9 KELSEN, HANS, em *Teoria Pura do Direito*, Ed. Armênio Amada, Coimbra, 3ª edição, 1974, págs. 367-368.

Entre nós, esse *approach*, de inequívoca influência norte-americana, coincide modelarmente com a visão de RUI BARBOSA, o inspirador da implantação do controle judicial da constitucionalidade das leis na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, implicitamente reconhecido a todos os órgãos exercentes da função jurisdicional, em regime de *difusão* competencial. Nada obstante, restou essa atribuição fiscalizatória da supremacia da Constituição incluída por expresse, naquela Carta Política inaugurante da era republicana, na competência dos Juízes e Tribunais Federais para — “*processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal* (art. 60, “a”) como, também, na competência recursal do Supremo Tribunal Federal, então criado, para conhecer e julgar recursos das decisões de última instância das Justiças dos Estados, quando — (a) *se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela*, e, ainda, (b) *quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas*, tudo nos termos do art. 59, § 1º, daquela histórica Carta Política. Os conhecidos comentários do próprio RUI BARBOSA a essas disposições inovadoras da ordem constitucional que vigorou à sombra da Constituição imperial de 1824 traduzem, com invulgar clareza, as notas essenciais do então novo regime:

“*A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de, sendo contrária à subsistência delas a decisão do Tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este, ou revogará a sentença por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará por motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério.*”¹⁰

Essa pioneira visão do constitucionalismo republicano pátrio rompeu definitivamente com a tradição do anterior modelo constitucional monárquico, que por mais de 60 anos representou entre nós o *jacobinismo parlamentar* de influência francesa, adotando o controle político da guarda da Constituição, conforme previsto na Constituição francesa de 1791, por influência direta do abade revolucionário EMMANUEL SIEYÈS, este o histórico teorizador da

¹⁰ BARBOSA, RUI, em *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio de Janeiro, 1893, pág. 58.

supremacia do poder constituinte.¹¹ Assim é que, resguardada a prerrogativa da arbitragem política entre os Poderes, conforme deferida ao *Poder Moderador* titulado pelo Imperador nos moldes do art. 98 da Constituição de 24 de março de 1824, o art. 13, incisos IX e XIII, de nossa Carta Política imperial fazia cumprir ao Poder Legislativo “*velar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da nação*”, além de “*fazer as leis, interpretá-las e revogá-las*”. Nessa perspectiva da história constitucional brasileira, é conhecido o diálogo de D. PEDRO II com SALVADOR DE MENDONÇA, que fora visitar o monarca acompanhado de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, a fim de despedir-se, no instante em que partia para cumprir missão oficial nos Estados Unidos da América. Refletindo os ventos da influência da *judicial review* que se afirmara com incomparável vigor naquela grande nação do norte e que já estavam prestes a aportar no Brasil, assim se expressou o Imperador: “*Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça em Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria melhor. Dêem toda a atenção a este ponto*”.¹²

Com a consagração pós-republicana, entre nós, do controle judicial da constitucionalidade das leis, afirmou-se a compreensão doutrinária quanto aos efeitos retro-operantes dos julgamentos constitucionais. Daí asseverar ALFREDO BUZARD, em obra clássica atinente à ação direta de inconstitucionalidade de caráter interventivo, como tratada no art. 8º, inciso VII, da Constituição Federal de 1946 e regulamentada pela Lei nº 2.271, de 22.7.54, dando ênfase ao estigma de nulidade absoluta e de origem da lei dita inconstitucional e, bem assim, à simétrica e conseqüente eficácia retroativa da decisão declaratória da tal vício de raiz:

“*Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ‘ab initio’. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade... O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo... Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitu-*

¹¹ Cf. A obra clássica de SIEYÈS, EMMANUEL, *Qu’est-ce que le Tiers État*, com prefácio de JEAN TULARD, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1982.

¹² Esse diálogo acha-se reproduzido por LEDA BOECHAT RODRIGUES, na excelente obra *A história do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Forense, vol. I, pág. 1.

cionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. ESPOSITO observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não validade'... Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, 'ex tunc'.¹³

Assim, também, a exposição sempre lembrada de FRANCISCO CAMPOS, com apego no brocardo "*quod nullum est, nullum effectum producit*", ao assinalar:

*"Um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido".*¹⁴

Por essas razões históricas que nortearam na origem a competência recursal do Supremo Tribunal Federal no campo do controle dito *difuso*, foi natural que a doutrina constitucionalista de nosso País estendesse ao mecanismo de controle *concentrado* os mesmos consagrados atributos de *nulidade ab initio* da lei inconstitucional e de *retroatividade radical* quanto aos efeitos da decisão proclamatória do vício da inconstitucionalidade. Tal se deu quando introduzimos o mecanismo da *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual*, de incumbência do Procurador-Geral da República e incluída na competência originária de nossa Corte Maior pela Emenda Constitucional nº 16, promulgada no ano de 1965, que alterou o disposto no art. 101, I, alínea "k", da Carta Política de 1946, instituto esse a sua vez modelado no protótipo da representação *para fins interventivos*, como prevista, primeiro, no art. 12, parágrafo 2º, da Constituição de 16 de julho de 1934, depois, no art. 8º, inciso VII, da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, por fim disciplinada na Lei nº 221, de 11 de julho de 1954.

De imemorial iteração, essa tem sido, também, desde os primórdios da República, a posição do Supremo Tribunal Federal, que, em amplas linhas, reconhece operância retroativa à declaração de inconstitucionalidade, a ponto de arrastar, com essa proclamação de nulidade absoluta, os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional e que tivessem nela o seu fundamento de validade jurídica. Pode-se destacar, nessa linha de compreensão pretoriana de culminante hierarquia, dentre tantos outros por igual colacionáveis, o v. acórdão no Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976, proferido em 13 de setembro de 1968, de que foi Relator o Ministro AMARAL SANTOS, cuja ementa é, por si só, sinalizante desse dogmatismo teórico. Em textual:

¹³ BUZAID, ALFREDO, em *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1958, págs. 128-132.

¹⁴ CAMPOS, FRANCISCO, *Direito Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1942, pág. 137.

*"IMPOSTO — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — EFEITOS DA SUSPENSÃO DA VIGÊNCIA DA LEI INCONSTITUCIONAL — A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional."*¹⁵

III — As tendências contemporâneas

Em que pese tal ser verdadeiro, não menos o é o fato de que, nos últimos tempos, essa matéria experimentou um acelerado desenvolvimento, até mesmo uma profunda revisão de premissas, isto não apenas a partir das Constituições e da jurisprudência das Cortes Constitucionais européias após o 2º pós-guerra neste século findante, que enveredaram em direção aos vários figurinos de controle *concentrado* da constitucionalidade das leis, mas, inclusive e especialmente, por parte do próprio modelo *difuso de judicial review* vigorante nos Estados Unidos da América e em tantas nações que nele se espelharam. Deu-se, em verdade, uma espécie de atenuação da ortodoxia sistêmica e, até mesmo, um ensaio de convergência entre as duas matrizes antes contrapostas de controle da validade das leis em face da Constituição, conforme retratado em horizontal perspectiva por MAURO CAPPELLETTI na festejada e já citada obra, onde lê-se:

"De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a tenuous notavelmente a contraposta doutrina da eficácia ex tunc, ou seja, da retroatividade. Essa doutrina parte, com foi dito, do pressuposto de que a lei inconstitucional seja, ab origine, nula e ineficaz. Isto significa que todo ato — privado, como por exemplo, um contrato, ou público, como, por exemplo, um ato administrativo ou uma sentença — que tenha se fundado nessa lei (que, repito, é uma lei nula e ineficaz), está destituído de uma válida base legal. Pode acontecer, porém, que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados. Por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, tenha longamente atuado em sua função; ou que o Estado, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo ou, também, que uma pessoa tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional, e assim por diante. Quid, então, se, em um certo momento, uma lei, por muitos anos pacificamente aplicada, vem a ser, depois, considerada e declarada inconstitucional, com pronunciamento que tenha, segundo a dou-

¹⁵ Cf. RTJ 105/111.

trina aqui pressuposta, efeitos retroativos? Poderão ser destruídos, também, todos os efeitos que foram produzidos, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos ou privados que se fundaram na referida lei?"¹⁶

De fato, no que tange à questão dos efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade, verifica-se hodiernamente que o radicalismo crônico, que marcou a afirmação histórica dos contrapostos modelos norte-americano e austríaco, cedeu vez a abrandamentos ditados pelas demandas do realismo jurídico e da justiça pragmática. Assim se fez a ponto de possibilitar saudáveis atenuações, ora na conferência de efeitos *ex tunc* no campo do controle dito concentrado, ora na atribuição de efeitos *ex nunc* nas searas do controle designado difuso ou de revisão judicial, às decisões proferidas nas mais diversas situações em que despontam litígios de confrontação constitucional.

Tomando-se de exemplo os Estados Unidos da América, nação que foi berço do controle jurisdicional difuso e que serviu de fonte inspiradora de nossa formação constitucional na matéria, verifica-se que nessa grande nação do norte há tempos já não mais prevalece a noção primitiva e *oitocentista* da ineficácia absoluta da lei inconstitucional e da conseqüente e peremptória retroação dos efeitos da decisão reconhecitiva da contrariedade constitucional. Hoje, mercê do fecundo processo de *mudança constitucional* que permite a adequação da bicentenária Constituição *yankee* às realidades emergentes e tão diversas daquelas que pautaram a cultura social e política dos convencionais de Filadélfia nos idos de 1787, já se admite temperamentos que distensionam o sistema jurídico, com isso evitando-se a perpetração de injustiças e ensejando soluções pontuais mais razoáveis e consentâneas com o conjunto de interesses tutelados pela ordem constitucional. Essas incursões na engenhosidade judicatória se fazem sentir a toda hora, conforme a exposição doutrinária de MORRIS FORKOSCH, da *Brooklyn Law School*, que se transcreve:

"THE EFFECT OF UNCONSTITUTIONALITY — *The judicial declaration of the unconstitutionality of a statute was at first held to void it completely, i.e., it was not and 'is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed' (cf. Norton v. Shelby County, 118 U.S. 425, 442 (1886)). This was logical and Blackstonian, but it ignored the operative fact of the statute's 'existence' between enactment and such declaration. Thus, wrote HUGHES, 'such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications' (cf. Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940)). Whether or not such a declaration is to be applied retroactively or prospectively is therefore a matter for specific*

16 CAPPELLETTI, *Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, cit., págs. 122-123.

judicial determination, in each situation weighing alternatives, balancing the equities, and seeking a justifiable policy".¹⁷

É certo, com efeito, que a Suprema Corte estadunidense, ao julgar o caso *LIKLETTER v. WALKER*,¹⁸ no ano de 1965, que mantém-se até os dias presentes como o *leading case* na matéria, proclamou o entendimento de que a questão da *retroatividade* ou *prospectividade* dos efeitos da declaração judicial respeitante à inconstitucionalidade de uma lei não expressa diretriz constitucional.¹⁹ Tal significa dizer, em síntese, que a natureza dos efeitos da decisão judicial (*ex tunc* ou *ex nunc*), não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de *política judicial* ("*judicial policy*"), desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses em que são ministrados, na via da jurisdição, os valores da justiça constitucional.

Tem oportunidade colacionar, ainda uma vez, o magistério de LAURENCE TRIBE, na festejada obra antes referida, deixando insofismável que a Suprema Corte norte-americana, com a prolação do aresto no caso *LIKLETTER*, cujo arquétipo decisório foi depois consolidado no julgamento do caso *STOVALL v. DENNO*,²⁰ no ano de 1967, propendeu efetivamente para a rejeição de soluções extremadas, inclinando-se por firmar o princípio da livre determinação judicial ("*judicial determination*"), segundo os reclamos de justiça ("*fair justice*") e de razoabilidade ("*reasonableness*") em cada espécie litigiosa. Em textual:

"*In Likletter v. Walker, 381 U.S. 618, 629 (1965), the Court rejected both extremes: 'the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect'. Quoting Justice CARDOZO for the proposition that 'the federal constitution has no voice upon the subject', the Linkletter Court treated the question of retroactivity as purely a matter of policy, to be decided anew in each case. The Supreme Court codified the Linkletter approach in Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967): 'The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards.'*"²¹

Vale ajuntar, bem a propósito, que, mesmo ao tempo em que a Suprema Corte dos Estados Unidos emprestava aplicação retroativa aos julgamentos de inconstitucionalidade, admitia o Tribunal exceções que visavam temperar o

17 FORKOSCH, MORRIS, em *Constitutional Law*, Ed. The Foundation Press, 2ª edição, 1969, pág. 76.

18 381 U.S. 618 (1965).

19 Para aprofundamento da matéria, sugere-se o livro de P. BREST, *Process of Constitutional Decisionmaking — Cases and Materials*, Boston, 1975, especialmente o item sob o título *The retroactivity of new doctrine*, págs. 1.129 e segs.

20 388 U.S. 293 (1967).

21 TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pág. 30.

radicalismo de tal postura exegética. Com isso evitava-se conseqüências periclitantes para situações jurídicas que merecessem permanecer invulneráveis a despeito da nulificação do ato normativo sob cuja regência se consumaram. Assim, por exemplo, no campo da legislação fiscal, em inúmeras oportunidades aquela festejada Corte Suprema deixou de reconhecer aos contribuintes de tributos arrecadados com base em leis depois consideradas inconstitucionais o direito de reaver importâncias que já haviam sido recolhidas ao Erário anteriormente à suspensão judicial da eficácia da lei tributária.²²

É assinalável que o Supremo Tribunal Federal já tem dado mostras de profícua abertura na compreensão temperada dos efeitos do aresto declaratório de inconstitucionalidade, fazendo-se permeável à adoção da operância prospectiva (ou *ex nunc*) em circunstâncias determinadas. Tal tem se dado, notadamente, em hipóteses que impõem o prestigiamento da autoridade da coisa julgada ou do princípio da boa-fé e, de um modo geral, a ressalva de situações de todo consolidadas e preconstituídas à declaração de inconstitucionalidade, as quais, por imperativo da segurança e estabilidade das relações jurídicas, não devem mais ser atingidas pelo *veto judicial* à regra de direito que regeu, total ou parcialmente, a quadratura de uma dada experiência humana. Permite-se trazer a colação, nesse sentido, o v. acórdão da Egrégia 2ª Turma no RE nº 78.594. SP, de que foi Relator o saudoso Ministro BILAC PINTO, cuja ementa enuncia:

*“Funcionário Público. Exercício da função de Oficial de Justiça. Ilegalidade de investidura. Validade do ato praticado por funcionários de fato. Apesar de proclamada a ilegalidade da investitura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido”*²³

É valiosa, para a perfeita compreensão teórica da matéria em digressão, a passagem do voto ilustre, que se transcreve:

“...Na espécie, a inconstitucionalidade foi pronunciada por via de ação. Esta segunda hipótese se distingue da primeira porque desvinculada da aplicação da lei a um caso específico e porque a declaração de inconstitucionalidade é feita contra a lei em tese.

Os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos.

A natureza civil ou penal da lei, por exemplo, tem importantes conseqüências na conceituação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Essa observação revela que no estudo dessa matéria se deve ter em vista, de um lado, a inconstitucionalidade declarada e de outro a natureza da lei impugnada

Tendo o STF declarado inconstitucional a lei que autorizou a designação de funcionários estaduais para o exercício da função de oficial de justiça, a investitura destes últimos se revelou irregular.

Em direito administrativo dá-se a designação de ‘funcionário de fato’ a uma pessoa que, sem haver sido regularmente nomeada para uma função pública, a exerce de fato, realizando os atos inerentes a essa função. A doutrina e a jurisprudência consideram os atos dos ‘funcionários de fato’ como válidos, atendendo às circunstâncias peculiares de cada caso.

Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, têm efeito retroativo, para atingir todas as nomeações de oficiais de justiça feitas com apoio na Lei Estadual de 3.12.71, não se poderá daí concluir que os atos praticados por esses oficiais de justiça são nulos.

*Apesar de proclamada a ilegalidade da investitura, em razão da inconstitucionalidade da norma de competência para a nomeação, as circunstâncias em que se operou formalmente o provimento fazem deles ‘funcionários de fato’. E os atos que praticaram, como oficiais de justiça de fato, são válidos, de acordo com a melhor doutrina de direito administrativo”*²⁴

Sob essa renovada inspiração, apresenta-se o v. acórdão da Colenda 2ª Turma de nossa Corte Maior, de que foi Relator o eminente Ministro FRANCISCO REZEK, cuja ementa enuncia:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. — Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

*Recurso extraordinário provido em parte.”*²⁵

Outro precedente do órgão de cúpula da Justiça brasileira a merecer registro na presente ordem de questões refere-se ao v. acórdão proferido pela Egrégia 2ª Turma no RE nº 79.343 — BA, cuja relatoria coube ao Ministro LEITÃO DE ABREU. A bem dizer, a concussão do aresto aplica-se apenas *a contrario sensu* à perspectiva do saudável temperamento judicial quanto aos efeitos a serem atribuídos à declaração de inconstitucionalidade, consoante faz ver a ementa assim enunciada:

“Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão

²² Consulte-se, sobre o tema, o texto clássico de O. P. FIELD, *The effects of an unconstitutional statute*, Minneapolis, 1935, originalmente publicado na *Harvard Law Review*, vol. 45, no ano de 1932, sob o título *The recovery of unconstitutional taxes*.

²³ Cf. RTJ 71/570.

²⁴ RTJ 71/571-572.

²⁵ Cf. D.J. de 8.4.94, pág. 7.243.

que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

O ponto capital do voto condutor do aresto, no quanto interessa à contro-
vêrsia posta, repousa na sustentação do Ministro LEITÃO DE ABREU, forte na doutrina de HANS Kelsen, em prol da anulabilidade (e não da nulidade "ab initio") da lei inconstitucional, como, ainda, em prol da natureza constitutiva da decisão judicial que proclama a eiva da inconstitucionalidade. Eis, em textual, o excerto de tal acórdão, que, por seu didatismo, deita luzes no tema dissertado:

"Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade incidenter tantum ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, no tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, da sua nulidade ab initio ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e da parte da doutrina. O Corpus Juris Secundum, reportando-se ao direito norte-americano, assim compendia a diretriz aí dominante: — 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula e nenhum; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional'. — Exposta, assim, a orientação dominante, acrescenta, todavia, o mesmo repositório, explicitando os termos em que se coloca a opinião divergente: — 'Por outro lado, tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta'.

HANS Kelsen, enfrentando o problema, na sua *General Theory of Law and State*, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei constitucional... Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio o ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o 'Corpus Juris Secundum', de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo."²⁶

Releva patentear que nos últimos tempos tem crescido a adesão de estudiosos de nomeada, não só alhures mas também entre nós, à tese — a que podemos denominar — da relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Já no final dos anos 40, o saudoso advogado LÚCIO BITTENCOURT ousou expor: — "Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência da inconstitucionalidade... É manifesto, porém, que essa doutrina da ineficácia 'ab initio' da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples decreto judiciário"²⁷ Assim também posiciona-se THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ajuntando: — "A ineficácia da lei para regular a relação jurídica não traz como consequência a sua inexistência, desde a sua criação, mas a sua ineficácia jurídica para disciplinar o direito entre as partes. A jurisprudência no Brasil, como no estrangeiro, não tem aplicado a doutrina da nulidade 'ab initio' da lei inconstitucional. Ela não exprime a realidade e a sua aplicação seria extremamente

²⁶ Cf. RTJ 82/793-795.

²⁷ BITTENCOURT, LÚCIO, em *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª edição, 1968, págs. 147-148.

injusta, porque a lei continua a ser aplicada a numerosos casos, como já o fora anteriormente à declaração de inconstitucionalidade”.²⁸ Com semelhante abertura está a douta opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que assevera: — “A nós parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como anota, Themistocles Brandão Cavalcanti, ‘a declaração de inconstitucionalidade, em nenhum momento, tem efeitos tão radicais. Nem os funcionários nomeados com aplicação de leis inconstitucionais, nem as conseqüências sobre os contratos já concluídos, principalmente os de natureza patrimonial, partem do pressuposto da inexistência da lei’”.²⁹ Mais recentemente, em obra dirigida ao tema, a Professora REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI teve a ocasião de preconizar: — “Autores há que, apesar de reconhecerem efeitos ‘ex tunc’ à constatação de invalidade, admitem que os efeitos produzidos pelo ato normativo inválido possam ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, podendo mesmo ser ainda considerados como insuscetíveis de eliminação, sob a alegação de que o direito pode dar significação a fatos, mas não pode impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico... Outro não pode ser o entendimento, senão o que nos leva à aceitação de que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal considerada, opera eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é, até a decretação de sua inconstitucionalidade... Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar ‘ex tunc’, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do Direito e sua própria finalidade”.³⁰ Ajunte-se os lúcidos comentários de SACHA CALMON NAVARRO COELHO, ao sustentar: — “... Seja como for, decerto mais significativo e importante do que a precisa qualificação conceitual da eficácia das decisões de inconstitucionalidade é o fato de, em geral, não se ligarem à essa qualificação todas as suas conseqüências teoricamente possíveis — isso, no tocante à sorte das situações criadas e dos atos praticados ao abrigo da norma declarada inconstitucional. Na verdade, reconhece-se em geral que ocorrem exigências impreteríveis da justiça ou segurança jurídica as quais reclamam, ou um alargamento da pura eficácia revogatória das decisões ou, sobretudo, a restrição dos seus potenciais efeitos retroativos... Por outro lado,

28 CAVALCANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO, *Do Controle da Constitucionalidade*, Ed. Forense, 1966, págs. 174-175.

29 SILVA, JOSÉ AFONSO, no artigo *Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina*, publicada na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vols. 13/15, dezembro/78-dezembro/79, págs. 157-158.

30 FERRARI, REGINA MARIA MACEDO NERY, em *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, págs. 86-87.

no que respeita aos ordenamentos onde vigora o princípio da eficácia ‘ex tunc’, um primeiro limite estabelecido a essa eficácia, quase sem exceções, é o do ‘caso julgado’, salvo de sentenças penais ou sancionatórias (baseadas numa norma penal desfavorável)... Mas não ficam por aqui os limites à eficácia, seja ‘ex nunc’, seja ‘ex tunc’, das decisões de inconstitucionalidade. Especialmente de assinalar é ainda o fato de nalguns ordenamentos se conferir expressamente aos respectivos Tribunais Constitucionais a faculdade de delimitarem, em certos termos, a eficácia temporal dessas decisões: assim, na Áustria, Liechtenstein, Bélgica e Portugal... Assim estão se passando as coisas na Europa Continental. Nos Estados Unidos, ocorreram também algumas atenuações respeitantes ao princípio do efeito ‘ex tunc’... Daí que, em certos casos, as relações jurídicas travadas sob a lei declarada inconstitucional são preservadas, o que ocorre também na Itália, na Alemanha, em Portugal, na Espanha e alhures. É que, muita vez, uma lei declarada inconstitucional foi durante muito tempo mansa e pacificamente aplicada, sem danos evidentes para as partes envolvidas. Um funcionário com base em lei depois de declarada nula investiu-se de poderes e, com base neles, praticou atos graves e depois se aposentou. Serão nulos seus atos? O mesmo se pode dizer de contratos findos etc. Nestas ocasiões comparece o tirocínio pragmático dos juízes e as atenuações da doutrina jurídica para acomodar o direito, realisticamente às circunstâncias da vida”.³¹ De igual modo, vale transcrever as observações da Professora MARIA ISABEL GALLOTTI, que arremata em prol da conveniência, no aspecto ora focalizado, do chamado sistema austríaco: — “O sistema austríaco, ao revés, tem o ato inconstitucional como válido e eficaz até o dia em que é publicada a decisão da Corte Constitucional que decreta a inconstitucionalidade. Esta pronúncia tem, como visto, natureza constitutiva e seus efeitos operam ‘ex nunc’, ou seja, apenas para o futuro. Por essa razão, os atos praticados com fulcro na norma posteriormente julgada inconstitucional são válidos”.³² De alto merecimento são, também, as reflexões do Professor ELIVAL DA SILVA RAMOS, da prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que expõe a propósito de tão empolgante questão: — “Os sistemas que adotam a sanção de nulidade procuram atenuar esses inconvenientes recorrendo a outros institutos, como o da coisa julgada material e o da tutela da boa-fé, inerente às situações de aparência de legalidade... Desse modo, o agente público nomeado para um cargo mediante concurso, realizado segundo critérios legais declarados como sendo ofensivos à Constituição, não terá de restituir os vencimentos recebidos, tampouco os seus atos serão invalidados,

31 COELHO, SACHA CALMON NAVARRO, em *Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Ed. Del Rey, 2ª edição, 1993, págs. 132-134.

32 GALLOTTI, MARIA ISABEL, no artigo *A declaração da inconstitucionalidade e seus efeitos*, publicado na Revista de Direito Administrativo, Ed. FGV, vol. 70.

com supedâneo na teoria do 'funcionário de fato', sobejamente conhecida no Direito administrativo... Analogamente, as pensões percebidas anos a fio com base em lei inconstitucional cessam a partir da declaração, mas não precisam ser restituídas, dado o seu caráter alimentar e a boa-fé do alimentado. Nos contratos públicos bilaterais, em face da correspondência entre as prestações, não caberá a restituição de quantias pagas no tocante à parte da obra ou serviço efetivamente executados, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e à boa-fé do contratado... Avaliados os resultados concretos dos vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio de sanção de anulabilidade, se tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com as exigências de segurança nas relações jurídicas".³³ O douto Professor GILMAR FERREIRA MENDES também aflorou a questão em sua festejada obra, sustentando: "Vale observar que exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade 'ex tunc'. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que se depreende do RE 78.594 (Rel. Min. Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, 'apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, parágrafo 3º). Ainda que se não possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade 'ex tunc' não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão".³⁴

Tem oportunidade ressaltar, a título de ilustração, a engenhosa técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da Alemanha, como já hoje expressamente prevista na sua respectiva Lei Orgânica, de acordo com a reforma do ano de 1970, consistente na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade ("Unvereinbarkeitserklärung"), pela qual esse Tribunal, conquanto reconhecendo a incompatibilidade do ato legislativo em face da Constituição tedesca de 1949, permite em dadas circunstâncias a continuidade da operância

33 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *A Inconstitucionalidade das Leis — Vício e Sanção*, Ed. Saraiva, 1994, págs. 112, 128-129.

34 MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*, Ed. Saraiva, 1986, págs. 279-280.

dos seus efeitos ou, ao menos, mantém hígidos aqueles até então produzidos, isto a fim de evitar agressão ainda maior às normas e princípios supraleais. Bem se sabe que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, adotou, em larga medida, a concepção "austríaco-kelseniana" a propósito da justiça constitucional, nomeadamente no que toca ao controle do tipo concentrado. Não obstante, a primitiva lei orgânica editada com base no art. 94 (2) desse estatuto supremo, corroborada com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que prevaleceu nos primeiros vinte anos de seu funcionamento, aplicou a originária prática norte-americana de retroação *ex tunc* quanto aos efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade de ato normativo. A notável inovação veio a dar-se, pois, no início da década de 70, quando se cunhou a distinção, de um lado, entre uma inconstitucionalidade simples ou não qualificada, denominada de incompatibilidade ("Unvereinbarkeit") com a Constituição, e, de outro lado, a inconstitucionalidade com nulidade, ou acrescida da nota da nulificação. Na primeira modalidade de incongruência constitucional, por não traduzir nulidade estrita e impediendo a produção de quaisquer efeitos jurídicos, a eficácia da decisão que a reconhece operam-se *ex nunc* ou com direção prospectiva, sem repercussão, portanto, na validade das situações jurídicas anteriormente constituídas, com o que se possibilita, inclusive, a deliberação política do legislador para fins de redisciplinar a matéria. Em muitos desses casos — bem por isso — a decisão da Corte guardiã da Constituição revela-se, assim, *exortatória* da atuação do Poder Legislativo, a fim de que esse Colegiado político por excelência exerça a função, que lhe é própria, de conformação do direito objetivo. Já em ocorrendo a declaração de inconstitucionalidade com o acréscimo da pronúncia da nulidade, a decisão judicial que a consubstancia retroage à data de promulgação da lei, o que vale dizer, ao início de sua vigência, de tal sorte que a contrariedade constitucional arrasta consigo, no roldão invalidatório, a generalidade dos atos e negócios jurídicos, públicos ou privados, que se hajam aperfeiçoado à base da lei inconstitucional com a Constituição. Essa tremenda evolução na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que é reveladora da criatividade do jurista germânico, foi estudada em profundidade pelo Professor GILMAR FERREIRA MENDES, que expõe:

"Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Desde 1970 prevê o § 31, (2), 2ª e 3ª períodos, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei... Enquanto em 1969/70 ainda não se podia falar de um tipo autônomo de decisão, pode-se afirmar que, a partir de 1969,

passou a Corte Constitucional Federal a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei.”³⁵

De fato, determina a Lei de Regência da Corte Constitucional Federal da Alemanha, de 12 de março de 1951, com a redação alterada e promulgada em 3 de fevereiro de 1971, no § 31, itens (1) e (2), na versão em espanhol, *verbis*:

(1) *Las decisiones de la Corte Constitucional Federal son obligatorias para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados federados como así también para todos los tribunales y autoridades.*

(2) *En los casos del § 13 nº 6, 11, 12 y 14, la decisión de la Corte Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Esto vale también en los casos del § 13 nº 8, a, quando la Corte Constitucional Federal declare que una ley es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o declare su nulidad. En la medida en que una ley sea declarada compatible o incompatible o nula, el texto de la decisión deberá ser publicado por el Ministro Federal de Justicia en el Boletín Leyes Federales. Lo mismo vale para el texto de la decisión en los casos del § 13 nº 12 y 14.*³⁶

Merece transcrição, ainda, do mesmo GILMAR FERREIRA MENDES, os judiciosos comentários acerca das situações concretas em que têm sido utilizado o expediente da declaração da incompatibilidade constitucional sem a pronúncia de nulidade, com vistas à preservação dos efeitos operados pela lei reconhecida inconstitucional:

“Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*‘bedrohliche Rechtslücken’*), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias conseqüências, ensejando mesmo eventual *‘caos jurídico’*. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada inexecutabilidade da decisão cassatória (*‘Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung’*). A declaração de nulidade levaria a uma minimização (*‘Minimierung’*), ao invés de levar a uma otimização (*‘Optimierung’*) na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

A necessidade de renúncia à declaração de nulidade tornou-se evidente nos casos relativos ao pagamento de vencimentos de funcionários públicos (*‘Besoldungsfälle’*), nos quais o Tribunal reconheceu que, se afirmasse a nulidade, não haveria fundamento legal para que a Administração procedesse ao

³⁵ MENDES, GILMAR FERREIRA, no artigo intitulado *A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*, na Revista de Informação Legislativa, Ed. Senado Federal, nº 118, abril-junho de 1983, págs. 64-65.

³⁶ Cf. o volume intitulado *Ley de la Corte Constitucional Federal*, constante da coletânea *Materiales sobre política e sociedad en la República Federal de Alemania*, Ed. Inter Naciones, 1982, pág. 43.

pagamento de vencimentos de determinados segmentos do funcionalismo. Portanto, a imperfeição identificada deveria ser corrigida pelo próprio legislador.

Semelhança com esses casos, relativos aos vencimentos de funcionários públicos, pode ser identificada nas chamadas questões de *‘status’* (*‘Statusfälle’*), que se referem à estruturação de determinado órgão ou instituição. No acórdão sobre a constitucionalidade da lei universitária, de 18.7.1972, promulgada pelo Estado de Hamburgo, limitou-se a Corte Constitucional Federal a declarar a inconstitucionalidade do seu § 17 sem pronunciar a nulidade, uma vez que a ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas universidades criaria uma situação ainda mais distante daquela pretendida pela Constituição. Essa orientação foi aplicada, igualmente, à decisão relativa aos subsídios dos parlamentares (*‘Diäten-Entscheidung’*), na qual o Tribunal declarou que a concessão de privilégios tributários outorgados aos parlamentares estaduais afigurava-se inconstitucional (arts. 38, 48, 3, I, da Lei Fundamental). Absteve-se a Corte, todavia, de pronunciar a nulidade da norma porque, dessa forma, *‘suprimir-se-ia parcialmente a base jurídica que assegura a situação ou ‘status’ dos parlamentares. A independência deles, enquanto parlamentares, dependia, fundamentalmente, da percepção dos subsídios.’*³⁷

Também na Espanha, no ano de 1989, experimentou-se uma reviravolta na tradição de *retroatividade radical* dos atos judicatórios que proclamam a inconstitucionalidade das leis. Tal se deu através da *Sentencia Constitucional 45/1989*, de 20 de fevereiro daquele ano, com a qual o Tribunal Constitucional (instituição prevista no art. 159 da Carta Política espanhola de 1978) declarou a inconstitucionalidade do assim chamado *“sistema de liquidación conjunta del impuesto*

³⁷ Idem, págs. 72-73. Daí explicar o citado GILMAR FERREIRA MENDES, noutro contexto doutrinário, que a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* possibilita a continuidade da aplicação da norma assim increpada de inconstitucional, isto até que sobrevenha uma nova e válida deliberação legislativa, o que se dá, sobretudo, para fins evitar lacunas normativas inaceitáveis geradas pela censura da jurisdição constitucional. Tem-se aí, por essa autêntica técnica de convalidação provisória do ato legislativo, uma outorga de sobrevida ao ato normativo inconstitucional, com o propósito de se evitarem lesões ainda maiores ao sistema de direitos sublimados na Constituição. Em textual: *“A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a ordem que ela contém para que o legislador aja prontamente demonstram que o ‘Bundesverfassungsgericht’ considera que, nesse caso, a lei inconstitucional subsiste, pelo menos para o efeito de evitar que o direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional ou para obviar o surgimento de um ‘vácuo jurídico’.* Desse modo, segundo esse acatado constitucionalista e estudioso do direito tedesco — *“São três, pelo menos, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade: 1) dever de legislar; 2) suspensão de aplicação da lei inconstitucional; 3) eventual aplicação da lei inconstitucional.”* (Transcrito do artigo intitulado *“A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania — Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro”*, publicado na Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 2, janeiro-março/1993, pág. 71).

sobre la renta de unidad familiar matrimonial”, correspondente, na legislação fiscal pátria, à declaração conjunta de imposto de renda por parte de membros do mesmo corpo familiar (marido e mulher, pai e filhos menores etc.), como disciplinado em sucessivos preceitos da legislação do imposto de renda daquele País, notadamente as Leis de 1978 e 1985. Nessa oportunidade, pela primeira vez, aquela Corte tutelar da Constituição expressamente atribuiu efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* à sua própria decisão, rendendo-se às conveniências da visão doutrinária e jurisprudencial que propugna pelo caráter *anulatório* e *prospectivo* das decisões com tal retumbância institucional. O já célebre *Fundamento 11^o* dessa *sentencia constitucional*, invocando o figurino alemão acerca da declaração de inconstitucionalidade *sem a pronúncia da nulidade*, antes comentado, declarou a “*inconstitucionalidad y nulidad*” de alguns preceitos da legislação espanhola do imposto de renda e, quanto a outros, “*sólo la inconstitucionalidad*”. Para assim proceder, iniciou por asseverar, *in verbis*: — “*La Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad*”. E, a partir dessa constatação, enfrentou a problemática dos riscos que a retroação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade pode ensejar para a segurança das relações jurídicas: — “*La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo (de llevar la lucha de partidos al seno del Poder Judicial), creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación, contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución*”. Ademais, consoante explicado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, eminente catedrático da Universidade Complutense de Madri, o aresto rechaçou o *preconceito* — que, bem a propósito, ainda é vigorante no constitucionalismo brasileiro —, consistente na crença de que o *status de nulidade ab initio* da lei inconstitucional, como, de resto, o seu pretense consecutório configurado no *efeito retroativo* da decisão declaratória da inconstitucionalidade, possa encerrar uma opção do poder constituinte inculada na lei fundamental, com o que, forçosamente, se revestiria da obrigatoriedade suprallegal. Contrariamente, e aprofundando a digressão teórica, a Corte Constitucional da Espanha consignou, em seguida, que o binômio *nulidade-retroatividade* exterioriza tão-só ou não mais do que uma valoração doutrinária ou pretoriana utilizável como adjutório à compreensão da funcionalidade do sistema constitucional. Considerou, sobremais, que também a Lei Orgânica do Tribunal, editada a partir das prescrições constitucionais, não é definidora nem vinculante no que respeita aos efeitos dos julgamentos constitucionais, tampouco impeditiva a que a própria Corte estabeleça o alcance temporal a ser emprestado às decisões de inconstitucionalidade. Em textual:

“*La Sentencia estudiada reconoce, por otra parte, que, según la Ley Orgánica del Tribunal — ‘las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas’ — pero añade lo siguiente: — ‘ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso’*”³⁸

A par disso, o impactante precedente da Corte Constitucional espanhola incursiona pelo *pragmatismo judicial*, no empenho de demonstrar que a manutenção do tradicional *efeito retrospectivo* pode importar num *mal maior* do que a própria inconstitucionalidade a ser declarada ou, então, até mesmo, inviabilizar a declaração da contrariedade à Constituição em face do receio de conseqüências indesejáveis pelo ordenamento supremo, isto com evidente desprestígio do sistema de rigidez constitucional. No caso, temia-se a desastrosa repercussão para o Tesouro da Espanha que por certo adviria de uma declaração de nulidade constitucional, com efeitos retroativos, de importante parcela da legislação do imposto de renda das pessoas físicas. A partir dessa constatação, e espelhando-se na tendência que já toma corpo na generalidade dos modelos europeus e norteamericano de controle de constitucionalidade das leis, o Tribunal deliberou por afirmar sua ínsita e indeclinável competência para especificar a natureza dos efeitos dos seus julgamentos. Eis, a propósito, a esclarecedora exposição de ENTERRÍA:

“*Pero — y ésta es la cuestión a plantearse — (?) qué influencia le es permitido conceder a esas eventuales consecuencias políticas — de sus sentencias? Puede, les es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una Ley aplicada incómunemente durante largos años declarando una nulidad que privara de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta? No se convertiría aquí de hecho es summum ius en summa iniuria, sin utilidad para nadie y daño para muchos o para la entera comunidad? Así, pues, (?) fiat justitiae pereat mundus?...*”

La técnica permite, pues, gradualizar progresivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón. La alternativa real a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales, a ‘la realidad social

³⁸ ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA, no artigo *Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*, na Revista de Direito Público, Ed. Revista dos Tribunais, nº 92, outubro-dezembro, 1989, pág. 10).

del tiempo en que han de ser aplicadas', en los términos aporreados del artículo 3^o — 1 del Código Civil... Se ve claro que el Tribunal Constitucional se ha sentido verdaderamente alarmado por la real catástrofe financeira que habría ocasionado una nulidad retroactiva de los preceptos impugnados. Es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad = catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y ha creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva, hoy establecido y admitido por los más importantes sistemas de justicia constitucional y internacional de mundo entero. Son ciertas, en el plano dogmático, las razones aducidas en el compendioso Fundamento 11^o: la nulidad absoluta (y retroactiva) no es el remedio adecuado y suficiente para corregir la imperfección del sistema legal que desde el parámetro de la Constitución se ha declarado inconstitucional; esa nulidad no produce más que efectos eliminatorios, pero no sustituye por criterios nuevos (y ya plenamente constitucionales) el enorme socavón que en el sistema fiscal se produce, dado el lugar central que el mismo tiene el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas.”³⁹

Na Itália, a questão relativa aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade restou decidida no próprio texto da Constituição de 27 de dezembro de 1947, no sentido de sua *prospectividade*, a teor do preceito constante do art. 136, com a dicção seguinte:

Art. 136 — *Sempre que o Tribunal declare a inconstitucionalidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia desde o dia imediato ao da publicação da decisão.*

Tal se verifica, contudo, sem prejuízo da prerrogativa da Corte Constitucional italiana, afirmada em seu regimento interno, para, diante das circunstâncias do caso e em prol da segurança das relações jurídicas, estabelecer detalhamentos acerca da operância concreta do julgado.⁴⁰

É ilustrativo registrar, ainda, que o sistema constitucional vigente em França também adota a contemplação de efeitos prospectivos para as decisões do *Conseil Constitutionnel*, conforme instituído pelos artigos 56 a 63 da Constituição da V República, promulgada em 4 de outubro de 1958, o que se dá, inclusive, formalmente, por força da “*Décision 62-18 L., Rec. 31*” dessa Corte Constitucional, que afirmou a autoridade de coisa julgada que ornamenta suas próprias decisões (“*autorité de chose jugée des décisions du Conseil Constitutionnel*”). De fato, os julgamentos desse Alto Tribunal com jurisdição constitucional que pronunciem a assim chamada “*não-conformidade*” (“*déclarations de non-conformité*”) operam de imediato a partir da sua prolação. Comentando

tal aresto, os renomados Professores LOUIS FAVOREU e LOIC PHILIP sublinham a natureza dita *objetiva, insubjetiva e em tese* do controle de constitucionalidade exercido por aquele Colegiado Político, bem como a repercussão *erga omnes* e os efeitos *imediatos e prospectivos* de seus julgados. Em textual:

“... *Les décisions du Conseil ont en effet autorité absolue de chose jugée: elles s'imposent à toutes les autorités politiques, administratives et juridictionnelles et pas seulement aux parties... Ceci est logique, car le contrôle 'objectif' ou abstrait semblable 'a celui exercé par le juge de l'excès de pouvoir... Et cette remarque est valable tant pour le contrôle de constitutionnalité que pour le contentieux électoral, car en matière administrative devant le Conseil d'État, ce contentieux est aussi considéré comme un contentieux objectif, dans la mesure justement où 'la décision rendue par le juge a effet 'erga omnes'... Les déclarations de non-conformité ont pour effet immédiat de rendre inapplicable les dispositions censurées*”.⁴¹

É destacável, no campo das Cortes supranacionais, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, como também a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por igual adotam o princípio da *abertura* jurisdicional quanto à determinação dos efeitos a serem atribuídos aos julgados que importem em invalidação de regras de direito. Merece colação, nesse sentido, o aresto proferido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia no caso *Defrenne*, em 8 de abril de 1976, que considerou nula e inconsistente com o Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, a legislação da Bélgica que adiou o termo inicial de aplicação do princípio da igualdade entre trabalhadores do sexo masculino e do sexo feminino, aprazado para vigor após o término do chamado *período provisório*, ou seja, a partir de 1.1.1962, conforme ditado pelo art. 119 daquele tratado internacional que instituiu a Comunidade Econômica Européia. Em que pese o reconhecimento da auto-aplicabilidade dessa regra de isonomia salarial e a conseqüente nulidade da lei belga que procrastinou a sua eficácia além do tempo autorizado pela norma internacional, aquela Corte Comunitária considerou que o efeito retroativo da regra proibitiva de discriminação salarial em razão de gênero poderia resultar conseqüências malélicas e indesejadas para as atividades econômicas envolvidas, o que impunha a sua operância apenas prospectiva ou *ex nunc*. Nesse sentido, assentou que conseqüências periclitantes para a da segurança das relações jurídicas desaconselham se possa questionar, com base no postulado igualitário, as remunerações pagas anteriormente à prolação da sentença. Semelhante entendimento adotou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao julgar o caso *Marx*, em 13.6.1979, ocasião em que considerou incompatível com o Convênio Europeu de Liberdades e Direitos Humanos, aprovado em Roma no ano de 1950, a norma do

39 *Idem*, págs. 13-14.

40 Cf. sobre o tema, a obra de SERGIO PANUNZIO, *I Regolamenti della Corte Costituzionale*, Padova, 1970, págs. 235 e segs.

41 FAVOREU, LOUIS e PHILIP, LOIC, na obra *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Ed. Direy, 1989, págs. 158 e 164.

Código Civil da Bélgica que atribuía aos filhos denominados *extramatrimoniais*, ou havidos fora do casamento, direitos hereditários inferiores aos conferidos aos filhos legítimos ou nascidos no seio da união matrimonial. Para tanto, considerou que seria inadequado rever situações sucessórias já de todo consolidadas previamente à prolação do julgado que declarou a inconsistência da lei belga em face do direito comunitário revestido de suprallegalidade, que, bem por isso, deveria produzir efeitos tão apenas para o futuro.⁴²

Por outro lado, a fim de evitar situações comprometedoras do ideal da segurança jurídica, que a drasticidade do efeito retroativo não raro enseja, algumas Constituições da atualidade já estampam expedientes destinados especificamente a enfrentar ou temperar a retrooperância dos éditos judiciais proclamatórios da invalidade das leis. O exemplo mais notório, nesse campo de normas constitucionais, é o do art. 282, da Constituição de Portugal de 1976, com a redação ditada pela *Lei Constitucional nº 1*, de 1982, que, conquanto adotando como princípio geral o da retroatividade da decisão declaratória da inconstitucionalidade, admite, em situações pré-indicadas, que o Tribunal Constitucional daquele país possa temperar, no tempo, os efeitos operativos do julgado. Em textual:

Art. 282 -

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos números 1 e 2.

Essa discricionariedade judicatória prevista com pioneirismo na Carta Política lusitana mereceu do eminente Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO, encomiásticos comentários em obra recém-publicada, muito embora numa visão *de lege ferenda*, com sedimento na superior doutrina portuguesa: *in verbis*:

42 Cf. o volume intitulado *Code Européen des Personnes*, Ed. Dalloz, 1994, págs. 52 a 55.

“No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. Quanto à decisão proferida na cautelar, os seus efeitos são *ex nunc*, quer dizer, contam-se a partir da decisão. Já a decisão de mérito tem efeitos *ex tunc*. Casos há, entretanto, que seria adequado o efeito *ex nunc*. A Constituição da República Portuguesa expressamente autoriza o Tribunal Constitucional, em certos casos, a fixar os efeitos da inconstitucionalidade a partir da decisão (art. 284, 4). Leciona, a propósito, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO, cuidando do Tribunal Constitucional de Portugal: — ‘Por outro lado, o Tribunal pode sempre afastar a eficácia *ex tunc* da sua decisão (e eventualmente o efeito repristinatório), quando isso for exigido pela segurança jurídica, pela equidade e por especiais razões de interesse público’⁴³”

Releva assinalar que outros documentos constitucionais, indo ainda mais longe na frenagem da retroatividade dos efeitos dos julgados invalidatórios das leis, chegam a fixar lapso de tempo para que o comando jurisdicional contendo a declaração de inconstitucionalidade inicie a produção de seus efeitos. É o caso, por exemplo, da Constituição da Turquia, de 7 de novembro de 1982, cujo art. 153, na versão para o idioma inglês, dispõe:

“Decisions of the Constitutional Court -

Art. 153 — *The decisions of the Constitutional Court are final. Decisions of annulment cannot be made public without a written statement of reasons.*

In the course of annulling the whole or a provision of laws or decrees having force of law, the Constitutional Court shall not act as law-maker and pass judgement leading to new implementation.

Law, decrees having force of law, or the Rule of Procedure of the Turkish Grand National Assembly or provisions thereof, shall cease to have effect from the date of publication in the Official Gazette of the annulment decision. Where necessary, the Constitutional Court may also decide on the date on which the annulment decision shall come into effect. That date shall not be more than one year from the date of the publication of the decision in the Official Gazette.

In the event of the postponement of the date on which an annulment decision is to come into effect, the Turkish Grand National Assembly shall debate and decide with priority on the draft bill or a law proposal, designed to fill the legal void arising from the annulment decision.

The annulment decision cannot have retroactive effect.

Decisions of the Constitutional Court shall be published immediately in

43 VELOSO, CARLOS MÁRIO DA SILVA, *Temas de Direito Público*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 118.

the Official Gazette, and shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, and on persons and corporate bodies.

IV — Considerações finais

De tudo se permite concluir que a tendência hodierna aponta no sentido da atribuição de operatividade prospectiva, ou *ex nunc*, às decisões das Cortes dotadas de jurisdição constitucional que proclamam a invalidade das leis. Tal se dá, na generalidade dos exemplos recolhidos, mediante a adoção, *tout court*, do efeito *pro futuro* ou, então, através da outorga de discricção jurisdicional, a fim de que o Tribunal competente, sopesando prudentemente a natureza da lei invalidada e o conjunto das circunstâncias constituídas à sua sombra, fixe, caso a caso, a direção e a amplitude dos efeitos temporais da decisão.

Em nosso País, em que pese a prevalência histórica, até hoje subsistente, do primitivo modelo norte-americano consistente no binômio *nulidade-retroatividade*, de resto já não mais vigorante na grande nação do norte de onde brotou, inexistente qualquer norma ou princípio de ordem constitucional a servir de empeco intransponível a que também acompanhem a tendência que hoje se generaliza na Europa e nos Estados Unidos da América. Não há, verdadeiramente, preceito ou princípio, explícito ou implícito, a impedir, entre nós, a adoção, pela via decisória pretoriana, seja, de um lado, em caráter geral, do efeito prospectivo para as decisões proclamatórias da inconstitucionalidade dos atos normativos, seja, de outro lado, a discricionariedade judicial que habilite o Supremo Tribunal Federal a definir, no controle *em tese* ou *concentrado* pelo mecanismo da ação direta, a natureza dos efeitos (*ex tunc*, *ex nunc* ou alguma combinação temporal intermediária) do acórdão que proclama a inconsistência de uma lei em face da Constituição da República. Por essa razão, não há concordar, nesse particular aspecto, *permissa venia*, com a opinião esposada pelo ilustre Professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, ao sustentar em livro recém-editado e por certo expressante de sua reconhecida competência na matéria:

“Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização concentrada ou difusa, no direito brasileiro implica, portanto, salvo a hipótese de representação interventiva, a pronúncia da nulidade do ato atacado... Conquanto a Constituição brasileira não disponha de modo expresse,

com a portuguesa (art. 282), a respeito da consequência (sanção) decorrente da inconstitucionalidade, a nulidade e (e não a anulabilidade) do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito”.⁴⁴

Não creio, com efeito, seja essa a melhor compreensão doutrinária, em que pese o respeito de que é merecedor o seu expositor. Em realidade, a Constituição do Brasil em momento algum cogita dos efeitos temporais emergentes da declaração de inconstitucionalidade. De resto, assim também não o fizera a Constituição dos Estados Unidos de 1787, a ponto de permitir a guinada exegética conduzida pelo pré-apreciado caso *Lekletter*, no ano de 1965, quando a Suprema Corte daquele país revogou a tradição quanto aos efeitos retroativos (*retroactive effects*) firmada desde o célebre caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, com isso inaugurando solenemente a fase de *discricção judicial* nessa matéria pródiga de disputas entre os estudiosos do constitucionalismo. A bem dizer, no que concerne ao controle abstrato de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que é o quanto aqui nos ocupa a atenção, é ver-se que a Carta Política de 1988 somente cuida da competência do Supremo Tribunal Federal para *processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* (art. 102, I, “a”); dos órgãos e entidades legitimados à sua proposição (art. 103, *caput*); da audiência opinativa do Procurador-Geral da República nos feitos de tal natureza (art. 103, § 1º); da citação do Advogado-Geral da União para fins de defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º); da função institucional do Ministério Público para *promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição* (art. 129, IV); do *quorum* especial consistente na maioria absoluta dos membros dos tribunais ou do respectivo órgão especial, para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 97); e, por fim, da atribuição privativa do Senado Federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (art. 52, X). Desconsiderados, por conseguinte, eis que desinfluentes para o quadro de idéias em focalização, a representação de índole *interventiva* do Procurador-Geral da República (art. 36, III); a ação declaratória de *constitucionalidade* (art. 102, I, “a”, *parte final*, e § 2º); a ação de inconstitucionalidade *por omissão* (art. 103, § 2º); e a competência da Justiça dos Estados federados para julgar a *representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual* (art. 125, § 2º), é certo que a vigente Lei Maior não se refere em ponto algum

44 CLÈVE, CLÊMERTON MERLIN, em *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, págs. 163-165.

aos efeitos do acórdão do Supremo Tribunal Federal que proclama a inconstitucionalidade das regras de direito.

Sou inclinado a pensar, por esse agregado de razões, que a definição em prol da índole *retroativa* que até hoje logrou prevalecer entre nós não passe de uma mera opção de política pretoriana, no melhor estilo da *policy judge made* que informou a mentalidade *judiciarista* na Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 30, sob a presidência do *Chief Justice* CHARLES HUGHES, e nos anos 50 e 60, sob a regência de WARREN. Rememore-se que, nessas etapas grandiosas do judiciarismo norte-americano, aquele prestigioso Tribunal lançou mão do arsenal de argumentos gravitantes em torno dos princípios da igualdade (“*equal protection of the laws*”) e do devido processo legal (“*due process of law*”), como emergentes da 5ª e 14ª emendas à Constituição estadunidense, para com isso invalidar dezenas de atos congressuais e formular políticas judiciais no campo da ordem econômica e dos direitos fundamentais do homem. Essa *concepção instrumental* da ordem jurídica presidida pela Constituição⁴⁵, que visualiza na interpretação e aplicação do direito, consoante levadas a efeito pela atuação judicial da lei, uma técnica de acomodação da ordem jurídica às realidades e valores sociais emergentes, é que permitiu, por mais de dois séculos consecutivos, a paulatina transformação do sentido e alcance da Carta Política dos Estados Unidos da América, através do fenômeno conhecido por *mutação constitucional*, sabidamente distinto do da reforma formal da Constituição.⁴⁶

Com efeito, ausente, na Constituição da República de 1988, qualquer diretriz ou indicativo respeitante à natureza dos efeitos atribuíveis à decisão que declara, na via da ação direta, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, é perfeitamente factível que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência determinante do sentido e alcance do sistema de legalidade, que lhe é ínsita, evolua e atualize sua jurisprudência nesse campo

45 Cf. sobre o tema, a obra de MORTON HORWITZ, *The emergence of an instrumental conception of American Law*, New York, 1960.

46 Cf. sobre o assunto, dentre outras, as obras de KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª edição, 1970, págs. 164-165; PONTES DE MIRANDA, *Systema de Ciência Positiva do Direito*, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio, 1922, págs. 464-465; ANA CÂNDIDA CUNHA FERRAZ, *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*, na Coletânea *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ed. RT, vol. 5, outubro-dezembro 1993, págs. 5 e segs.; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária*, na Revista de Direito Administrativo, Ed. FGV-Renovar, vol. 198, outubro-dezembro, 1994, págs. 39 e segs.; RAUL MACHADO HORTA, *Permanência e Mudança na Constituição*, na Revista de Direito Administrativo, Ed. FGV-Renovar, vol. 188, abril-junho, 1992, págs. 17 e segs.; e, no direito comparado, a importante obra coletiva organizada por ANTONIO TARANTINO, *Legittimitá, Legalitá e Mutamento Constituzionale*, Ed. Dott. a. Giuffrè, Milão, 1980.

de questões, conforme, aliás, tantas vezes já ocorreu fazer em searas as mais diversas. Isto de maneira a temperar a drasticidade do efeito retroativo em sua tradicional e ortodoxa feição, seja para adotar a operância prospectiva plena ou, simplesmente, para assumir a discricção — que lhe é insubtraível em face do silêncio de texto constitucional —, de definir em cada caso submetido ao seu culminante julgamento a direção temporal a ser incutida às decisões de tal teor e natureza.

É lembrável, nessa ordem de idéias, que a Corte Suprema brasileira, em boa hora e com excelente inspiração, exerceu essa potestade discricionária nesse mesmo terreno do controle direto e abstrato da supremacia da Constituição, o que fez, por exemplo, quando implantou a possibilidade da suspensão liminar da eficácia de leis objeto da primitiva representação de inconstitucionalidade, a cargo privativamente do Procurador-Geral da República. Essa suspensividade, bem se sabe, não fora contemplada por expreso na Constituição de 24 de janeiro de 1967, que só tratara da suspensão da executoriedade, pelo Senado Federal, da — *lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (art. 45, IV). Somente com a outorga da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que, dentre outras inovações, aditou o art. 119, inciso I, alínea “p”, ao texto consolidado da Emenda nº 1, esta outorgada em 17 de outubro de 1969, é que a denominada *medida cautelar* adentrou o ordenamento pátrio supralegal no contexto que aqui se aprecia. Nem por isso, porém, deixou a Corte guardiã da Lei Maior de encontrar meios e modos para introduzir o *remedium juris* da suspensão cautelar, valendo-se, a tanto, da escora consubstanciada nos artigos 22, IV, e 120, “c”, do seu Regimento Interno então vigente. Assim sendo, não sem as naturais controvérsias que só enriquecem o processo dialético de perquirição das verdades jurídicas, o nosso Magno Pretório afirmou-se competente para suspender cauterlamente, até o julgamento de mérito da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a operância das leis por essa via increpadas da contrariedade constitucional, desde que atendidos os requisitos peculiares da tutela provisória, como sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Exemplariza o exercício dessa engenhosa discricção judicial, em tudo análoga à *judicial determination* do direito norte-americano, o v. aresto da composição plenária na Representação nº 933-RJ, de que foi Relator o Ministro THOMPSON FLORES, cuja ementa enuncia:

“REPRESENTAÇÃO nº 933-RJ

.....
III — *Embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal, nada impede que, verificados os pressupostos a que se refere o art. 22, IV, c/c o art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, expedidos com base na Constituição, art. 120, “c”, seja ela concedida.*

Razões que conspiram em prol dessa afirmação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, em casos semelhantes, fundados no art. 4º da Lei 2.271/54, c/c o art. 7º, II, da Lei 1.533/51.

IV — *Deferimento da medida. Votos vencidos.*

Além disso, sem que houvesse expressa definição de caráter preceitual, o Supremo Tribunal Federal afirmou sua competência para imprimir eficácia prospectiva ou *ex nunc* às decisões concessivas da suspensão liminar, como, de resto, é melhor apropriado à natureza da medida cautelar, mas, de todo modo, estabelecendo, pelo viés da livre adaptação judicial do sistema normativo, uma nítida diferenciação em face dos efeitos retroativos ou *ex tunc* tradicionalmente aplicáveis aos julgamentos de mérito nas ações diretas. Vale colacionar, nesse sentido, dentre numerosos exemplos, o acórdão plenário na Representação nº 1.419-GO, de que foi Relator o Ministro FRANCISCO REZEK, assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Cautelar. Suspensão liminar. Efeito ‘ex nunc’. Requerimento de medida cautelar de suspensão da eficácia das normas (inconstitucionais). Deferimento pelo STF, a partir da data dessa decisão, porque presentes os requisitos do ‘fumus boni juris’ e do ‘periculum in mora’, até o julgamento final da representação.”⁴⁷

É assinalável que, ainda recentemente, um dos ilustres integrantes do Supremo Tribunal Federal, acolhendo na íntegra as conclusões do parecer que oferecemos perante aquela alta Corte no desempenho do soldalício do Ministério Público Federal, deixou expressamente ressalvada sua preferência no sentido da atribuição de efeitos prospectivos ou *ex nunc* aos acórdãos de procedência de ações direta de inconstitucionalidade. Esse importante precedente, que reabre o questionamento da matéria no âmbito do Pretório Excelso e rediscute a centenária jurisprudência que lá se firmou em fins do século XIX pela influência de RUI BARBOSA, deu-se na ADIN nº 1.102-2, intentada pela Confederação Nacional da Indústria, sendo Relator o Ministro MAURÍCIO CORREA, cuja ementa assentou:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSÕES ‘EMPRESÁRIOS’ E ‘AUTÔNOMOS’ CONTIDAS NO INCISO I DO ART. 22 DA LEI Nº 8.212/91...”

1. O inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91, derogou o inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Malgrado essa revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões ‘avulsos, autônomos e administradores’ contidas no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787, pela Resolução nº 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE nº 177.296-4.

2. A contribuição previdenciária incidente sobre a ‘folha de salários’ (CF, art. 195, I) não alcança os ‘autônomos’ e ‘administradores’, sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF arts. 195, § 4º, e 154, I). Precedentes.

3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou ‘ex nunc’ à decisão, a partir da concessão da liminar.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘autônomos’ e ‘administradores’ contidas no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91”⁴⁸

A inspirar o eminente Ministro Relator da ADIN nº 1.102-2 estava o ponderável receio de que o acolhimento da ação direta pudesse ensejar — dado o denominado “regime de caixa” (“cashflow system”) com que opera a Previdência Social no Brasil, segundo as informações então apresentadas nos autos pelas autoridades superiores do Poder Executivo —, um brutal e insuportável impacto financeiro nas já combalidas receitas da instituição previdenciária. Isto não apenas em decorrência das previsíveis e incontáveis ações de repetição de indébito que por certo iriam ainda mais sobrecarregar a congestionada pauta da Justiça Federal em todo o País, mas também, e sobretudo, em virtude da compensação extintiva de obrigações fiscais, *in casu* expressamente autorizada pelo Código Tributário Nacional (art. 170) e pelas Leis nºs 8.383/91 (art. 66) e 8.212/91 (art. 89), esta última com a redação ditada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95, tudo corroborado pelo verbete da Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal. Pode-se bem imaginar que a profusa utilização de ambos esses mecanismos ressarcitórios (repetição de indébito e compensação de créditos e dívidas previdenciárias) pela massa de contribuintes que oportunamente recolheram, desde a promulgação da Lei nº 8.212 (em julho de 1991), um apreciável volume de recursos aos cofres da Previdência — recursos esses que por certo já teriam sido utilizados para a liquidação de benefícios securitários — iria comprometer direta e negativamente o equilíbrio das fontes de custeio previdenciário e, por inexorável conseqüência, o fluxo de pagamento mensal dos benefícios da seguridade social, todos de inexcusável alcance coletivo.

Considerou o Ministro MAURÍCIO CORREA, para conferir efeitos apenas *pro futuro* ao acórdão de acolhimento da ADIN nº 1.102-2, que por certo não figurara nos altos propósitos do legislador constituinte de 1988 qualquer medida capaz de inviabilizar o sistema securitário nacional. Bem por isso apresentou-se assaz oportuno lançar mão da trajetória trilhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, quando do julgamento do caso *Lekletter*, no ano de 1965, ou pelo Tribunal Constitucional da Espanha, através de “Sentencia 45”, de 20 de fevereiro de 1989. Nesses retumbantes julgados, conforme antes examinado,

⁴⁷ CF. RTJ 113/1.006.

⁴⁸ Esse acórdão foi publicado no Diário de Justiça da União de 17.11.95, pág. 3.925.

essas Cortes com jurisdição constitucional atalharam, cada qual a seu modo, a imemorial tradição de reconhecer efeitos retroativos, ou *ex tunc*, à decisão proclamatória da inconstitucionalidade de lei, com isso descortinando o horizonte jurisprudencial para a afirmação categórica do efeito prospectivo, ou *ex nunc*, como se fez na Espanha, ou, então, para a afirmação da discricionariedade pretoriana idônea a determinar, em cada caso de concreção judicial da Constituição, a eficácia temporal da decisão a ser proferida, consoante se passou nos Estados Unidos da América.

Colhe rememorar, por oportuno, o brado de alerta de OTTO BACHOF em sua obra clássica nesse campo de questões — “*O Juiz Constitucional entre o Direito e a Política*” —, ao sustentar: “*As decisões invalidatórias de uma lei podem ocasionar catástrofes, não apenas para o caso concreto, mas também para um invisível número de casos, quando essas decisões são politicamente equivocadas.*” Calcado nessa convicção, acrescenta o jurisconsulto alemão — “*mais que os juizes dos outros âmbitos da Justiça, pode e deve o juiz constitucional não perder de vista as conseqüências — e tão freqüentemente conseqüências políticas — de suas sentenças.*”⁴⁹ Essa advertência — que continua momentosa no terreno sempre a desbravar-se do controle da constitucionalidade das leis, ora se invoca a fim de que não se percam de vista as realidades dramáticas que podem advir de um acórdão retrooperante em prol da procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, dotado de eficácia temporal *ex tunc* ou retroativa à data do início da vigência da norma alvejada pela censura da jurisdição constitucional, segundo tem sido até o presente a nossa indesejável tradição. Não é por outra razão que o notável Professor da Universidade de Florença, MAURO CAPPELLETTI, mundialmente reconhecido como um dos mais conceituados especialistas na matéria, sinaliza para a tendência de que, no campo das obrigações civis, como, já também, das relações de direito público e de direito administrativo, y *compris* as relações de natureza tributária, e contrariamente ao que se passa no âmbito do direito penal quando se trate de beneficiar o condenado, é hoje prevalente a tese da adoção do efeito *pro futuro* ou *ex nunc*, no que toca às decisões que pronunciam a invalidade das leis em face da Constituição. Eis a lição abalizada, que sobremodo prestigia a segurança das relações jurídicas consolidadas anteriormente e sob a égide da norma proscribida pelo julgamento constitucional:

“*Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos ‘efeitos consolidados’ (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em con-*

49 Cf. a versão original “*Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*”, publicado inicialmente na obra coletiva “*Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*”, Tübingen, 1963, págs. 41 e segs.

sideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas.”⁵⁰

E bem se sabe que a certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas repousam, fundamentalmente, na *previsibilidade das conseqüências jurídicas* das ações humanas, o que vale dizer, na segurança de que o cumprimento estrito das leis — enquanto atos da soberania legislativa do Estado revestidos da *presunção de constitucionalidade*, o que os torna obrigatórios até que, em hipóteses ultra-excepcionais, sobrevenha a reprovação judicial afirmativa da supremacia da Constituição —, não será no amanhã deixado à margem da legalidade, consoante sempre ressaltado nos melhores estamentos da filosofia do Direito.⁵¹

Conquanto tenhamos dirigido as considerações do presente estudo para o controle direto, abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis, reconhecemos que inexistente razão de cunho essencial que impeça sua aplicação aos instrumentos de controle concreto e difuso da jurisdição constitucional. As apontadas diferenças entre os dois modelos não são de molde a resultar em diferenciação quanto aos efeitos da decisão judicial proclamatória da contrariedade constitucional.⁵² A demarcação da eficácia temporal do julgado, seja com

50 CAPPELLETTI, MAURO, em *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., pág. 124.

51 Cf. *exempli gratia*, entre tantos doutrinadores, LOPEZ DE OÑATE, “*La Certeza del Derecho*”, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1953, págs. 47 e segs.; MIGUEL REALE, “*Filosofia do Direito*”, 5ª edição, 1969, vol. 2, págs. 525 e segs.; BIDART CAMPOS, “*Filosofia del Derecho Constitucional*”, Ed. Adiar, Buenos Aires, 1969, págs. 133 e segs.; MARIO LONGO, “*Certeza del Diritto*”, in “*Novissimo Digesto Italiano*”, Torino, vol. 3, págs. 128-129; e MASSIMO CORSALE, “*La Certeza del Diritto*”, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1970, págs. 400 e segs.

52 Não há desconhecer, contudo, como já de início ressaltado, que os processos de fiscalização *abstrata* ou *objetiva* diferem-se em vários aspectos dos processos de fiscalização *concreta* e *subjetiva*, donde ser pertinente questionar no tocante à aplicabilidade genérica, a ambos esses modelos de controle de constitucionalidade, das normas processuais que, por sua especial natureza, sejam direcionadas apenas aos processos de jurisdição contenciosa ou intersubjetiva. A exposição doutrinária de VITALINO CANAS, deita luzes nesse aspecto da questão: “*De tudo o que escrevemos nas páginas anteriores só se pode extrair uma conclusão: o direito processual constitucional não pode deixar de ser um direito processual autônomo, regido por princípios próprios, necessariamente pouco fungíveis com os dos processos jurisdicionais típicos. Estes últimos têm por fim resolver lides ou conflitos intersubjetivos de interesses que se manifestem em concreto. E se não se quiser ficar preso no conceito, porventura demasiado rígido, de lide, pelo menos terá de se reconhecer que nesses processos vêm sempre envolvidos interesses subjectivos... Diferentemente, os processos de fiscalização da constitucionalidade (...) são processos objectivos, já que não visam o julgamento de lides ou até mesmo de simples controvérsias (embora por vezes haja controvérsia sobre a questão); isso não é, porém, indispensável ou inevitável), mas sim de questões de constitucionalidade suscitadas em abs-*

retroatividade, seja com *prospectividade*, haverá de ser idêntica num e noutro caso, isto até mesmo por recomendação da coerência teórica. Desse modo, se tiver de vingar entre nós a adoção dos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para as decisões judiciais com tal teor e repercussão, é mais do que plausível sejam estes por igual aplicáveis às *ações diretas* e às hipóteses em que o controle judicial se exerce de forma *incidental* e *concreta*, nos vários tipos de processos judiciais em que se discutem direitos ou interesses subjetivos.

Chega-se, assim, ao término desses breves comentários.

Decorridos mais de cem anos da profícua e singular experiência brasileira de controle de constitucionalidade das leis, talvez seja hora de avançarmos em direção a outras alternativas no campo dos efeitos da nulificação judicial das regras de direito, que melhor realizem os ideais da segurança jurídica e da paz social. A experiência recente dos povos cultos nesse terreno sempre aberto às novas conquistas do pensamento jurídico e, sobretudo, *o tempo — esse mestre extraordinário*, está a nos indicar os caminhos a serem trilhados, no esplendoroso e permanente desafio, como definido por LEVI CARNEIRO — do “*ajustamento da lei ao meio em que tem de viver...*”.⁵³ Ao Supremo Tribunal Federal de nosso País, mercê de suas mais relíquias tradições de sabedoria constitucional, caberá abrir ensanchas para a perspectiva de alguma forma de expressão prospectiva de seus julgados na via da ação direta de inconstitucionalidade, segundo os meios que julgar mais consentâneos a tal mister. Tudo, é claro, com o alto e permanente propósito de — a um só tempo — afirmar a superioridades das normas e princípios da Constituição e salvaguardar a segurança das relações jurídicas que mereçam estar protegidas em face dos julgamentos proferidos no âmbito da jurisdição constitucional.

tracto (...) Por esse motivo, os princípios processuais a que está submetido o processo constitucional não são os mesmos que regem, por natureza, os processos jurisdicionais... O processo constitucional exige, portanto, um corpo próprio de regras de processo (...). Esta última condição requer do Tribunal Constitucional uma constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação contra naturam das regras do processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas” (na obra “*Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional — Natureza e Princípios Estruturantes*”, Coimbra Editora, 1986, págs. 87/89).

53 CARNEIRO, LEVI, em *Federalismo, Judiciarismo*, 1930, pág. 85.

PROCESSO CONSTITUCIONAL

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO*

1. Constituição e processo. O modelo constitucional e a teoria geral do processo. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na Constituição. 2. As perspectivas de uma teoria geral do processo constitucional no direito comparado. Particularidades do processo constitucional. 3. Processo constitucional: conceito, natureza e objeto. Ação e legitimação. 4. A proteção judicial dos direitos fundamentais.

1. Constituição e processo. O modelo constitucional e a teoria geral do processo. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição

Os levantamentos sobre o Processo Constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais. Eduardo J. Couture, ao tratar da tutela constitucional do processo, afirma ser o mesmo instrumento de proteção do direito. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;

b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Livre-Docente. Doutor em Direito. Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Doutorado e Mestrado).

c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo, consagrada na Constituição;

d) A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;

e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis.

Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer a expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Essas condições, para o demandante e o demandado, têm a denominação genérica de ter direito a estar um dia ante o Tribunal (*his day in Court*).

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional (01), consolida-se nas Constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exequíveis.

Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem:

8º — Toda pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei;

10º — Toda pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça, perante Tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que se examine qualquer acusação que pese contra ela em matéria penal.

Entende Couture que incube à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente.

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade

por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal imparcial, que não viole a garantia do *due process of law* (02).

O constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem direitos das partes, outorgando oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva participação das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais.

O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, para com o exame das garantias constitucionais do processo civil.

Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais no processo civil.

Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais não era suficiente para garantir sua eficácia.

Mostra Fix-Zamudio às deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente.

Algumas Constituições e as legislações ordinárias exigem que, para interposição dos instrumentos específicos de proteção aos direitos fundamentais, como os recursos constitucionais na Suíça e na República Federal da Alemanha, é necessário esgotar todos os métodos de impugnação judicial ordinária. Em vários ordenamentos, o processo ordinário é o meio através do qual se pode lançar a questão de inconstitucionalidade incidental, quando se considera que a lei aplicável no processo contraria a Constituição. Os sistemas constitucionais que seguiram o modelo austríaco criaram Tribunais constitucionais específicos.

Sistematizando os instrumentos do direito judicial constitucional, Fix-Zamudio apresenta-os sob três categorias: a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de "*juiz natural*"; b) esses direitos relacionam-se com a situação jurídica das partes, expressa pela idéia do *direito de defesa*; c) a última categoria refere-se às *formalidades essenciais do procedimento*.

O direito ao juiz competente, o direito ao juiz natural e a imparcialidade do julgador são garantias de caráter constitucional e judicial. São elas de significado genérico, que atingem a todo tipo de processo.

Na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. Para a efetivação dos mesmos, reconhece-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual) (03).

No exame científico da relação entre Constituição e Processo, que tem gerado expressões como *Processo Constitucional* ou *Direito Processual Constitucional*, destaca-se a *Teoria Geral do Processo*, pela sua importância na formulação teórica do assunto. Admite-se que o direito processual tem linguagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias. As apreciações sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam à compreensão de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais.

Os trabalhos de Processo Constitucional, tecendo considerações em torno da Constituição e do Processo, ao ressaltarem o direito ao devido processo (*el derecho al proceso debido*), destacam alguns pontos essenciais:

- o direito constitucional de ação;
- direito constitucional de defesa;
- o direito à prova: acolhimento e prova proibida;
- o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas;
- o direito aos recursos.

O direito de ação consolida-se na compreensão de que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos. A ação, considerada como direito público constitucional, é aceita pela doutrina. O direito constitucional de defesa decorre do princípio do *contraditório*.

Os modelos constitucionais, no seu relacionamento com o Processo Civil, têm propiciado conceitos como o de jurisdição originária (*“Giurisdizionalità originaria”*) e jurisdição constitucional derivada do processo (*“giurisdizionalità costituzionalmente derivata” del processo*).

As Constituições, como a da Itália, passaram a conter princípios e normas atinentes ao exercício da jurisdição, propiciando o desenvolvimento do procedimento jurisdicional.

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no atendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz.

As expressões “juiz natural” e “juiz preconstituído por lei” exprimem conceitos diversos, mas elas se comunicam instrumentalmente, quando objetivam a tutela de certos valores constitucionais (objetividade do juiz; o resguardo do juiz órgão, em primeiro lugar; em segundo o juiz pessoa física). Ao mesmo tempo assegura-se autonomia conceitual e axiológica entre naturalidade e preconstituição legislativa. Na idoneidade e objetividade do juiz procura-se o magistrado nacional e logicamente mais idôneo a exercer certas funções.

A imparcialidade do juiz, no que se refere à posição do magistrado, atenta as suas relações com as partes em determinado processo. Deve colocar-se “superpartes” ou equidistante no que diz respeito às partes.

No desenvolvimento dos pressupostos do Processo Constitucional coloca-se a idoneidade do juiz. Esse modelo constitucional de juiz assenta-se na preparação técnico-profissional do magistrado, como condição necessária a assegurar a probabilidade objetiva e correta do juízo.

O Processo Constitucional que se concretiza no modelo constitucional do processo demanda a definição de *parte*, vista sob a perspectiva da *legitimitatio ad causam ativa*, à *legitimitatio ad causam passiva* e à *capacidade* de ser parte.

As partes podem recorrer em juízo para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. É nesse sentido que ocorre a correlação necessária entre a situação jurídica substancial e o direito de ação ou à tutela jurisdicional de acesso ao sistema jurisdicional. A legitimidade ativa de agir ou a titularidade ativa da ação consubstancia-se na titularidade do interesse de defender direito ou interesse juridicamente protegido.

Paolo Barile, referindo-se à personalidade no direito constitucional italiano, entende a qualidade do sujeito como aquela em que o indivíduo é titular de situações jurídicas subjetivas, ativas e passivas, como as referentes a direitos invioláveis e deveres inderrogáveis, conferidos diretamente pela Constituição. O cânone constitucional da igualdade concretiza o direito, através da capacidade de todas as partes serem titulares de situações ativas e passivas, previstas na Constituição e na lei processual. A concessão objetivista da igualdade é traduzida na obrigação do legislador subconstitucional, de situar as partes no processo em posição paritária, assegurando situações simetricamente iguais.

Constituição, Processo e Jurisdição são assuntos que se completam, dentro da temática ora examinada. Gustavo Zagrebelsky, tratando da defesa da Constituição e da Justiça Constitucional, afirma que a Justiça Constitucional é aquisição recente do Direito Constitucional.

Para Gustavo Zagrebelsky (04), a natureza do uso judiciário da Constituição depende essencialmente do caráter de sua interpretação, pela Corte Constitucional. Reconhece que a compreensão dos aspectos fundamentais da interpretação constitucional pressupõe o conhecimento de temas importantes, da interpretação jurídica em geral.

O Processo Constitucional assenta-se em determinados princípios que consolidam sua concepção e suas práticas. O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. A publicidade processual está vinculada ao sistema democrático de governo, conforme afirmou Couture. É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores. No processo contemporâneo, em oposição ao procedimento secreto inquisitivo, surgem os princípios da publicidade e da oralidade que são correlatos. A publicidade não é apenas política, mas, também, técnico-jurídica. Contribui para assegurar a confiança da opinião pública na administração da justiça. Com a publicidade o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.

Os princípios constitucionais, como o da motivação, facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.

A motivação é constitucionalmente exigida, como ocorre com a Constituição espanhola, que diz ser necessário que as sentenças sejam sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública (art. 120.3.C.E.). Na STC 55/87, de 13 de maio, a jurisprudência dizia que a exigência da motivação das sentenças judiciais, relaciona-se de maneira direta, com o princípio do Estado democrático de Direito (art. 1 CE), sustentando a legitimidade da função jurisdicional.

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.

A doutrina tem examinado a categoria e natureza dos princípios processuais, inseridos na Constituição, dando-se importância, também, ao princípio da proporcionalidade e da oportunidade.

Certos princípios estão vinculados à Administração da Justiça, como o que se refere à independência do Poder Judiciário ou a inamovibilidade dos juízes. Essas garantias devem ser examinadas ao lado do acesso justiça, de modo igual e efetivo. O aprimoramento da Justiça e sua democratização leva à proteção jurisdicional dos interesses individuais, sociais, difusos e públicos em geral. A superação de organizações judiciais obsoletas conduzem ao aprimoramento dos direitos básicos da cidadania. Para isso, é preciso sabedoria no sistema de seleção dos magistrados.

O *Bundesverfassungsgericht* refere-se basicamente ao princípio da proporcionalidade, como proteção jurídico-fundamental da liberdade. Para Wolf, a proporcionalidade é uma das máximas jurídicas fundamentais, cuja expansiva e ilimitada eficácia não encontra parâmetro algum. A proporcionalidade entre os delitos e as penas é a primeira consequência que se tira do fundamento retributivo da pena.

Em todas essas ocasiões das práticas do direito, em que se confrontam os princípios da liberdade, com as garantias constitucionais, e a publicidade constitucional, é essencial que: *Todos tenham direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si, deduzida a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provar adequadas à sua defesa, a não prestar declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e a presunção de inocência.*

Esse art. 24.2, da Constituição espanhola de 1978, é uma síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania, considerada processualmente.

A gênese, métodos de elaboração e os objetivos do Processo Constitucional ocorrem dentro das coordenadas constitucionais, através da fundamentação e determinação de seus pressupostos e da definição da Jurisdição Constitucional, que procura ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa.

A constitucionalização do direito à jurisdição e amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva leva-nos à caracterização do Processo Constitucional (*El proceso constitucional*), com destaque para a eficácia dos direitos humanos. Essas garantias jurisdicionais para a tutela invocam temas essenciais ao assunto ora examinado, quando tratam de controle constitucional: controle político, sistema de origem e tradição francesa; controle descentralizado ou difuso através da jurisdição comum, por via indireta; controle centralizado, por via principal (*principaliter*) ou incidental (*incidenter*), com efeitos ab-rogativos.

José Fábrega P., tratando do Processo Constitucional, afirma que se interessava pela proteção por via processual ou através de incidência em um processo qualquer.

2. As perspectivas de uma teoria geral do processo constitucional no direito comparado. Particularidades do processo constitucional

Desde o aparecimento do trabalho de Hans Kelsen sobre a garantia jurisdicional da Constituição, também denominada de Justiça constitucional, que

esse tema passou a ocupar largos espaços no Direito comparado, utilizando-se, destacadamente, da questão da custódia da Constituição.

Nesse trabalho encontramos temas essenciais ao objeto inicial do Processo Constitucional, como: a jurisdição constitucional; o objeto do controle jurisdicional da constitucionalidade; o critério de controle jurisdicional da constitucionalidade; o resultado do controle jurisdicional da constitucionalidade e o procedimento do controle de constitucionalidade.

Seu trabalho apóia-se nas experiências no Tribunal Constitucional da Áustria, de conformidade com o texto de 1920.

Desde o aparecimento do controle, na Constituição austríaca de 1920, entendeu-se que a realização do controle judicial de questões constitucionais poderia ser conferido a tribunais ordinários ou a um tribunal especial, criado para exercê-lo. A Áustria decidiu, através da Constituição, que deveria ser previsto, especificadamente, um novo tipo de tribunal especial, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) para efetivar essa função.

Surge a Justiça Constitucional, sendo que Jellinek (*Une Cour constitutionnelle pour l'Autriche*, 1885), é lembrado pela possível filiação com a Corte austríaca de 1920 (05), através de estudos doutrinários.

A Corte constitucional austríaca é tida como protótipo das jurisdições constitucionais européias, caracterizadas por um sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis, diante do monopólio criado por essa Corte. (05).

Desde *Marbury v. Madison* e *Dred Scott case* (*Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393, 1857) e outros muitos casos, elaborou-se o *judicial review*, suas controvérsias e limitações.

Após a Segunda Guerra Mundial, o sistema europeu passou por nova fase, com grande repercussão na estruturação do Processo Constitucional. É nesse sentido que Jean-Claude Béguin afirma que o juiz pode ser erigido em "guardião da Constituição", de maneiras e modos diferentes. Nos Estados Unidos, ao juiz ordinário é reconhecido o direito de verificar a constitucionalidade das leis aplicáveis, de conformidade com certo tipo de procedimento. Esse sistema conduz à onipresença dos problemas constitucionais, através de questões judiciais. A Constituição deve ser a verdadeira e suprema regra que domina o conjunto do ordenamento jurídico. O sistema conduz ao reforço do Poder Judiciário, consequência natural, em países em que o juiz detém, verdadeiramente, fração da soberania do Estado.

O Tribunal Constitucional Federal alemão apresenta, entre as suas características, a da amplitude de sua competência: "O exercício dessa competência, passados mais de quarenta anos, por um lado, revelou uma mudança do papel da jurisdição constitucional (alemã) e, por outro, mostrou o Tribunal Constitu-

cional Federal, também como um fator de desenvolvimento dos princípios constitucionais."

Os estudos sobre o sistema alemão têm destacado os fundamentos do controle da constitucionalidade das leis, com comparações entre as tradições jurídicas da França e da Alemanha, a lógica do constitucionalismo e as particularidades das duas espécies de controle.

Com Bonn surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição, passando-se do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para certa forma de Estado dos juízes (*Richterstaat*), onde os doutrinadores reconheceram a promoção do Poder Judiciário, após 1949. Cada ordem constitucional necessita de um poder neutro. O poder jurisdicional, pela Lei Fundamental, é confiado aos juízes. A Corte constitucional de Karlsruhe criou normas sobre sua composição, estatuto e recrutamento, independente dos outros órgãos constitucionais e jurisdicionais, com técnicas de definição de competências e dos litígios entre os órgãos constitucionais (06).

Os estudos sobre o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos, com destaque para a interpretação ou criação judicial, a teoria interpretativa e as alternativas do interpretacionismo, enriquecem os debates em torno do Processo Constitucional.

Por outro lado, com grande significado para a *Teoria Geral do Processo Constitucional*, frente aos *Grandes Sistemas Jurídicos*, crescem os estudos sobre *Justiça Constitucional Comparada*, não apenas na Europa, mas também na América Latina (07).

Os estudos sobre hierarquia das normas jurídicas, a supremacia constitucional, o controle jurisdicional da constitucionalidade, estudos comparativos como sistema dos Estados Unidos mostram a atenção que essa temática vem tendo, de há muito. Esses trabalhos contribuíram para a melhor compreensão das relações entre Processo Constitucional e alguns aspectos da Teoria Geral do Processo, metodologia que vem aprimorando, nos estudos de Direito Comparado.

Os trabalhos que têm contribuído para a consolidação das regras básicas do Processo Constitucional na América Latina, além da obra marcante de Hector Fix-Zamudio no México, vêm obtendo grande significado com os estudos de Francisco Fernández Segado, da Espanha, e Domingo García Belaunde, do Peru. Pelo relevo e importância para o tema, desta-se a obra coletiva sobre a Jurisdição Constitucional (08).

Os trabalhos de Kelsen, Eisenmann e Mirkine-Guetzevitch deram grande alento a expressão Justiça Constitucional, que passou a ser empregada como sinônimo de Jurisdição Constitucional, por muitos autores.

Com a evolução doutrinária a concepção de Jurisdição Constitucional propiciou diversos questionamentos no que diz respeito ao controle das normas

e a noção supremacia constitucional. Com a criação de novos tribunais, as expressões jurisdição constitucional ou justiça constitucional passaram a ser objeto de diversas especulações, quanto ao alcance, a natureza e os efeitos das decisões dessa jurisdição especial.

O conteúdo do Processo Constitucional tem ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional. Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais, tomavam atenção de diversos estudiosos. Alguns intérpretes vêm a jurisdição constitucional, como objeto essencial das investigações sobre Processo Constitucional.

O nascimento e o desenvolvimento do modelo europeu de justiça constitucional foi examinado por Louis Favoreu, que através de breve histórico, mostra que anteriormente só havia um tipo de justiça constitucional, que era o oferecido pelos Estados Unidos. Essa instituição era identificada pela expressão *judicial review*, que não passa de um dos tipos de justiça constitucional.

O modelo europeu apareceu nos anos de 1920, sendo que entre as duas guerras foram conhecidos: na Áustria (1920-1936), na Checoslováquia (1920-1938) e na Espanha republicana (1931-1939).

É conhecido como “modelo austríaco”, desde que a Alta Corte Constitucional da Áustria foi uma das suas primeiras ilustrações, que teve em Hans Kelsen seu primeiro teórico. Após a Segunda Guerra Mundial ele foi adotado por várias Constituições da Europa e de outros Estados: República Federal da Alemanha, em 1949; Itália, em 1948; França, em 1958; Chipre, em 1960; Turquia, em 1961; Portugal, em 1976; Espanha, em 1978; Bélgica, em 1984 e a Iugoslávia, em 1963, Hungria, em 1984 e Polônia, em 1985.

Novas Cortes constitucionais, como as da Hungria, România, Eslovênia, Bulgária e Rússia e outras, ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação. Distantes do modelo europeu estão a Dinamarca, a Irlanda, a Noruega, a Suécia e a Grécia que optaram pelo modelo americano. A Suíça apresenta situação particular. A Grã-Bretanha, os Países Baixos e Luxemburgo são desprovidos de todo sistema de justiça constitucional.

Comparando-se o modelo europeu com o modelo americano, aponta o publicista francês seis características essenciais.

- a existência de um contencioso constitucional, distinto dos outros contenciosos;
- o monopólio de julgamento desse contencioso, em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal constitucional;
- a especificidade dessa Corte;
- as condições decorrentes de suas próprias faculdades;
- a natureza do contencioso constitucional;

— as conseqüências que resultam dos efeitos das decisões ou arestos feitos pelas Cortes ou Tribunais constitucionais.

A singularidade da Corte constitucional, para Louis Favoreu, resulta menos de sua composição, do que de ausência de vinculações ao aparelho jurisdicional ordinário. A Corte constitucional não se submete ao edifício jurisdicional, ela não o integra e não tem qualquer liame estrutural com ele. Sua posição é muito particular, na ordem jurídica e constitucional.

Outra característica do modelo europeu, em comparação com o sistema americano, é que nessa espécie de controle, normalmente são os indivíduos que dão origem às questões constitucionais, pela via de exceção, levantada no curso de um processo ordinário, perante qualquer que seja o tribunal. No sistema europeu, pode-se dizer que os indivíduos não constituem, senão uma das categorias de requerentes.

O controle de constitucionalidade das leis, na Europa, pertence a três categorias de requerentes: as autoridades políticas ou públicas, os tribunais e os indivíduos.

No que se refere aos efeitos das decisões, eles não são os mesmos nos dois sistemas. Pelo modelo americano, a decisão do tribunal, com base em uma exceção de inconstitucionalidade, não pode ter efeitos relativos, ao passo que as decisões das Cortes constitucionais têm efeitos *erga omnes*, com exceção das decisões sobre o controle concreto pelo Tribunal constitucional português e de Corte de Arbitragem belga. Eles pronunciam-se sobre inconstitucionalidade de disposições legislativas, submetidas ao seu controle.

A Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com os outros modelos, dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com a competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum. Enquanto que a Corte constitucional é uma jurisdição “especializada”, a Corte suprema é uma jurisdição “generalista”. A Corte suprema conhece de todos os contenciosos (civil, administrativo, penal, comercial ou constitucional), enquanto que a Corte constitucional é exclusivamente competente para apreciar matéria constitucional. A Corte constitucional é jurisdição “especializada”, de competência exclusiva. Ela monopoliza o julgamento do contencioso constitucional. Não faz, normalmente, parte da organização jurisdicional ordinária. Na apresentação das grandes decisões, Louis Favoreu e Loïc Philip, fazendo estudo geral da importante instituição, que é o Conselho Constitucional indagam, preliminarmente, se o Conselho Constitucional é uma jurisdição, dizendo que alguns contestam essa configuração.

Em seu trabalho sobre as Cortes Constitucionais, Louis Favoreu destaca alguns modelos, partindo da Corte Constitucional austríaca, por ser a mais antiga

das Cortes constitucionais, ao criar o modelo que inspirou as outras Cortes instituídas na Europa, considera que ela tem um predecessor, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*), criado pela Constituição de 21 de dezembro de 1867, na qual os cidadãos podiam encaminhar recursos por violação de seus direitos, constitucionalmente garantidos, direitos enumerados na Constituição e que permanecem até hoje, como base de controle de constitucionalidade. Examina sua composição e funcionamento, com destaque para o período de 1920 a 1929; a nomeação de juiz titular e suplente; as funções dos membros da Corte constitucional; a remuneração dos juízes constitucionais; os membros da Corte constitucional; funcionamento; atribuições; o controle de constitucionalidade das leis; o controle “*a priori*”, o controle “*a posteriori*”; as decisões da Corte e seus efeitos, jurisprudência (princípio de legalidade, proteção dos direitos humanos, influência sobre a ordem jurídica e política).

Em seguida examina a Corte Constitucional da Alemanha, considerada como um dos principais acontecimentos na Europa Ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista a extensão da justiça constitucional, em formas de tribunais especiais. A Áustria criou, em 1920 o primeiro Tribunal Constitucional europeu, sendo que após 1945 retornou a essa tradição, com novo Tribunal. O Tribunal Constitucional alemão iniciou suas atividades em 1951, sendo que o italiano surgiu em 1956, ao passo que o Conselho Constitucional francês é criado em 1958, considerado a única instituição nova estabelecida pela Constituição gaullista. A Espanha criou seu Tribunal, com a Constituição de 1978. Estados importantes da Europa passaram a criar esses tribunais. A Suíça consagra um tipo de justiça constitucional, de caráter limitado, em forma de recurso ao Tribunal Federal, através do qual se pode impugnar atos de cantões, lesivos aos direitos individuais, de caráter individual. Especula-se, nesse país, a possibilidade de ampliar notavelmente a justiça constitucional. Na Grã-Bretanha submeteu-se à jurisdição da Comissão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, que desde então pode atacar nesta instância atos do poder público inglês que tenham infringido direitos fundamentais, garantidos pela Convenção. O Tribunal de Estrasburgo sentenciou sobre casos que afetava a Grã-Bretanha, como o caso *Sunday Times* (09).

O Tribunal Constitucional situa-se à margem da estrutura hierárquica dos demais órgãos judiciais, não depende administrativamente de nenhum Ministério, nem está submetido a qualquer forma de supervisão pelo Executivo. Ele exerce sua jurisdição por meio de distintas classes de recurso, aproximadamente quinze recursos, de conteúdo diferente. Esses regulam quem está legitimado para sustentá-lo ante o Tribunal e quem pode ser parte. A regulação do acesso ao Tribunal é questão fundamental em toda justiça constitucional. O objeto do recurso, os efeitos das sentenças, o procedimento e a legitimação processual estão indissolúvelmente ligados. Especialmente o objeto da causa pode ser

separado do problema da legitimação, sendo que a eficácia do controle modifica substancialmente o círculo de pessoas, legitimadas na formulação do recurso.

Na prática do Tribunal Constitucional, destacam-se alguns recursos:

a) *Conflitos entre a Federação e os Estados-membros*: decide diferenças entre o Estado Federal central e os *Länder*, em relação às suas respectivas competências e obrigações, frente à ordem constitucional federal, especialmente na distribuição de competências, em matéria legislativa e execução do Direito Federal pelos *Länder*; assim como o exercício do direito federal de supervisão (*Bundesaufsicht*). Nesses recursos só pode ser parte o governo federal e os *Länder*.

b) *Recursos denominados conflitos entre órgãos*. O Tribunal Constitucional decide sobre a interpretação da Lei Fundamental, com análise das diferenças sobre o alcance dos direitos e deveres dos órgãos supremos federais e outros interessados.

c) *O recurso sobre o controle abstrato de normas*. O Tribunal Constitucional resolve diferenças de critérios ou dúvidas que podem surgir, sobre a compatibilidade na forma ou no fundo do direito federal ou do direito autônomo dos *Länder*, promovendo a harmonia entre o Direito autonômico e o federal.

d) *O procedimento de controle normativo por via incidental*. Qualquer Tribunal da República Federal da Alemanha tem direito e dever de comprovar se um procedimento judicial, no que se refere às dúvidas sobre a inconstitucionalidade, está correto ou não.

e) *O recurso de amparo*. Qualquer pessoa pode dirigir-se ao Tribunal, alegando que, em virtude de ato de autoridade pública, sofreu lesão em alguns de seus direitos fundamentais de caráter individual, constitucionalmente protegidos ou algum direito subjetivo determinado, garantido pela Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional interpreta, em alto nível, seu papel, pelo que encontra aprovação da opinião pública, pelo que goza de grande prestígio.

Como Corte federal, a Corte Constitucional estatui litígios entre a Federação e os *Länder*, realizando julgamento entre órgãos. Controla a constitucionalidade das Leis e dos Tratados. Existem várias formas procedimentais: *controle “a posteriori”, controle abstrato das normas, controle concreto das normas, recurso constitucional, por iniciativa dos indivíduos*.

Louis Favoreu dá destaque, ainda, à Corte Constitucional italiana (composição, funcionamento, atribuições, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei, o controle posterior por via de ação e por via de exceção, o procedimento perante a Corte).

Destaca, também, a composição e o funcionamento do Conselho Constitucional francês, os procedimentos, atribuições, o controle da entrada de normas internacionais na ordem jurídica interna, o controle de constitucionalidade das leis (*controle preventivo, controle a posteriori*).

Em seguida apresenta o Tribunal Constitucional Espanhol (composição, funcionamento, mandato dos juízes, atribuições, controle de constitucionalidade das leis do Estado e a jurisprudência). Na análise das diversas Cortes Constitucionais, destaca o Tribunal Constitucional de Portugal (composição, atribuições, controle de constitucionalidade das leis (preventivo e *a posteriori*)).

Finalmente, trata da *Corte de Arbitragem Belga*, desde que a lei especial de reformas institucionais de 8 de agosto de 1980, previu uma *Corte de Arbitragem*, no artigo 107 da Constituição. A lei de 28 de julho de 1983 estabeleceu a organização, as atribuições e o funcionamento dessa Corte.

Mencionando outras Cortes, Louis Favoreau destaca o seu desenvolvimento, com atividade reduzida, na Europa, África, Ásia e América Latina. Ressalta, ainda, o Tribunal Constitucional polonês, a Corte Constitucional da Hungria, a Corte Constitucional “tchèque” e “slovaque”, com menção à Alta Corte Malgache, a Alta Corte constitucional do Egito, o Tribunal constitucional sul-coreano. Nesse amplo levantamento, ressalta o papel das Cortes constitucionais da América Latina (Guatemala, Chile, Peru).

A formação do sistema europeu de controle de constitucionalidade deu grande destaque à Jurisdição constitucional, como procedimento judicial destinado a garantir, de modo imediato, a eficácia da Constituição. Nas diversas maneiras de sistematização processual, do controle de constitucionalidade, surgem alguns temas básicos, sempre presentes na *Teoria Geral do Processo Constitucional*:

- a) O sujeito ou parâmetro do controle deve começar pela descrição da norma, pressuposto do procedimento de controle;
- b) O objeto do controle, isto é, as questões que podem ser levantadas para o exame do assunto, tendo em vista a qualificação das normas;
- c) Manifestações de inconstitucionalidade, como exame da distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material; inconstitucionalidade direta ou mediata; inconstitucionalidade indireta ou imediata; inconstitucionalidade extrínseca ou intrínseca;
- d) O órgão de controle: o caráter único e específico do órgão de controle, sua competência, composição;
- e) Legitimação e procedimento de controle, o controle abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*) e o controle concreto (*Konkrete Normenkontrolle*), são os procedimentos de controle, que dão lugar a um processo autônomo de constitucionalidade.
- f) Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade podem ser vistos sob a perspectiva do princípio dos efeitos imediatos ou gerais (*erga omnes*) ou efeitos *pro praeterito* ou *ex tunc* (declarativos), efeitos *pro futuro* ou *ex nunc* (constitutivos) ou efeitos retardados.

O ordenamento constitucional suíço (28) apresenta certas características, como um modelo de controle de constitucionalidade, autônomo, concentrado e com efeitos gerais da inconstitucionalidade das leis. Só as leis cantonais e não as federais podem ser declaradas inconstitucionais. Trata-se de um controle mais de *federalidade*, isto é, a adequação dos ordenamentos cantonais ao ordenamento federal. É a consolidação do *setor federal* do ordenamento, frente ao setor cantonal. A Constituição de 1848 prevê um Tribunal Federal, sendo que suas competências de ordem constitucional são bem reduzidas. Os próprios conflitos de competência entre Federação e cantões servem para proteção dos direitos fundamentais.

Na Suíça o controle de constitucionalidade das leis ou a jurisdição constitucional tem seu principal instituto no recurso de defesa dos direitos constitucionais, perante o Tribunal Federal. É o recurso do direito público (*staatsrechtliche Beschwerde, recours de droit public*): art. 113: O Tribunal Federal conhece de recursos por violação dos direitos constitucionais dos cidadãos, bem como dos recursos de particulares por violação de concordatas e tratados.

O recurso de direito público está concentrado em um órgão jurisdicional, o Tribunal Federal, sem que exista instituição paralela nos cantões.

Existem normas procedimentais para o recurso, sendo que qualquer cidadão que se vir afetado por determinada norma pode impugná-la. É uma legitimação muito ampla, certos direitos são imprescritíveis. Quanto às conseqüências das sentenças, no que toca à apreciação da norma cantonal, declarada nula, produz efeitos *erga omnes*. Na Suíça o controle concentrado não dispensa o controle difuso.

Giuseppe de Vergottini, dedicando-se à tutela das Constituições, ressalta que é natural à formação da Constituição a predisposição de consagrar expedientes dirigidos a garantir sua observância e sobrevivência. Ao tratar das modalidades de tutela e dos instrumentos técnicos de controle, analisa os que provêm do controle de constitucionalidade. Tratando do controle jurisdicional difuso e do concentrado, das modalidades de atuação do controle e o controle de constitucionalidade, mediante a garantia jurisdicional dos direitos, afirma que o modelo austríaco alcançou grande êxito, sendo seguido, apesar das diferenças, pela Constituição italiana de 1948 (artigos 134-137) que previu a ação direta por obra do governo e das juntas regionais.

A Corte Constitucional italiana, no que se refere à sua natureza, composição e prerrogativas, tem caráter acentuadamente judicial, não postulando necessariamente a unicidade do tribunal competente para exercê-lo. A competência da Corte Constitucional é determinada, não de maneira exclusiva, pelo artigo 134 da Constituição: controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei; conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, ou entre o Estado e as regiões, acusação contra o Presidente da República ou

Ministro). Diferentemente do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, a Corte Constitucional da Itália carece, pelo contrário, de competência para o contencioso eleitoral, bem como em recursos contra atos administrativos ou decisões judiciais inconstitucionais.

Gustavo Zagrebelsky, ao examinar a inconstitucionalidade da lei em geral, afirma que a matéria é examinada quando a norma entra em atrito com a Constituição. Compete ao órgão de justiça constitucional defrontar a lei com o parâmetro constitucional, podendo harmonizar a parte incompatível ou eliminar a lei inconstitucional. A inconstitucionalidade é prevista de maneira indiferenciada. Analiticamente, a norma constitucional apresenta as seguintes categorias:

- a) impõe ou exclui determinado conteúdo da lei;
- b) estabelece a forma de procedimento da atividade legislativa;
- c) regula a esfera de competência respectiva, dos diversos sujeitos, entre os quais a função legislativa repartida.

A esse modo de ser da norma constitucional, podem ocorrer três vícios na lei:

- a) inconstitucionalidade substancial ou material, atinente ao conteúdo;
- b) inconstitucionalidade formal, atinente ao procedimento de formação;
- c) inconstitucionalidade por incompetência, atinente ao sujeito.

Pizzorusso, tratando da organização do Tribunal Constitucional, ressalta o princípio de constitucionalidade, na mesma ocasião em que destaca claramente essa função arbitral entre os diversos poderes do Estado. Está aí o tríplice modo de designação dos juízes constitucionais, nomeados em uma terça parte pelo Parlamento, em sessão conjunta e nos dois terços restantes pela suprema magistratura (ordinária e administrativa) e pelo Chefe de Estado, respectivamente. Criou-se um *órgão síntese*, a partir dos três poderes do Estado.

Na definição de suas funções ressalta-se o papel de órgão garante dos direitos fundamentais do cidadão, árbitro dos conflitos entre os titulares das supremas magistraturas do Estado e entre os Estados e as Regiões. Ressalta-se a função eminentemente garantista do controle de constitucionalidade das leis, em via incidental.

O novo constitucionalismo espanhol vem destacando a importância da justiça constitucional e do exame de constitucionalidade das leis. Francisco Fernandez Segado diz que a Jurisdição Constitucional tem por objeto decidir, de modo imparcial, direito objetivo, mediante procedimento de órgãos especiais, o cumprimento, tutela e aplicação das normas jurídicas constitucionais, esclarecendo com acerto a temática constitucional. Através da Jurisdição Constitucional assegura-se a ordem fundamental, na medida em que se aplicam aos casos concretos as normas constitucionais, esclarecendo-se seu âmbito de aplicação e garantindo o cumprimento da lei fundamental, que prevalece sobre a lei ordinária (10).

Ao apreciar os sistemas de jurisdição concentrada e difusa, ressalta a generalização da existência da Jurisdição Constitucional, ao mesmo tempo que examina os modelos da Itália e da República Federal Alemã.

A Constituição espanhola contempla o Tribunal Constitucional, no Título IX, nos artigos 159 a 165. Francisco Fernandez Segado ressalta, ao examinar a natureza do Tribunal Constitucional espanhol, que é um órgão de natureza jurisdicional. É o intérprete supremo da Constituição, sendo que os modelos germano-federal e o italiano influenciaram na configuração desse Tribunal Constitucional. Quanto à competência do Tribunal Constitucional, encontramos:

- a) Recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas, com força de lei;
- b) Recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades, mencionados no art. 53.2 da Constituição, liberdades e direitos reconhecidos no art. 14 na seção primeira do capítulo 2º, do Título I, assim como o direito à objeção de consciência do art. 30.21;
- c) Dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou dos entre elas próprias;
- d) Das demais matérias que lhes são atribuídas pela Constituição ou pelas leis orgânicas (11).

No mesmo sentido o art. 161.2 contempla a impugnação ante o Tribunal, pelo governo, de disposições sem força de lei e resoluções das Comunidades Autônomas, enquanto que o art. 163 constitucionaliza a questão de inconstitucionalidade, promovida por juízes e Tribunais. O art. 2º da LOTC desenvolve preceitos anteriores, declarado o Tribunal competente para o conhecimento, dos casos, na forma determinada pela própria lei, as seguintes questões: a) o recurso e a questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei; b) recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades públicas, relacionados no art. 53.2 da Constituição; c) conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades ou entre elas próprias; d) conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado; e) controle prévio de constitucionalidade, nos casos previstos na Constituição na LOTC; f) impugnações previstas no art. 161.2, da Constituição; g) verificação das nomeações de Magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar se os mesmos reúnem os requisitos requeridos pela Constituição e a LOTC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional); das demais matérias, atribuídas a ele, pela Constituição e Leis Orgânicas.

Quanto aos Recursos sobre a constitucionalidade das leis, na Espanha, dois são os tipos de recursos: a) o *recurso direto*, denominado de "*recurso de inconstitucionalidade*", que tem como finalidade determinar, em abstrato, a inconstitucionalidade de uma norma; b) *recurso indireto ou incidental*, denominado "questão de inconstitucionalidade", que tem como objeto a concreção

da inconstitucionalidade de uma norma, em função de um processo ordinário, quando se questiona sua aplicação.

Examina, ainda, a problemática da compatibilidade entre os dois tipos de recursos, bem como a função e o objeto desses recursos.

A doutrina espanhola tem dedicado vários estudos sobre o Tribunal Constitucional, bem como temas referentes a jurisdição, independência dos juízes, juízes e responsabilidade do Estado ou as relações entre o Tribunal Constitucional e o Poder Judiciário.

Nas indagações sobre Processo Constitucional, na Espanha, destacam-se os trabalhos sobre o controle de constitucionalidade e o Amparo. Nesses estudos a Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais têm grande importância.

As condições do amparo pressupõem agravo, ofensa, dano ou prejuízo aos direitos individuais, denominados de garantias constitucionais. Esses antecedentes ou requisitos são imprescindíveis à sua utilização. A violação deve referir-se à parte dogmática da Constituição, sendo que devemos também, acrescentar o aspecto procedimental. A Constituição espanhola (art. 103) menciona as leis e os atos de autoridade que violem as garantias individuais, ainda que possam ser invocadas violações a outros preceitos.

Dentro da temática do Processo Constitucional, torna-se necessário recordar os requisitos e pressupostos para a sua propositura. Não satisfazer os requisitos, equivale a não apresentar a própria queixa, por seus próprios efeitos assemelha-se ao mesmo que não demandar. E o requisito *in limine litis*. A falta de interesse ou de condições, bem como ausência dos pressupostos, impede a efetivação do procedimento adequado.

Eduardo Garcia de Enterría, ao examinar o Tribunal Constitucional espanhol de 1978 e seus poderes, entende que o modelo adotado inspira-se no sistema alemão. Afirma, ainda, que a espécie adotada pela Alemanha, comparada com os outros Tribunais constitucionais, é a que tem a jurisdição mais ampla. Essa conclusão foi igual à que chegou o colóquio internacional comparatista, sobre "*La justicia constitucional en la actualidad*" pelo Instituto Max-Planck, de Heidelberg.

No que se refere ao Tribunal Constitucional espanhol, partindo da Constituição e da Lei Orgânica, de 3 de outubro de 1979, ao traçar as competências do órgão constitucional, enumera que são de quatro ordens.

Em Portugal, a primeira função do Tribunal Constitucional, que está assentada essencialmente na origem de sua criação, é a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, exercendo o controle da conformação das demais normas, com os princípios e regras da Constituição. É um órgão constitucional, cuja natureza e estatuto constitucional apresentam várias especificidades, no que se refere a composição, competência e funcionamento. Tem atuação substancial no próprio sistema constitucional do poder: "Como tribunal,

o Tribunal Constitucional compartilha das características próprias dos tribunais: um órgão de soberania (art. 205 da Constituição); é independente e autônomo, não funcionando junto de qualquer outro órgão nem está dependente de nenhum; os seus juízes são independentes e inamovíveis; as suas decisões impõem-se a qualquer outra autoridade. Mas, diferentemente dos demais tribunais, o Tribunal Constitucional tem sua composição e competência definidos diretamente na Constituição; os seus juízes são majoritariamente eleitos pela Assembléia da República; dispõe de autonomia financeira e de orçamento próprio, inscrito autonomamente entre os "encargos gerais da Nação"; define, ele próprio, as questões relativas à delimitação da sua competência.

Na ordenação constitucional dos tribunais, o Tribunal Constitucional surge em primeiro lugar, precedendo as demais *categorias dos tribunais*. Com efeito dispõe o art. 212 da Constituição, sob a epígrafe categorias de tribunais:

1 — Existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Tribunal Constitucional;
- b) Tribunais judiciais de primeira instância, de segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça;
- c) O Tribunal de Contas;
- d) Tribunais militares.

No levantamento da estrutura do Tribunal Constitucional examina-se sua formação, instalação, estatuto dos juízes, organização, funcionamento, publicação de suas decisões, cooperação com outros tribunais congêneres, competência e Processo no Tribunal de Contas. Destacam-se os processos relativos ao controle da constitucionalidade e legalidade; garantia da Constituição, do regime constitucional e da autonomia regional; processos de fiscalização da constitucionalidade; processos de fiscalização da legalidade; processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; processos relativos ao Presidente da República; processos eleitorais; processos relativos a partidos e as coligações; processos relativos à organização de ideologia fascista; processos relativos à verificação da constitucionalidade e da legalidade dos referendos locais; processos relativos a declarações de patrimônio e rendimentos dos titulares de cargos públicos.

Desde o livro de Jorge de Miranda "*Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*", onde o mencionado autor ressalta o papel da garantia jurisdicional como o melhor instrumento para a norma garantida, isto é, norma constitucional garantida, que o *princípio da constitucionalidade* transformou-se em *ratio legis* para a justificação de todos os seus pressupostos e importância: "A garantia jurisdicional salienta-se, pois, por se ligar a um princípio da constitucionalidade, que se converte em princípio geral do Direito Constitucional. Trata-se então de um princípio geral que se derroga, numa fase determinada da evolução do Estado e levando e simbolizando uma determinada revalorização

da Constituição; se bem que sempre jurídica, já não é captada politicamente para o ser juridicamente.”

A publicística portuguesa tem consagrado as expressões *Jurisdição Constitucional* e *Justiça Constitucional*, ressalta que com a Constituição da República de 1976, e mais precisamente com a revisão de 1982, instituiu-se em Portugal uma jurisdição constitucional autônoma.

Mas, como ressalta José Manuel M. Cardoso da Costa, mesmo antes já havia em Portugal garantia contenciosa da Constituição. Como outros doutrinadores, no exame do Estatuto constitucional e organização do Tribunal Constitucional, entende que ele foi instituído para exercer função específica, diferenciada dos demais tribunais. Referindo-se à sua composição um dos seus fontes característicos, menciona a intervenção direta de um órgão político na designação dos juízes do Tribunal. Exige a Constituição, para o desempenho desse *munus*, adequada qualificação acadêmica ou profissional, para o exercício das atividades jurídicas. O juiz constitucional não é vitalício, mas temporário.

O Tribunal tem tratamento constitucional e é dotado de autonomia orgânica, no que se refere aos demais tribunais, sendo que a Constituição estabelece o núcleo de sua competência, dispondo de particular autonomia no domínio administrativo e financeiro, como órgão jurisdicional de controle normativo (da *constitucionalidade e da legalidade*). No domínio do controle normativo, sua competência, é vasta e completa: controle abstrato (sucessivo), controle concreto (em via de recurso de decisões judiciais) da generalidade das normas jurídicas. Existe, também, o controle preventivo de certas categorias de normas.

Tratando da Justiça Constitucional, no quadro das funções do Estado, vistas à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre constitucionalidade de normas jurídicas, José Manuel M. Cardoso da Costa apresenta-nos as características essenciais do modelo português ao destacar os órgãos da Justiça Constitucional: “Sob o ponto de vista dos “órgãos da justiça constitucional”, continua a verificar-se nos diversos ordenamentos jurídicos e jurídico-constitucionais europeus uma clara distinção ou contraposição entre aqueles que prevêm e os que não prevêm uma instituição jurisdicional específica para o exercício dessa função, ou parte dela”.

Esse trabalho é de grande importância para a compreensão dos aspectos constitucionais e processuais da Justiça Constitucional (órgão da Justiça Constitucional; modalidades e vias processuais de controle da constitucionalidade — controle preventivo e sucessivo; controle (abstrato) principal e controle (incidental); requerimento individual e queixa constitucional; outros; âmbito e objeto do controle: leis e outros preceitos jurídicos; preceito e norma; omissões legislativas; padrões ou parâmetros do controle; conteúdo das decisões (os tipos simples ou extremos); os tipos intermediários (interpretação conforme Constituição; inconstitucionalidade parcial; decisões apelativas e de meio reconheci-

mento da inconstitucionalidade; decisões construtivas; outros; decisões integrativas e substitutivos; vinculatividade das decisões (eficácia limitada ao caso e eficácia *erga omnes*; força de caso julgado; força de lei; força obrigatória geral (precedente); vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas decisões; eficácia temporal das decisões (eficácia “ex nunc” ou “ex tunc”); eficácia *pro futuro*; efeito da repriminção; os poderes dos órgãos da justiça constitucional na determinação do conteúdo e efeitos das suas decisões (síntese conclusiva): predeterminação constitucional ou legal e autonomia dos Tribunais; âmbito, os limites e o significado desses poderes face ao poder legislativo, aos tribunais em geral e aos tribunais internacionais ou supranacionais (12).

3. Processo constitucional: Conceito, natureza e objeto, ação e legitimação

Com as tendências para a sistematização do Processo Constitucional, vários autores passaram a examinar os institutos básicos para a sua efetivação, bem como sua estruturação.

O Processo Constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

Francisco Fernandez Segado, ao tratar dos *princípios constitucionais processuais*, refere-se aos seguintes:

- a) *princípio da publicidade*;
- b) *princípio da oralidade*;
- c) *princípio da motivação da sentença*;
- d) *princípio da gratuidade da justiça*.

As Constituições normalmente estabelecem os princípios básicos, inerentes ao Processo Constitucional.

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (*jurisdição, ação e processo*) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.

A legitimação processual visa atender a qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere a legitimação processual, visa ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares.

Em todos esses momentos surgem os questionamentos entre a relação jurídica e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorrem relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual. Chiovenda, no que se refere a relação jurídica, ao explicar as vinculações emergentes do processo, destaca três interesses primordiais (*Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*).

O Processo Constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte, sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo.

As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra *warranty*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (*to warrant*).

Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek preocuparam-se com as garantias, como procedimentos para assegurar o império da Constituição, frente às normas jurídicas secundárias. Nas Constituições modernas, os *princípios de reserva* definem-se como aqueles em que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

A defesa constitucional implica no conceito genérico de proteção das disposições fundamentais, com preocupações garantísticas, preventivas e preservativas.

A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional. Garante-se não somente o direito de *peticionar* e de ser ouvido, mas o *direito ao processo*. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema.

O Processo Constitucional de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.

Jesús Gonzáles Pérez, em minucioso estudo, examina todas as perspectivas do Processo Constitucional, dando relevo à natureza do procedimento, dizendo que é ele uma noção formal que se refere ao aspecto dinâmico, de um fenômeno que se concretiza, em uma sucessão de momentos e atos, que se realizam em uma pauta para resolver e alcançar resultados práticos.

O Processo Constitucional aponta diversos instrumentos de proteção, sendo que são relacionados, dentre outros, alguns de uso mais comum: *habeas corpus*, *mandado de segurança* “*writ of injunction*”, *habeas data*, *ação ou recurso de inconstitucionalidade*, *ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, *amparo*, “*writ of error*”, “*writ of certiorari*”, “*writ of prohibition*”, “*quo warranto*” etc.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade

dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação.

O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: *o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional); recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade.*

Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da *Teoria Geral do Processo Constitucional*.

As discussões sobre Processo Constitucional ou Jurisdição Constitucional e Justiça Constitucional, em certos momentos, foram usadas como sinônimas. Com o tempo aparece a nova disciplina que é considerada como processual, sob a denominação de Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional. Entretanto, o Processo Constitucional, que usa a Constituição e o Processo, não se afasta do Direito Constitucional, sendo que no levantamento de seu conteúdo prevalece a temática constitucional: *Jurisdição, Garantias constitucionais, Processo, órgãos constitucionais e sistemas de jurisdição constitucional.*

Domingo Garcia Belaunde, por mais de uma vez, tem demonstrado como o tema passou a ter grande importância na América Latina (*Processos Constitucionais, Tribunal de Garantias Constitucionais, Garantias constitucionais, um novo Tribunal Constitucional, o controle difuso*), menciona a disciplina *Derecho Procesal Constitucional*. Afirma, que em um sentido amplo, todos os Processos são constitucionais, desde que têm base na Constituição, e os mesmos se desenvolvem de conformidade com os princípios assentados na Constituição. Os processos constitucionais, em sentido estrito, são os que expressamente, designados na Constituição, defendem diretamente certos valores e princípios constitucionais. No Peru, aponta cinco processos constitucionais (*amparo, inconstitucionalidade (como cuestión prejudicial y como acción), Acción popular e Juicio Político*).

No Brasil, conforme documentamos em trabalhos como “*Processo Constitucional*”, “*Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*” e “*Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*”, existe ampla bibliografia sobre as formas de controle de constitucionalidade das leis e os direitos fundamentais.

Essas múltiplas indagações, além de destacarem os fundamentos e evolução do controle de constitucionalidade, ressaltam o papel dos direitos individuais.

Outros trabalhos ressaltam o relacionamento entre a constituição e o Poder Judiciário, como ocorre com as apreciações de Piroto Ferreira (*A Jurisdição*

Constitucional), Aroldo Plínio Gonçalves (*Poder Judiciário*) e Carlos Mário da Silva Velloso (*Problemas e Soluções na Prestação da Justiça*).

Compondo temas essenciais ao Processo Constitucional, ao lado de análises de instrumentos para sua efetivação, entre outros trabalhos encontramos os de Paulo Bonavides, Ivo Dantas, José Afonso da Silva, Nagib Slabi Filho, Paulo Lúcio Nogueira, José da Silva Pacheco e Paulo Napoleão Nogueira da Silva e outros.

4. A proteção judicial dos direitos fundamentais

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

A proclamação que advinha da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem”, em seu artigo 16 (as sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes.

Teoricamente reconhecia-se aos cidadãos direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior, desde que não eram auto-aplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que se tornam eficazes.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional. O bloco garantista consagra mecanismos variados e, alguns têm caráter abstrato. Certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de um direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação.

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada

para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional.

A efetividade prática dos direitos fundamentais está ligada às questões da jurisdição constitucional, conforme atestam o “*modelo europeu de justiça constitucional*” ou pelo “*judicial review*” norte-americano da constitucionalidade das leis por juízes ordinários. A tarefa pode ser objeto de um Tribunal único e especializado, com função principal e fundamental, do controle concentrado da constitucionalidade das leis, instrumento de consolidação e garantia do sistema democrático. É nesse sentido que Rivero afirma que os Tribunais Constitucionais converteram-se em um dos componentes do *Direito público comum europeu*.

Dentro dos princípios do Processo Constitucional examina-se os procedimentos e as técnicas de proteção dos direitos fundamentais, com análises dos objetivos de sua efetivação e seus efeitos, dando-lhe certa amplitude conceitual (56).

Rubio Llorente, falando sobre a função do recurso de amparo, afirmou que ele serve de instrumento para precisar, definir e quando necessário redefinir continuamente, o conteúdo dos direitos fundamentais ou conflitos de competências (REDC, num. 4, 1982).

Afirma que ocorre a judicialização do ordenamento, nos termos da tradição jurídica anglo-saxônica. A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais permite a elaboração de uma *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Analisando-se o conteúdo da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, no que se refere aos direitos constitucionais, a jurisprudência destaca o princípio da igualdade e as garantias processuais. Retira-se da jurisprudência constitucional temas básicos para o Processo Constitucional: capacidade processual para ativar o processo de garantia dos Direitos Fundamentais, referindo-se em concreto à titularidade desses direitos; o Tribunal espanhol admitiu que são sujeitos dos direitos fundamentais não apenas os espanhóis, mas, também, os estrangeiros, as pessoas morais e jurídicas, bem como os sindicatos; a doutrina e a jurisprudência esforçam-se em construir novas categorias explicativas da natureza jurídica dos preceitos constitucionais reguladores dos direitos fundamentais.

O âmbito de vigência dos enunciados constitucionais tem sido examinado pelo Tribunal Constitucional espanhol, com algumas orientações: a noção de que a Constituição goza de eficácia imediata, pelo que é geradora dos mesmos direitos subjetivos; a eficácia imediata, em certa medida, é retroativa; a eficácia imediata, sem necessidade de mediação legislativa, nem reinterpretação de princípios gerais do ordenamento privado.

Ressalta Jorge Miranda a abertura para novos direitos, desde que a Constituição portuguesa reconheça que os direitos fundamentais não são apenas o que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também os provenientes de outras fontes, em uma perspectiva mais ampla da Constituição material. É nesse sentido que, referindo-se ao art. 16º, nº 1, fala de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade de direitos fundamentais*.

No Processo Constitucional, como instrumento básico de efetivação dos direitos fundamentais e processuais, convém assinalar certos pressupostos básicos:

O Processo Constitucional pode ser assim esquematizado:

a) O *direito de ação* e o *direito de defesa judicial* são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de *due process of law*, processo que deve ser *justo e leal*.

b) Reconhece-se a todos a garantia constitucional do direito de agir em juízo. Todos podem recorrer em juízo para proteger ou tutelar os próprios direitos e interesses legítimos.

c) Consagra-se a garantia do direito inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau de procedimento. A defesa é um direito inviolável de cada cidadão.

d) As partes são iguais perante o juiz.

e) Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Consagra-se a naturalidade e não a extraordinariedade do juiz. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais, a não ser seções especializadas para certas matérias.

f) Garante-se a legalidade da pena e da medida de segurança. Pesa sobre a sentença de provimento sobre a liberdade pessoal o controle da legitimidade, mediante recurso. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor, após o cometimento do delito. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei. Todas as medidas jurisdicionais devem ter motivação.

g) A tutela jurisdicional do direito e do interesse legítimo contra atos da Administração pública é essencial. Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.

Como afirma Paolo Barile, esse rico acervo de normas constitucionais tende a estabelecer a paridade dos recursos das partes.

A garantia efetiva do direito de defesa é essencial no Processo Constitucional, exclui os atos singulares de caráter discricionário, preconstituído o juízo.

Preferindo falar em Poder Judicial, em lugar de "administração da justiça", traça os lineamentos estabelecidos pela Constituição. Tem a convicção de que nos encontramos em nova etapa dos estudos científicos do Processo Civil Na

fase atual dos estudos jurídicos, vincula-se o Poder Judiciário com as normas fundamentais, cristalizando disciplinas limítrofes. É nesse sentido que menciona o Direito Processual Constitucional, ramo mais novo da ciência do processo. Essa vinculação de Constituição e Processo levou à necessidade do estabelecimento de instrumentos processuais específicos para tutela das disposições constitucionais, inclusive com o aparecimento de jurisdição especializada, as Cortes ou Tribunais Constitucionais.

Nas análises da natureza do Processo Constitucional são legadas ao mesmo certas particularidades, referentes ao mecanismo de natureza processual, com destaque para uma espécie de procedimento especial, caracterizado pela preferência e sumariedade. Esse procedimento especial de proteção dos direitos fundamentais caracteriza-se pelo caráter alternativo, a respeito dos procedimentos ordinários.

As peculiaridades do Processo Constitucional especial, de proteção judicial de defesa dos poderes públicos, demandam, primeiramente, dos requisitos prévios, dos prazos, interposição, admissão e tramitação (delimitação do direito presumidamente vulnerado, invocação do direito defensável, menção ao preceito constitucional, identificação do direito, autonomia do direito fundamental vulnerado, compatibilidade ou não do processo de proteção judicial, com o ordinário, a suspensão do ato impugnado, tramitação do procedimento, conclusão do processo (conteúdo e efeitos da sentença), recursos, custas do processo.

A proteção judicial de determinados direitos fundamentais, através de proteção especial, pode utilizar-se de medidas rápidas, como proteção da liberdade pessoal mediante *habeas corpus*, bem como de outros instrumentos que objetivam defesa rápida e completa de todo o elenco dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

- (01) GALEOTTI, Serio. La Garanzia Costituzionale (Presupposti e Concetto), Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1950.
- (02) COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p.p. 148 e ss.
- (03) FIX-ZAMUDIO, Héctor. Constitución y proceso civil en Latinoamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1974.
- (04) ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale, II Mulino, 1988, p.p. 123 e 124; CRISAFULLI, Vezio. Appunti di Diritto Costituzionale. La Corte Costituzionale. Mario Bulzoni Editore, Roma, 1967; BRANCA, Giuseppe. Collegialità Nei Giudizi della Corte Costituzionale, CEDAM, Padova, 1970; LLORENTE, F. Rubio. La Corte Constitucional. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1966.
- (05) PEYRON-PISTOULEY, Sylvie. La Court Constitutionnelle et le Controle de la Constitutionnalite des Lois en Autriche, Economica, Paris, 1993; Grant, J. A. C.

El Control Judicial de la Legislación en la Constitución Austríaca de 1920, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, nova série, Año VII, n. 21, Set./Dez., 1974, p.p. 73 e ss.

- (06) BÉGUIN, Jean-Claude. *Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale D'Allemagne*, Economía, Paris, 1982.
- (07) SOSA, Edgar Corzo. (La Justicia Constitucional en México); GONZÁLEZ, Felipe. (Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos en Latinoamérica); VALLE, Rubén Hernández (Los Poderes del Juez Constitucional); HORN, Han-Rudolf (El Régimen de la Justicia Constitucional Alemana en el Contexto Internacional); LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Notas Sobre o Controle da Constitucionalidade no Brasil); GUERRA, Luís López (Protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Constitucional en Centroamérica y Panamá); MODERNE, Franck. (El Consejo Constitucional Francés); ESCALANTE, Rodolfo Peza. (La Jurisdicción Constitucional Costarricense); SILVA, José Enrique. (Jurisdicción Constitucional de el Salvador); STURLESE, Laura. (Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano), em *Justicia Constitucional Comparada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Estudios Constitucionales *Mexico-Centroamérica*, Universidad Autónoma de México, México, 1993.
- (08) ABAD YUPANQUI, Samuel. D. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. FERNANDEZ Segado. FURNISH, Dale F. GARCIA BELAUDE, Domingo. QUIROGA LEON, Aníbal. RUBIO CORREA, Marcial. DE TRAZEGUIES GRANADA, Fernando. QUIROGA LEON, Aníbal (Compilador). *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Presentación Jorge Avendaño V. Prólogo Domingo Garcia Belaude Preliminar Aníbal Quiroga Leon. Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, Lima, Peru, 1990.
- (09) FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, Paris, 1992, 2ª edição; FAVOREU, Louis. Philip Loïc. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1979, 2ª edição; idem, *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1993, 7ª edição, Collection Droit Public; FAVOREU, Louis. *Recueil de jurisprudence constitutionnelle — 1959-1993*. Decisions DC-L-FNR-I du Conseil constitutionnel, réunies par Louis Favoreu, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1994; LEMASURIER, Jeanne. *La Constitution de 1946 et le Control de Constitutionnalité des Lois*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953; WIGNG, Pierre *Droit Constitutionnel*. Principes et Droit Positif E'tablissements E'nuile Bruyhant, Bruxelles, 1952, Tomo Segundo, p. 778 e ss.
- (10) FERNANDES SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*. Dykinson, Madrid, 1984.
- (11) PÉREZ, J. González. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1980; NOSETE, J. Almagro. *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ, Villa Verde. L. Friginal. *La Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981; GARRIDO, A. Moya. *El Recurso de Amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*. Bosh, Barcelona, 1983; MATA, A. Carro. *El Recurso de Amparo*, Edersa, Madrid, 1983;

LLORANTE, F. Rubio. *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, REDC, num. 4.

- (12) ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional e Divisão de Poderes*. Temas clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1988; TREMPs, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; PANIAGNA, Enrique Linde. *Constitucion y Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1992; REBOLLO, Luís Martín. *Juces y Responsabilidad del Estado*. El artículo 121 de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; PAGÉS, Juan Luis Raquejo. *Jurisdicción e Independencia Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y Sus Funciones*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1983; JORGE, Alvarado. *El Recurso Contra la Inconstitucionalidad de las Leyes*, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1920.

TRIBUTAÇÃO E MEIO AMBIENTE*

JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA**

À memória do eminente advogado e jurista, DR. GILBERTO DE ULHOA CANTO, expoente do direito tributário brasileiro, cujo dedicado conselho iluminou novas perspectivas no pensamento do Autor, agradecido e saudoso.

I. Introdução. II. A vertente financeira do princípio jus-ambiental do poluidor-pagador. III. Os tributos e a defesa do meio ambiente. IV. A extrafiscalidade e a tributação ambiental. V. Considerações finais.

I. Introdução

A preocupação com a preservação do meio ambiente ocupou plano secundário até a década de 70 do atual século quando a O.N.U. organizou a histórica CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE (Estocolmo, 1972).

Salvo algumas áreas da atividade econômica que se haviam dado conta da progressiva escassez de matérias-primas e da facilidade do seu reaproveitamento, como a siderurgia e a indústria do papel, o desperdício fácil e irresponsável era a regra; reciclagem de materiais, uma quimera. A poluição, a princípio desconhecida pelo “estado da arte” e depois sempre justificada como um mal necessário, prevalecia sobre todos os alertas quanto ao inexorável esgotamento da capacidade de o meio ambiente absorver ataques; os poluidores eram *em-*

* Excertos adaptados da tese de titularidade apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da UERJ, publicada como livro sob o título Direito Tributário e Meio Ambiente (Renovar, Rio, 1995, 122 p.).

** Prof. Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UERJ.

preendedoras que não deviam ser contidos em sua nobre tarefa de promover o desenvolvimento. A qualquer custo...

A desertificação progressiva, secas generalizadas, a desnutrição e a mortalidade infantil, e as conhecidas tragédias de Tchernobil e Bhopal, entre outras, pareciam resposta da Natureza e brado contra a desídia do Homem em face do meio ambiente e dos seus semelhantes¹.

Entrementes, entre outubro de 1984 e abril de 1987, reuniu-se a COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS, com a finalidade de reexaminar as principais questões ambientais e apresentar propostas para lidar com elas, fortalecer a cooperação internacional no campo ambiental, e elevar o nível de compreensão e engajamento de indivíduos e instituições quanto à luta em prol da preservação do meio ambiente².

Em 1992, a CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, conhecida por ECO-92, fez do Brasil palco de impressionante movimentação sócio-política em torno da chamada “Questão Ambiental”.

Um ano antes reunira-se no Rio de Janeiro a CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, comprometendo a comunidade jurídica com a busca de um futuro melhor, em cujo esforço é imprescindível o concurso do Direito.

O Direito é poderosa ferramenta de transformação. Ao Direito Tributário, como acreditava o pranteado ALFREDO AUGUSTO BECKER, está reservada “tarefa fundamental” na “verdadeira revolução” que gerará o novo *Ser Social*, “não a um Direito Tributário nos moldes atuais, ainda rudimentar, porque cheio de inibições que paralisam e esterilizam muitas de suas genuínas potencialidades”...³, mas, sim, a um Direito Tributário dinâmico e inovador, comprometido com os referidos anseios da Humanidade.

1 Em meados da década de 80 assistia-se à colossal seca na África pondo em risco trinta e cinco milhões de pessoas e matando mais de um milhão; morte de cerca de sessenta milhões de pessoas, a maioria crianças, devido a doenças intestinais e ingestão de água imprópria; explosão de reator nuclear em Tchernobil, que espalhou radiação por toda a Europa; vazamento numa fábrica de pesticidas em Bhopal, que matou mais de duas mil pessoas, deixando outras duzentas mil cegas ou feridas; explosão de tanques de gás liquefeito na Cidade do México, matando mil pessoas e deixando milhares de desabrigados; e incêndio e despejo de produtos químicos no Rio Reno, ao norte da cidade de Basileia, matando milhões de peixes e ameaçando o abastecimento de água potável na Alemanha e na Holanda (*Nosso Futuro Comum*, publicação da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1988, p. 3).

2 *Nosso Futuro Comum*, op. cit., p. 397.

3 *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2a. ed., Saraiva, 1972, São Paulo, p. 533.

A tributação ambiental pode prestar inestimável serviço a essa causa⁴.

A utilização das espécies tributárias quer para suprir recursos à prestação de serviços públicos ambientais, quer fundamentalmente para orientar a atuação dos contribuintes em face do meio ambiente, carece entretanto de sistematização e enfoque jurídico próprio que lhe revelem as virtudes e justifiquem sua adequação a princípios fundamentais da tributação, como a legalidade e a destinação pública dos tributos, já agora iluminados pelo grande princípio do “segundo Estado de Direito”, na expressão de PAULO BONAVIDES, que é o princípio da proporcionalidade⁵.

II. A Vertente Financeira do Princípio Jus-ambiental do Poluidor-Pagador

Há, primeiramente, que se inserir no direito tributário o princípio do poluidor-pagador, que determina a atribuição ou imputação, aos agentes poluidores, da responsabilidade da integração do valor das medidas de proteção ambiental nos seus custos de produção.

Define-se *princípio do poluidor-pagador* como “a exigência de que o poluidor arque com os custos das medidas de prevenção e controle da poluição”⁶. Assim, “the greater the cost share borne by the polluter, the greater the adherence to the polluter-pays principle”⁷.

A doutrina estrangeira tem-se ocupado do tema. Em Portugal, por exemplo, FERNANDO ALVES CORREIA leciona que “o princípio indica, desde logo, que o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar com a ação poluente”⁸.

No Brasil, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, notável pioneiro do Direito Ambiental entre nós, cogitava já na década de 70, na sua INTRODUÇÃO AO DIREITO ECOLÓGICO E AO DIREITO URBANÍSTICO, da utilização dos tributos como instrumentos jurídicos para a captação de recursos para o tratamento urbanístico e paisagístico das cidades⁹.

4 Segundo Ricardo Lobo Torres, “a atenção da doutrina é agora a da justiça tributária, a da equidade, (...) a das relações entre imposto e meio ambiente” (*in Reforma Tributária e Utopia Fiscal*, artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 2, p. 375).

5 *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., Malheiros, São Paulo, 1994, pp. 362-363.

6 *THE POLLUTER-PAYS PRINCIPLE — Definitions, Analysis, Implementation*, publicação da OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 1975, p. 6.

7 *Economic Instruments for Environmental Protection*, O.C.D.E., Paris, 1989, p. 28.

8 *apud* Toshio Mukai, *in Direito Ambiental Sistematizado*, 2a. ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1994, p. 36.

9 *Introdução ao Direito Ecológico e Urbanístico*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, cap. XI.

Mais recentemente, a legislação pátria, a par do dever de recuperar o meio ambiente e da responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental preconizado no inciso VII do art. 4º e no § 3º do art. 14 da Lei federal nº 6.938/81, recepcionado pelo § 2º do art. 225 da Constituição, determina dever-se impor ao “usuário do meio ambiente” uma *contribuição pela utilização dos recursos ambientais*¹⁰.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro consagrou a orientação financeira decorrente do princípio em estudo, ao determinar a adoção de *política tributária que implemente o princípio do poluidor-pagador* (art. 258, XVIII).

Cria-se, assim, do ponto de vista econômico, um “preço” pela utilização dos recursos ambientais, que, do contrário, tendo custo-zero”, tendem a ser desperdiçados pela falsa impressão de sua abundância ou caráter infinito, numa conduta irresponsável e perdulária que precisa ser alterada¹¹.

Daí falar-se da necessária “internalização dos custos ambientais”, ou seja, da contabilização destes com vistas à sua integração no valor dos produtos e serviços postos ao tráfico jurídico¹².

Juridicamente, o princípio do poluidor-pagador pode realizar-se tanto através do licenciamento administrativo, da imposição de multas, da determinação de limpeza ou recuperação ambiental, como através da cobrança de tributos, enquanto fonte de recursos para custeio da proteção ambiental.

Pertinente desde logo, porém, esclarecer que, não obstante essa formulação *impositiva* do princípio do poluidor-pagador, de *imputação* ao poluidor do rateio do custo das ações estatais necessárias à preservação e recuperação ambientais, há que se descortinar um sentido *seletivo* do princípio determinante da *graduação* da tributação, de forma a incentivar atividades não-poluidoras e desestimular aquelas nefastas à preservação ambiental.

10 Essa norma, inserida na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4º, VII), não tem redação escoreta do ponto de vista jurídico, porque se refere a “contribuição”, quando a espécie tributária cabível é a taxa retributiva dos *serviços públicos* correspondentes à fiscalização e à recuperação ambiental, conforme decorre do art. 145 da Constituição Federal e do art. 77 do Código Tributário Nacional, sendo que a designação correta da alternativa financeira não tributária para a cobrança pelo uso de bens públicos (recursos ambientais) seria genericamente o *preço financeiro* e no caso específico de recursos hídricos a *outorga de água*. V., do Autor, *Proteção Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos*, in Revista de Direito Administrativo, vol. 184, p. 106 e segs; e de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Taxa de Recursos Hídricos e Outorga Administrativa de Águas* — parecer publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol 44, p. 267-273.

11 Wallace E. Oates, “*Deveria a Poluição Ser Tributada?*”, in *Economic Impact*, n. 65, p. 27/31 (ed. em Português, USIA, Washington, DC, 1989/3).

12 Xavier Oberson, in *Les Taxes d'Orientation*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 26.

III. Os Tributos e a 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.

*Os tributos em espécie*¹⁴

Dentre os vários critérios adotados pela doutrina para classificação das espécies tributárias, interessam mais de perto ao tema vertente os seguintes:

1. *Finalidade* — por este critério distinguem-se os tributos em *fiscais* (que têm finalidade de arrecadação de recursos financeiros), *parafiscais* (que se destinam ao custeio de atividades paralelas à da administração pública direta, como a seguridade social — art. 195 da Constituição) e *extrafiscais* (que atendem a fins outros que não a arrecadação, mas, geralmente, à correção de situações sociais indesejadas e à condução da economia (estímulo ou desestímulo de certas atividades¹⁵ nos termos da Constituição (art. 43, § 2º, III; art. 151, I; art. 153, I e II; e art. 182, § 4º).

A finalidade ou destinação do produto da arrecadação dos tributos, embora irrelevante apenas para a discriminação das espécies tributárias (art. 4º do Código Tributário Nacional), não teria qualquer importância do ponto de vista jurídico-tributário, segundo a doutrina tradicional, à qual nos filiamos no passado¹⁶, pois os interesses considerados no momento pré-jurídico da concepção ou idealização do tributo pertenceriam à esfera de avaliação política do legis-

13 Não quer isto dizer que a Carta Magna não considere tributos outras figuras financeiras, como o empréstimo compulsório e a contribuição parafiscal, pois o regramento constitucional reservado a elas é nitidamente tributário. Simplesmente a Constituição não quis reconhecer-lhes autonomia, na medida em que não dispõem de fatos geradores próprios, mas sim correspondentes aos do imposto ou da taxa, estes sim, categorias ontologicamente distinguidas pelo Direito Tributário em função dos respectivos fatos geradores, critério cientificamente hábil a diferenciar as espécies tributárias, como aliás, em boa hora, veio a ser reconhecido pelo Código Tributário Nacional (art. 4º) ao dispor que “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador (*e não a base de cálculo*) 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.

14 Cf., do Autor, *Espécies de Tributos*, artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, n. 183, pp. 40 e segs.

15 Fábio Fanucchi, in *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 4a. ed., Resenha Tributária, São Paulo, 1976, vol. I, pp. 56-58.

16 *Espécies de Tributos*, op. loc. cit.

lador e o destino dos *recursos públicos* se regeria somente pelo Direito Financeiro, ao regular os gastos das *verbas públicas*, e não pelo Direito Tributário, que se limitaria a reger a instituição e a arrecadação dos tributos.

Ora, o CTN não diz que a finalidade é absolutamente irrelevante para qualificar o tributo como tal! GIANINNI ensinou que “os tributos têm três características: devidos a um ente público; fundamentados no poder de império do Estado; têm a *finalidade* de prestar os meios para facilitar as necessidades financeiras do mesmo, ou seja, *destinação pública*”¹⁷.

Parece-nos hoje que o princípio jurídico da *proporcionalidade* condiciona, sim, aquele momento jus-político de elaboração da lei tributária e é ele que permite verificar a sua *adequação* aos interesses e *fins* constitucionalmente legítimos e suscetíveis de serem considerados no momento da criação do tributo, a permitir o correspondente *controle de constitucionalidade*, porque, com FALCÃO, entendemos que os tributos extrafiscais têm *origem constitucional*¹⁸.

2. *Fato gerador* — é a situação, fato ou conjunto de fatos, tipificados hipotética e genericamente em lei, que, ocorrendo na vida real, sujeitam alguém ao pagamento de tributo.

É, na feliz formulação do inolvidável AMÍLCAR FALCÃO, “o fato, conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado”¹⁹, ou, na letra do art. 114 do CTN, “a situação definida em lei como necessária e suficiente” à ocorrência da obrigação tributária.

Tal é o conceito que tradicionalmente permite diferenciar o tributo das demais prestações pecuniárias de natureza pública pelas suas características de coerção e independência quanto à licitude da conduta do sujeito passivo, ensejando, ademais, ontológica distinção entre as diversas espécies tributárias.

É pelos fatos geradores que as Constituições e as Leis Gerais Tributárias estabelecem as competências tributárias.

Daí haver o fato gerador sido acolhido, corretamente, pelo CTN como elemento determinante da *natureza jurídica dos tributos* (art. 4º), não a base de cálculo ou base impositiva (perspectiva dimensível do fato gerador) como queria ALFREDO BECKER²⁰. É que a *base de cálculo é função* e não a própria

17 *I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario*, p. 58, apud Nicola D'Amati, *Derecho Tributario, Teoría y Crítica*, tradução espanhola da edição original italiana, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 21.

18 *Curso*, cit., p. 56. Basta referir a seletividade do IPI e a vocação do ITR para servir de instrumento da reforma agrária.

19 Amílcar Falcão, in *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 4a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 26.

20 Alfredo A. Becker, *op. cit.*, p. 338.

materialidade do tributo (GERALDO ATALIBA)²¹; ela é *objeto do fato gerador* (DINO JARACH)²².

Não há dúvida de que a *base de cálculo deve ser a expressão econômica do fato gerador*, mas ela só se legitimará se for logicamente consistente com ele. O valor maior entre ambos há de ser o fato gerador, pois ele é que dá nascimento à obrigação tributária.

FALCÃO já alertava para o desvirtuamento dos tributos no caso de a base de cálculo não guardar relação de pertinência ou inerência com o fato gerador, desfigurando-os ou desnaturando-os²³. Em suma, havendo incompatibilidade entre eles, a lei tributária não poderá ser aplicada.

Pelo critério do fato gerador, tem-se a tricotomia tradicional que classifica os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria²⁴.

21 Geraldo Ataliba, in *Hipótese de Incidência Tributária*, 3a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 121.

22 Dino Jarach, in *O Fato Impositivo*, trad. bras. da 3ª ed. Abeledo Perrot, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 153-154.

23 Falcão, *op. cit.*, pp. 137-138.

24 Para uma análise crítica das classificações dos tributos, ver, do Autor, *Espécies de Tributos*, cit., onde se formulou critério de classificação com base no princípio da capacidade contributiva, tema de nossa tese de Livre Docência, publicada como livro sob o título *Capacidade Contributiva — Conteúdo e Eficácia do Princípio*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988. Pode-se, assim, vislumbrar a existência de duas categorias de tributos: — *tributos fundados na capacidade contributiva* (imposto e contribuição de melhoria) cujos fatos geradores consistem em situações denotadoras de capacidade contributiva; — *tributos graduados pela capacidade contributiva* (taxas), cujos fatos geradores não se consubstanciam em circunstância reveladora de capacidade contributiva. Os tributos *fundados* na capacidade contributiva sofrem a incidência do princípio já na própria tipificação dos seus fatos geradores e os integra necessariamente (vender mercadoria, ser proprietário de imóvel, obter valorização imobiliária etc.). Esta categoria, a mais exuberante do direito tributário, *também* se gradua por considerações de capacidade contributiva (alíquotas diferenciadas do IPI, progressividade do imposto de renda etc.), em decorrência mesmo de ser fundada no princípio.

Os tributos *graduados* pela capacidade contributiva têm como fato gerador um fato da administração pública — o serviço público, e não uma manifestação de riqueza do contribuinte; sofrem a incidência do princípio apenas na quantificação da correspondente obrigação (bases de cálculo ou alíquotas variáveis em função de situações subjetivas do contribuinte conexas com o custo dos serviços públicos sujeitos às taxas, como a área do estabelecimento do contribuinte sujeito a licença de localização ou inspeção, o número de cômodos de imóvel residencial do contribuinte destinatário de coleta de lixo ou esgoto domiciliar, a natureza das causas judiciais, a sofisticação de equipamentos sujeitos a registro etc.).

A classificação proposta é compatível com a tricotomia adotada pela Constituição Federal, parecendo que, na verdade, ela é esclarecedora ou reveladora das próprias virtudes desta última. É compatível também com a extrafiscalidade porque a esta se aplica o princípio da capacidade contributiva, conforme demonstramos em nosso *Capacidade Contributiva*, cit., pp. 54-56. No

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, e o Código Tributário Nacional, de 1966, adotaram a classificação tricotômica dos tributos, no que foram agora acompanhados pela Constituição Federal de 1988 (art. 145):

— *imposto* é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte (art. 16 do CTN);

— *taxa* é a espécie tributária cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (art. 77); e

— *contribuição de melhoria* é o tributo que tem por fato gerador a valorização imobiliária decorrente de obra pública, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resulta para cada imóvel beneficiado (art. 81).

IV. A Extrafiscalidade e a Tributação Ambiental

Segundo BEZERRA FALCÃO, a extrafiscalidade “é a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais”²⁵.

A imposição tradicional (*tributação fiscal*) visa exclusivamente à arrecadação de recursos financeiros (“fiscais”) para prover ao custeio dos serviços públicos.

Já a denominada tributação *extrafiscal* é aquela 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 indústria nacional, a *orientação dos investimentos para setores produtivos ou mais adequados ao interesse público*, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial etc.

Obediente ao princípio de liberdade salvaguardado pelo Estado de Direito, a extrafiscalidade permite ao contribuinte alternativa de escolha de gravame mais ameno “ou a de nenhum gravame tributário, conforme sua atuação se desenvolva neste ou naquele sentido previsto em lei”²⁶.

mesmo sentido, Garcia Belsunce assevera que “as preferências tributárias só se legitimam se, além de adequar-se ao princípio da capacidade contributiva, se fundamentarem na necessidade ou conveniência de atender a propósitos de interesse nacional que conduzam ao bem-estar geral” (in *Temas de Derecho Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 99).

²⁵ *Tributação e Mudança Social*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 48.

²⁶ Fanucchi, *op. cit.*, p.56.

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 fundamentalmente para estimular condutas não-poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal).

É o princípio retributivo (“Vergel Tung”) que determina que quem não polui, ou polui comparativa ou relativamente pouco, seja premiado pelo Estado através de uma tributação menor do que aquela reservada a quem polui²⁷.

Pertinente aqui a aplicação do *princípio do poluidor-pagador*, que no seu sentido *impositivo* significa o dever estatal de *cobrar* do poluidor (no caso, tributar) contribuições públicas em função de sua atividade objetivamente poluidora de forma a fazê-lo arcar com o custo dos serviços públicos gerais ou específicos necessários à preservação e recuperação ambientais ou à fiscalização e ao monitoramento ambientais (nesta perspectiva, o princípio se adequa à *tributação fiscal*).

No outro sentido, *seletivo*, o princípio determina prioritariamente ao Poder Público que *gradue* a tributação de forma a incentivar atividades, processos produtivos ou consumos “environmentally friendly” (literalmente, amistosos, adequados sob a ótica ambientalista, numa palavra não-poluidores), e desestimular o emprego de tecnologias defasadas, a produção e o consumo de bens “not environmentally friendly” (isto é, nefastos à preservação ambiental). É, como se percebe, o campo da *tributação extrafiscal*.

Do ponto de vista ambiental classificam-se os tributos em: “effluent charges” (literalmente, encargos sobre efluentes) e “administrative charges” (encargos administrativos): cobrados em face das atividades públicas de controle, autorização, registro e fiscalização, inclusive quanto às descargas poluentes líquidas, aéreas ou sonoras; “user charges” (encargos de usuário): cobrados pela utilização dos sistemas de esgotamento sanitário público; “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 ambientais²⁸; “environmental surtaxes” (adicionais ambientais): cobrados como majoração do imposto de renda²⁹.

Entendemos que no âmbito do direito tributário tais exigências devem ser assim classificadas:

²⁷ O princípio retributivo se exprimiria aqui pela formulação “não-poluidor, não-pagador”.

²⁸ Cf. *Economic Instruments For Environmental Protection*, Organization for Economic Cooperation and Development, Paris, 1989, pp 14/15 e seguintes. V. nota seguinte.

²⁹ Cf. a já citada lei de revisão, de 1986, do “CERCLA — Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act”, de 1980: incidência: do imposto de renda, imposto sobre petróleo e derivados, imposto sobre produtos químicos pe igosos e derivados.

— “effluent charges” e “administrative charges”: *taxas* de polí­cia, haja vista seu caráter de contrapartida às atividades públicas citadas referidas aos contribuintes poluidores;

— “user charges”: *taxas* pela utilização dos serviços de coleta, tratamento e disposição do esgoto; e

— “product charges” e “environmental surtaxes”: *impostos* referidos a atividades econômicas dos contribuintes ou ao seu resultado.

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 à *tributação ambiental*.

É que, mesclando os sentidos *impositivo* (fiscal) e *seletivo* (extrafiscal) do princípio ambiental do poluidor-pagador, a lei tributária tem condições de proceder a um *discrimen* legítimo entre poluidores e não-poluidores, de forma a *premiar* estes últimos, que, satisfazendo o espírito constitucional, orientado para a promoção do equilíbrio ecológico (art. 225 da Constituição), colaboram para a preservação ambiental. Idealmente, o diferencial de carga tributária simbolizará o reconhecimento estatal da relevância ou irrelevância ambiental das decisões pessoais, profissionais ou empresariais dos administrados enquanto contribuintes³⁰, e para estes representará o incentivo ambiental correspondente.

Imposto

Nos Estados Unidos, o imposto é amplamente empregado na 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 da devolução dos recipientes. Também o imposto de renda contempla um “adicional ambiental” e a dedutibilidade de doações de terrenos e matas com finalidade preservacionista³¹.

30 Segundo KELSEN e CARNELUTTI, a sanção (técnica securatória da autoridade e eficácia da ordem jurídica) compreende a noção de prêmio pelo acatamento voluntário dos preceitos legais (sanção premial); além da desvantagem ou pena pelo descumprimento da ordem, a lei pode prever a concessão de vantagem ou prêmio ligada(o) à conduta humana que vai ao encontro dos anseios sociais. E CARLOS ESPOSITO acentua que “a esperança de obtenção de um prêmio traz maior impulso e motivação no acatamento da norma do que a intimidação produzida pela ameaça de um mal” (cf. Bezerra Falcão, op. cit., pp. 175-177).

31 Cf. as leis dos “Oil Spill Liability Trust Fund”, “Black Lung Disability Trust Fund” e “Wild Life Restoration Fund”, antes referidas, que criaram incidências de impostos indiretos sobre combustíveis, emissões de gases poluentes, equipamentos de caça e pesca etc.

Na Alemanha, o primeiro caso envolvendo um *imposto ambiental* foi julgado em 19 de agosto de 1994 pelo Tribunal da Administração Federal, que considerou constitucionalmente legítima a instituição, em 1992, de imposto municipal sobre embalagens, pratos e talheres descartáveis³².

Recente lei da Bélgica, datada de 16 de julho de 1993, criou um imposto da mesma natureza que o acima indicado, devido pelos consumidores de praticamente todos os bens de consumo descartáveis, desde aparelhos de barbear e câmeras fotográficas até pilhas e embalagens em geral. Prevê-se um sistema de isenções e restituições quando for utilizado pelo contribuinte material reciclável³³.

Ora, no Brasil, considerando-se o disposto no art. 16 do Código Tributário Nacional, os impostos indiretos sobre a produção e o consumo podem ser amplamente utilizados como instrumento de tributação ambiental, através de um sistema de graduações de alíquotas, isenções e restituições conforme a natureza dos produtos ou mercadorias, de sorte a se estimular a fabricação de produtos mais eficientes e menos poluidores e desestimular a produção dos que sejam ineficientes e poluidores ou cujo processo produtivo cause poluição.

Deve-se mencionar o Decreto federal nº 755, de 19 de fevereiro de 1993, que estabeleceu diferentes alíquotas do *imposto sobre produtos industrializados* para certos veículos movidos a gasolina (25 ou 30% conforme as especificações) e para veículos movidos a álcool (20 ou 25%).

Outro precedente federal se encontra na legislação do *imposto territorial rural*, que exclui da sua base de cálculo as áreas de floresta nativa e outras consideradas de preservação permanente, algumas delas compulsoriamente estabelecidas em lei, estando também contempladas aquelas livremente destinadas à conservação pelos proprietários contribuintes. Ademais, está isenta de ITR a chamada reserva legal (de 20 a 50% das áreas rurais), onde o corte de árvores é proibido (Código Florestal, Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1971, alterada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989; e Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994).

Merece destaque a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispôs sobre a Política Nacional para a Agricultura, estabelecendo como um de seus objetivos a proteção do meio ambiente, a promoção do seu uso racional e o estímulo à recuperação ambiental (art. 3º, III) e relacionando entre os instrumentos governamentais respectivos “a tributação e os incentivos fiscais” (artigo 4º, XIV).

A lei do imposto de renda (nº 5.106, de 2 de setembro de 1966), por exemplo, inicialmente autorizou as pessoas físicas a abaterem em suas decla-

32 Anexo ao *German National Report — Taxation and The Environment*, AIJA — Association International des Jeunes Avocats, Bruxelas, 1994.

33 Relatório Nacional da Bélgica — nota supra, *ibidem*.

rações de rendimento as importâncias empregadas em florestamento e reflorestamento; as pessoas jurídicas foram autorizadas a descontar do respectivo imposto de renda a pagar, até 50% do valor do imposto, as importâncias aplicadas nessas atividades (artigo 1º). Como uma das condições a serem satisfeitas pelos contribuintes estabeleceu-se a comprovação de o florestamento ou reflorestamento servir de base à exploração econômica “OU À CONSERVAÇÃO DO SOLO E DOS REGIMES DAS ÁGUAS” (artigo 2º, “c”).

Depois a legislação exigiu que os projetos florestais servissem não só ao desenvolvimento econômico, mas que *TAMBÉM contribuíssem para a conservação da natureza através do florestamento ou reflorestamento* (Decreto nº 79.046/76).

Em novembro de 1995 o Governo Federal lançou o *PLANO VERDE*, que proíbe empréstimos dos bancos oficiais a “projetos antiecológicos”.

Ao nível estadual, tomando-se o caso do Rio de Janeiro, veja-se que, não obstante a tributação normal das operações internas pelo *imposto sobre circulação de mercadorias e serviços* atingir 18%, dispõe a Lei nº 2.055, de 25 de janeiro de 1993, que a alíquota do tributo fica reduzida a 12% quando se tratar de “operações com máquinas, aparelhos, equipamento e veículos destinados à implantação, ampliação e modernização ou realocação de unidades industriais ou agroindustriais (...) e visem à (...) defesa do meio ambiente, num claro exemplo de lei tributária inspirada em razões ambientais, preconizadas pela Constituição do Estado, porque as aquisições de equipamentos de que se trata somente se beneficiarão da alíquota menor SE gerarem benefícios ambientais.

Outrossim, a lei fluminense nº 2.273, de 27 de junho de 1994, autorizou o Poder Executivo estadual a “conceder prazo especial de pagamento do ICMS para indústria ou agroindústria que utilize *tecnologia inovadora*” nas hipóteses que menciona, desde que, entre outras condições, *promova a defesa do meio ambiente* (art. 1º, parágrafo único). É caso típico de financiamento subsidiado, ou benefício fiscal, a título de postergação do cumprimento da obrigação tributária (momento do pagamento).

Do Estado do Rio de Janeiro, ainda, é a paradigmática Lei nº 948, de 26 de dezembro de 1985, que tributa, pelo *imposto sobre a propriedade de veículos automotores*, os veículos movidos a álcool à alíquota de 2%, enquanto que a referente aos veículos movidos a gasolina é de 3%.

No plano local, tendo-se como exemplo o Município do Rio de Janeiro, é de lembrar que há no seu Código Tributário (Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984) dispositivo que *isenta de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*: terrenos e prédios de *interesse ecológico* ou relevantes para a *preservação paisagística ou ambiental*; áreas declaradas pelo Poder Público como *reservas florestais*; qualquer terreno de área superior a 10.000 metros quadrados *efetivamente coberto por florestas*.

Arrolamos os precedentes legislativos acima como de tributação ambiental extrafiscal porque nas isenções e diferimentos vistos vislumbra-se a finalidade de induzir (incentivos e benefícios fiscais) à preservação do meio ambiente.

Taxa

Na Europa, além dos impostos empregam-se as *taxas ambientais*³⁴, às quais resistem os Estados Unidos³⁵, como fonte de custeio dos serviços públicos de licenciamento, fiscalização e 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* constantes de licenças administrativas de operação³⁶.

No direito brasileiro, à luz do artigo 77 do C.T.N., parecem admissíveis como fatos geradores o licenciamento, a fiscalização e a recuperação ambiental, guardando uma razoável equivalência³⁷ com o custo dos serviços públicos de licenciamento e fiscalização, e da recuperação ambiental 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 não é explícita quanto à *tributação ambiental*. Mas a Constituição do Estado do Rio de Janeiro é expressa no art. 258 ao determinar a adoção de *política tributária* que implemente o *princípio do poluidor-pagador*, enquanto o art. 259 dispõe, a propósito das *taxas ambientais*, que “a utilização dos recursos naturais com fins econômicos será objeto de *taxas* correspondentes aos custos necessários à fiscalização, recuperação e manutenção dos padrões de qualidade ambiental”.

34 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, Westport, Connecticut . London, England, 1983. Cf. também *Economic Instruments For Environmental Protection*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1989.

35 Roger W. Findley e Daniel A. Faher, in *Environmental Law*, 2a. ed., West Publishing Co., Nutshell Series, St. Paul, 1988, p. 121.

36 *International Handbook of Pollution Control*, Edward Kormondy, coord., Greenwood Press, New York . Westport, Connecticut . London, 1989. Ver também *United States National Report — Taxation and The Environment*, AIJA, Bruxellas, 1994.

37 As taxas devem guardar razoável equivalência ao custo dos serviços públicos que as justificam. Cf. Gustavo Ingresso, *apud* Bernardo Ribeiro de Moraes, in *A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 127; do autor paulista, *Doutrina e Prática das Taxas*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 185; Sampaio Dória, in *Direito Constitucional Tributário e “Due Process of Law”*, 2a. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, pp. 61-62; Ives Gandra da Silva Martins, in *Taxa e Preço Público* — artigo publicado na Revista de Direito Tributário, n. 32 pp. 241 e sgs.

Nessa conformidade, o Projeto de Lei nº 683/91, em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, propõe a criação de uma TAXA DE CONTROLE DA POLUIÇÃO HÍDRICA E ATMOSFÉRICA graduada (art. 6º) conforme a “carga poluidora” gerada pelos contribuintes³⁸.

Pondere-se que, devido ao alto custo dos serviços ambientais, e *a fortiori* sendo de elevado valor o tributo correspondente, a simples instituição das taxas ambientais produz um efeito psicológico³⁹, extrafiscal, imediato, induzindo o poluidor a buscar alternativas de comportamento não-poluidor para furtar-se a ser identificado como contribuinte, ou pelo menos diminuir o montante da taxa que lhe cabe pagar.

Contribuição de Melhoria

Finalmente, a *contribuição de melhoria* prevista no artigo 145, III, da Constituição Federal e no artigo 81 do CTN, incidente sobre a valorização imobiliária, se legitimará sempre do ponto de vista ambiental, quando obras dessa natureza beneficiarem a propriedade imobiliária do contribuinte.

A propósito, vale notar que a Lei nº 1.364, de 19 de dezembro de 1988, do Município do Rio de Janeiro, impõe contribuição de melhoria incidente sobre os proprietários de determinados imóveis valorizados por obras públicas tais como *arborização* de ruas e praças, *construção ou ampliação de parques, proteção contra erosão, aterros e outras obras de embelezamento*, incluída a hipótese de execução de projeto de *tratamento paisagístico*.

Assim, prevê-se que o custo de obras públicas de conteúdo ambiental seja rateado entre os proprietários de imóveis especialmente valorizados por elas⁴⁰.

A contribuição de melhoria é um tributo que, a par de seu potencial arrecadador (fiscal), pode transformar-se num elemento estimulador de grandes obras de profundo sentido ambiental (extrafiscal). Além do seu caráter utilitário, tais obras contribuem para a educação do povo, sendo que a ignorância tem íntima conexão com a destruição do meio ambiente, por isso que a *educação ambiental* é tema de relevo nos colóquios sobre o meio ambiente⁴¹.

* * *

38 Cf. texto na íntegra publicado na Revista de Direito da PGE-RJ, vol. 44, pp. 278-282.

39 Baleeiro vai ao ponto, dedicando um capítulo às reações dos contribuintes, econômicas e psicológicas, todas visando furtarem-se eles ao sacrifício fiscal (*in Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 14a. ed. atualizada, Forense, Rio, 1984, pp. 152 e segs).

40 Cf., do Autor, *Capacidade Contributiva, op. e loc. cit.*

41 Cf., Paulo Affonso Leme Machado, *in Direito à Informação Ambiental e Sociedade Civil — Anais da Conferência Internacional de Direito Ambiental*, ed. da Prefeitura do Rio de Janeiro, 1992, pp. 281 e segs.

Como se vê, a tributação ambiental é genuinamente de natureza *finalística* ou *extrafiscal*, pois se destina fundamentalmente a *dirigir* ou *ordenar* a atuação do contribuinte, o que é evidente no caso do imposto (tributo ordinatório por excelência).

Mesmo nos outros tributos ambientais, de caráter *retributivo* ou *contra-prestacional*, pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes.

No ensinamento de XAVIER OBERSON, o que caracteriza a extrafiscalidade (“taxes d’orientation”) é (...)“d’argent dans le BÛT d’agir sur le comportement des contribuables”⁴².

Efeitos extrafiscais há até mesmo nos denominados *tributos fiscais*. Na construção jurídica “de todos e cada tributo nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal nem será esquecido o fiscal”, ensinou ALFREDO AUGUSTO BECKER⁴³.

Mediatos ou imediatos, “os tributos têm efeitos muitas vezes absolutamente transformadores da vida econômica, social e política da nação”, nas palavras de ALBERTO DEODATO, que considerou “regra obsoleta” aquela de STOURM que reconhecia no imposto função essencialmente fiscal⁴⁴.

Quer quando a lei cria incidências novas, quer quando gradua diferentemente a carga tributária, privilegiando atividades “limpas” ou onerando produções ou consumos poluentes, o que está em causa não é apenas, ou propriamente, a arrecadação fiscal, mas a *finalidade* de promover a *defesa do meio ambiente*.

Parafraseando BALEEIRO, podemos afirmar que a tributação ambiental como “arma de reforma *ambiental*” é tão extrafiscal como outras visando a defesa da indústria nacional, o combate ao luxo, a redistribuição da terra⁴⁵.

Incentivos às “indústrias novas” significam aqui às “indústrias limpas”, não-poluidoras, ou indústrias cujas tecnologias de produção otimizem a utilização de materiais recicláveis ou minimizem o emprego de recursos não-reno-

42 *Les Taxes d’Orientation*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 23.

43 *Op. cit.*, p. 545.

44 *Manual de Ciência das Finanças*, 17a. ed., Saraiva, São Paulo, 1980, pp 114 e 63, respectivamente. No mesmo sentido, Ruy Barbosa Nogueira (*in Curso de Direito Tributário*, 4ª ed. IBDT, São Paulo, 1976, p.158: “o imposto deixa de ser conceituado como exclusivamente destinado a cobrir as despesas financeiras do Estado”).

45 *Uma Introdução*, cit., pp. 179 e 178, respectivamente. “Tributos ambientais podem ser instituídos sobre atividades indesejáveis, como as emissões de certos poluentes ou uso indesejável da terra” (Michael Bothe, *in Fiscal and Economic Instruments of Environmental Policy in EEC and The Lomé Convention — Anais da Conferência Internacional de Direito Ambiental*, cit., p. 247).

váveis; “medidas de amparo à saúde pública e à higiene alimentar por impostos inferiores” implicam em “tributação ambiental” amena sobre produtos não prejudiciais ao meio ambiente e mais onerosa sobre produtos a ele nocivos ou sobre bens cujo consumo provoque poluição (na Alemanha: tributação maior sobre veículos não guarnecidos de catalisadores; na Itália, o crédito fiscal na troca de veículo de tecnologia superada, de motor ineficiente e poluidor, por outro moderno e melhor concebido — mecanismo denominado nos Estados Unidos de “feebate”, literalmente, desconto de encargo).

Tal é a tributação extrafiscal, reconhecidamente eficaz em face das *reações dos contribuintes*, dentre elas a *transformação ou remoção*, que, segundo BALEEIRO, “suprime a carga tributária (...) graças ao *aperfeiçoamento tecnológico* dos processos de produção, que são modificados para baixa do custo, sob o estímulo da perspectiva de pagar menos ao Erário”⁴⁶.

E prossegue o saudoso Mestre: “O expositor da teoria da transformação foi MAC CULLOCH, que cita o episódio das destilarias escocesas tributadas à base de cálculos da produção presumível dos alambiques no fim do século XVIII. Pelo receio da fraude, o Fisco substituiu esse critério pelo imposto proporcional à cubagem dos alambiques, de sorte que esse cálculo constituía um coeficiente da produção de um ano. Os destiladores aperfeiçoaram a técnica a fim de que pudessem destilar mais rapidamente quantidade maior, de sorte que assim anulavam parte do imposto. O aperfeiçoamento chegou a atingir 2.880 vezes menos o tempo de encher alambiques. O exame desse fenômeno mostra, em certos casos, a possibilidade de evasão lícita graças a *requintes tecnológicos*”⁴⁷ — grifa-se.

O que instiga, aguça a curiosidade, é o *embricamento dessa idéia com o meio ambiente*, dando origem à tributação ambiental.

Escrevendo sobre a Constituição da Espanha, deteve-se AMATUCCI no seu artigo 45.2, que impõe aos poderes públicos o dever de velar pela utilização racional de todos os recursos naturais com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida, defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva.

Desse dispositivo, em conjunção com o de nº 45.3, que dispõe “para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”, extraiu AMATUCCI o fundamento constitucional da tributação ambiental na Espanha.

Entende o Mestre que ao lado dos instrumentos explícitos de defesa do meio ambiente (a legitimação processual extraordinária das “comunidades

46 *Ibidem*, p. 163.

47 *Ibidem*.

intermediárias”, as sanções administrativas e o dever de indenizar o dano ambiental) entram no *espírito constitucional* as medidas financeiras não penais: “Sobre essa base resulta mais conforme ao interesse difuso a *imposição*, acompanhada de *benefícios fiscais*, sobre o aproveitamento de recursos que o degradem (o meio ambiente), favoreça a recuperação de energia, incentive a tecnologia menos contaminante, a produção de bens duráveis e a instalação de equipamentos de tratamento de rejeitos. Analogamente, parecem mais adequados os incentivos que não pressuponham o direito de poluir o meio ambiente”⁴⁸.

Ora, a Constituição brasileira quer o meio ambiente *ecologicamente equilibrado*. Em termos muito semelhantes à Constituição espanhola, determina ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo e preconiza o sancionamento jurídico daqueles que o degradem (art. 225 e § 2º).

O sistema tributário é eficiente instrumento de transformação econômica e social⁴⁹ e, pois, deve estar a serviço da preservação dos recursos *ambientais*, através do manejo adequado da tributação: a *tributação ambiental*, isto é, a tributação voltada para a defesa do meio ambiente, de inegável característica extrafiscal porque expressão do *police power*, “(...) não tendo por objeto a arrecadação de receita, mas visa mais a regulação de direitos, privilégios e deveres entre indivíduos para manutenção da ordem na sociedade política, o incentivo à indústria e o desestímulo a atividades perniciosas”⁵⁰.

Com AMATUCCI, convictos estamos de que o art. 225 da Constituição brasileira deve ser interpretado como contendo uma clara autorização (na verdade um poder-dever correlato ao direito-dever de usar o meio ambiente para o desenvolvimento da Pessoa Humana⁵¹ ao Legislador para instituir tributos que promovam políticas públicas destinadas à proteção ambiental.

V. Considerações Finais

A Constituição reza que o meio ambiente, *ecologicamente equilibrado*, é

48 *La Intervención de la Norma Financiera en la Economía: perfiles constitucionales — Seis Estudios Sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, Amatucci, Gonzáles, Lejeune, Schick, Uckmar, Weralski — Editorial de Derecho Financiero, Madri, 1980, pp. 45-46.

49 Baleeiro, *op. cit.*, p. 163.

50 Thomas Cooley, in *A Treatise on the Law of Taxation*, reimpr. da 2a. ed., Johnson Reprint Corp., New York, 1972, p. 586. Dentre os vários exemplos de tributação extrafiscal placitada nos Estados Unidos sob a égide do “police power”, Victor Uckmar registra o do imposto proibitivo (claramente ambiental) sobre os fósforos à base de fósforo branco, que é venenoso (in *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, trad. bras., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 50). Para outros exemplos, Baleeiro (in *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 256.

51 Amatucci, *op. cit.*, p. 44.

bem de uso comum do povo, em benefício das gerações presentes e futuras, que têm direito a uma *sadia qualidade de vida* (art. 225).

Está-se diante de uma *teleologia* constitucional que pela sua *indeterminação conceitual* condiciona não só a interpretação da Carta Magna, mas também orienta a atividade legislativa destinada a implementar os instrumentos jurídicos, entre eles os tributários, que se revelem hábeis a dar-lhe consequência, isto é, a proteger o meio ambiente.

A evidente tensão entre *proporcionalidade* e *legalidade*, entre o *fim* e os *meios*, é aqui acentuada e foi no intuito de demonstrar a sua possível harmonização que desenvolvemos a *teoria da tipificação aberta da tributação ambiental* no capítulo central de nossa tese de titularidade, que vem de ser publicada como livro pela Editora Renovar, sob o título *Direito Tributário e Meio Ambiente — Proporcionalidade, Tipicidade Aberta, Afetação da Receita*.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO**

Há uma distinção entre princípio constitucional aplicado ao direito processual e princípio processual-constitucional.

O primeiro é um princípio de natureza política que foi primeiro inserido em Cartas Constitucionais, para, só após, ser estendido ao direito processual.

Já o princípio processual-constitucional é justamente o oposto. É o princípio elaborado pela ciência processual e, devido a sua reconhecida importância política, passou a ocupar lugar nas Constituições Federais.

Essa é uma discussão teórica, ninguém vai exigir um rigor técnico-científico na aplicação deste ou daquele princípio. O que importa é o princípio, a sua noção e a consequência prática de sua aplicação.

O termo princípio, segundo os estudiosos, teria sido usado primeiramente pela geometria, onde significativa a *verdade primeira*. Depois é que o termo passou a ser empregado no Direito. No Direito também se emprega com o mesmo sentido de a verdade primeira. Princípios são as idéias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico, são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos. Inicialmente não estavam positivados, vinham do direito natural, qualquer que seja a vertente, ou por São Tomás de Aquino (seria um direito divino) ou por Groccio (adviria da razão). Após algum período é que começaram a ser positivados, inicialmente nos Códigos, e só numa terceira etapa é que passaram a ocupar espaço nas Constituições. Mas essa trajetória foi muito lenta, cheia de avanços e recuos e muitas revoluções.

O primeiro documento que cristalizou e positivou alguns desses princípios foi a Magna Carta de 1215. Mas essa Carta foi outorgada por um grupo de

* Palestra proferida na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

** Juiz de Direito, Professor Assistente da UERJ, Mestre pela PUC-RJ.

nobres ingleses, imposta ao Rei João Sem Terra, naquele momento em que o *Imperador*, Rei de direito, Ricardo Coração de Leão, teve que se afastar do *Governo* e partir para uma expedição na África, onde ficou preso. João Sem Terra não tinha preparo ideal para governar, o que fez com que os nobres se insurgissem e outorgassem a Magna Carta. Era uma Carta que tinha o objetivo específico de proteger a nobreza inglesa, não era uma Carta de direitos universais: era uma Carta voltada para um pequeno grupo de pessoas, tanto é que foi escrita em latim para se tornar inalcançável aos plebeus ingleses que não conheciam latim.

Depois da Magna Carta surgiram alguns documentos, principalmente as declarações americanas e, finalmente, a declaração francesa de 1789. A declaração francesa foi o primeiro documento realmente universal. Pretendia outorgar esses direitos, agasalhados nesses diversos princípios, a todo homem e cidadão. Foi uma declaração de direito que tinha a finalidade básica de atingir todo o homem. Foi então o primeiro documento universal e, não, limitado a determinadas pessoas, como a Magna Carta e até mesmo as declarações de direito americanas.

Essas idéias básicas que iniciaram nessas Cartas chegaram a atingir as Constituições liberais, cristalizando todo o esforço da burguesia liberal para se opor ao absolutismo de então.

Também as Constituições sociais acolheram esses alguns princípios, mormente a Constituição do México, de 1914, e de Weimar, de 1919. E essa sedimentação ao longo de todo esse tempo fez com que chegasse, afinal, em quase todas as Constituições contemporâneas dos países civilizados.

Mas mesmo atingindo as Cartas Constitucionais, foram encerrados em normas programáticas, as quais à doutrina majoritária recusava aplicabilidade. Eram meras recomendações ao agir do Estado, sem força cogente. Foi preciso também muita elaboração doutrinária até que um jurista italiano, chamado CRISAFULLI, empreendeu um sério estudo e conseguiu demonstrar que também as normas constitucionais têm eficácia. Têm eficácia *derrogante* da legislação anterior e eficácia *condicionante do administrador* e do legislador para o futuro. As normas programáticas têm força de revogar a legislação anterior e têm força de cifrar, tanto o legislador, quando pretender editar uma lei nova, uma lei futura, quanto o administrador, que tem de prestar obediência e essas normas programáticas.

Enfim chegaram esses princípios, com toda essa discussão doutrinária que lhes envolvem à Constituição do Brasil de 1988.

O primeiro princípio a ser estudado é o da dignidade da pessoa humana, que está previsto no art. 1º da Constituição. Diz o artigo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III — a dignidade da pessoa humana”. O art. 5º volta a ele:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Esse princípio da dignidade muitas vezes é desprezado pelos estudiosos do processo, considerado como princípio eminentemente político, sem nenhuma aplicação prática no direito processual. Mas isso não é *verdadeiro*, pois foi esse princípio da dignidade que possibilitou a transmutação do sistema inquisitivo de processo para o sistema acusatório. Desde o século XII até aproximadamente o século XVIII, o sistema de processo era o inquisitivo, caracterizado pelo sigilo absoluto, pela concentração das funções de julgar, defender e acusar numa única pessoa que era o juiz inquisidor, pelo emprego de métodos de obtenção de prova altamente desumanos, como a tortura, a prova da água fervente, a prova da água gelada, a prova de fogo etc. Considerava-se que aquele que conseguisse passar por essas provas todas era, seguramente, o que tinha direito. A justiça pendia ao seu lado porque se ele conseguiu passar por todas as provas, era porque Deus o considerava inocente e por certo não merecia a punição. Esse sistema por demais desumano, arbitrário e que não se comprometia em absoluto com a verdade, nem com a justiça, sofreu séria crítica, por volta do século XVIII, de um movimento que foi chamado de Iluminismo.

O Iluminismo buscava o resgate da dignidade da pessoa humana, a elevação do espírito humano, o respeito à pessoa humana. Esse movimento que se espalhou no campo jurídico, filosófico e político, impulsionou e deu subsídios morais para a transmutação do sistema inquisitivo em sistema acusatório, agora já sob a tripartição das funções processuais, entre o juiz, o acusador e o defensor, e sob a presidência do princípio do contraditório e o da publicidade. Então foi o sentimento de dignidade, insuflado principalmente pela Revolução Francesa, que sedimentou o princípio da dignidade previsto em quase todos os documentos jurídicos após a Revolução Francesa.

Mas não bastava garantir ao acusado um sistema acusatório; era preciso mais que isso, e foi também o princípio da dignidade que alavancou mais um degrau nesta trajetória liberalizante. Foi esse sentimento embutido no princípio que também possibilitou a teorização do processo como relação jurídica processual, ou seja, o acusado deixou de ser um objeto de prova para ser um sujeito da relação processual penal, com idênticos direitos do acusador. O réu, portanto, passou a ter os mesmos direitos que o acusador, com a noção da relação jurídica processual, que foi sistematizada pelo jurista alemão VON BULOW, em 1868, partindo das obras anteriores de WACH.

O princípio referido, que parece apenas uma frase bonita enfeitando o texto constitucional, tem uma importância fundamental para o processo. Tem implicações altamente relevantes para a ciência do processo e principalmente para a ciência do processo penal. É inconcebível, hoje, um procedimento que remonte

à fase inquisitiva; é inconcebível, hoje, um procedimento que não garanta ao réu os direitos processuais garantidos ao autor da ação penal. Qualquer procedimento com essas características vulnera o princípio da dignidade e será, portanto, um procedimento inconstitucional.

Trouxe um exemplo de um procedimento recente que viola o princípio da dignidade: é o procedimento para apuração de ato infracional praticado por adolescente, previsto especificamente no art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É um procedimento que possibilita que o Ministério Público ouça diretamente o adolescente, colha a prova diretamente, sem participação da autoridade judiciária e sem participação do defensor. E se assim entender, conceda a remissão, mas, mesmo concedendo-a, pode o MP impor uma medida restritiva de direito ao menor. Essa medida será levada ao conhecimento judicial, que a pode homologar ou não. Se o juiz homologar a remissão do MP com imposição de medida protetiva, estará praticando um ato inconstitucional porque estará judicializando todo esse procedimento feito inquisitivamente pelo órgão do MP em relação ao menor, sem a participação do Poder Judiciário e sem a participação de defesa. Seria uma das aplicações práticas, concretas, do princípio da dignidade. O que é mais surpreendente é que os mesmos deputados que redigiram a Constituição Federal, tão pródiga em princípios processuais e princípios constitucionais, é que fizeram o Estatuto da Criança, admitindo esta clara ofensa ao texto constitucional.

O segundo princípio é o da igualdade, também um princípio eminentemente político, que nasceu primeiro nos textos constitucionais para depois ser transportado para os códigos processuais. Nas Constituições brasileiras já é um princípio tradicional previsto desde a de 1824. Por ele se entende que a lei só pode desequiparar as pessoas havendo motivação razoável, havendo objetivo de prestigiar um outro valor constitucional. Há toda aquela doutrina que se construiu no Direito Tributário para permitir a desequiparação dos desiguais. O imposto de renda vai incidir mais ferozmente naqueles que podem pagar, ou seja, o que objetiva o imposto de renda é a equalização das rendas dos habitantes do País. Também, no direito processual, o princípio da isonomia busca, no futuro, uma equalização, embora no presente seja preciso desequiparar os desiguais para torná-los mais iguais.

Assim, não são inconstitucionais as disposições que garantem ao carente a defesa por um Defensor instituído pelo Estado, e que este Defensor tenha determinadas regalias, como a intimação pessoal ou prazos especiais para responder aos termos da ação penal. Visa-se, sobretudo, à equiparação da atividade do Defensor Público com a atividade dos outros profissionais que, evidentemente, têm um número muito menor de clientes.

Encontramos uma aplicação prática do princípio da isonomia no art. 35 do Código de Processo Penal, que obriga a mulher a buscar autorização do marido para a propositura de queixa-crime. O art. 35 está redigido nesses termos: “A

mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele”. A jurisprudência já tem se firmado no sentido de igualar homens e mulheres em todos os direitos, inclusive, quando ao direito processual penal.

Há outro dispositivo que não seria inconstitucional na sua redação mas, sim, na sua aplicação. O art. 322 do CPP confere ao delegado de polícia competência para conceder fiança em determinadas infrações: as punidas com detenção ou prisão simples. O delegado lavra o auto de flagrante e imediatamente concede fiança. Se o indiciado pagar responderá a ação penal solto. Mas o mesmo delegado que tem a competência de arbitrar a fiança não tem a competência de isentar o pagamento de fiança para aqueles que não dispõem de recursos para efetuar-la, nos casos do art. 350 do Código. Esse artigo faculta somente ao juiz isentar a prestação de fiança quando o indiciado não puder pagá-la. Ao delegado, portanto, é vedado a isenção de fiança. Só com essa distinção de tratamento o carente sofre um prejuízo em sua liberdade ambulatorial de alguns dias e até mesmo de mês ou meses. Aquele, que não é pobre, nem é levado ao cárcere, pois paga a fiança no momento mesmo da autuação. O carente, não. O delegado lavra o auto, ele é levado ao xadrez, e a prisão é comunicada ao juiz no prazo de 24 h. Normalmente o juiz dá vista ao MP do auto de flagrante, os dias vão passando, e só depois se sabe que o indiciado era pobre e não podia prestar aquela fiança que lhe foi arbitrada. Não se pode argumentar que o delegado não é a autoridade mais indicada para conceder esta isenção de fiança, porque o art. 32, § 2º do C.P.C., confere justamente ao delegado de polícia a atribuição de *expedir* atestado de pobreza para fins penais. A Lei nº 7.115 que substituiu o atestado de pobreza pela declaração de próprio punho só produz efeitos no processo civil, por disposição expressa de seu artigo 1º. No direito processual penal quem concede o atestado de pobreza ainda é o delegado de polícia. Então se ele pode conceder o atestado de pobreza, porque é que não pode isentar o indiciado pobre da prestação da fiança? Resumindo, esse dispositivo do art. 350, embora não seja inconstitucional em seus termos é inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia em sua aplicação prática. A distinção entre a inconstitucionalidade de um dispositivo e a inconstitucionalidade por aplicação, é uma distinção que ainda não foi estudada convenientemente no Brasil, mas o foi na Alemanha. No caso, não há nenhum valor constitucional que ampara esta desequiparação. Pelo contrário, o que a Constituição se propõe é pôr fim à marginalização e à diferença social e econômica dos brasileiros. Esse é o objetivo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outro princípio é o do devido processo legal. O primeiro documento a agasalhar o princípio foi a Magna Carta de 1215. Lá este princípio estava grafado de outra forma, com a expressão *by the law of the land*, quer dizer,

ninguém será processado a não ser pela lei da terra. A lei da terra era na época a *Common Law*. Depois ele passou a se revestir da expressão conhecida *due process of law*, num documento de 1354, também na Inglaterra. Após, passou a estar previsto nas Declarações de Direitos dos EUA e na Constituição americana, de onde se espalhou para o mundo afora.

Este princípio se desdobra em duas noções bastante distintas: uma noção material e outra processual. A processual é de que o princípio do devido processo legal está no texto constitucional como uma norma de encerramento, ou seja, contém em si todos os demais princípios processuais e, na ausência de posituação de alguns deles, o devido processo legal os agasalha. Consiste no direito de ação, de defesa, direito à prova, à sentença, à publicidade, ao uso dos recursos, ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade na relação processual, enfim, em todos os demais direitos processuais. A versão material, que ainda não foi devidamente desenvolvida no Brasil, é sustentada no livro de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO. Sustenta este autor que é possível perquirir a razoabilidade de lei ou ato normativo do poder público, frente ao princípio do devido processo legal. Ou seja, se uma lei não for razoável ele pode ser questionada no Poder Judiciário. Esta noção já está bastante desenvolvida nos EUA e na Alemanha, onde recebe os nomes de princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, respectivamente. A Corte Suprema dos EUA tem inúmeras decisões jurisprudenciais considerando inconstitucionais, por ofensa ao princípio do devido processo legal, leis que não tenham razoabilidade, não encontram um fundamento, um acolhimento no texto constitucional.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são princípios que geralmente correm paralelos. Não se concebe contraditório sem ampla defesa, nem ampla defesa sem contraditório.

O primeiro ponto interessante é indagar se esse princípio do contraditório propicia ao réu algum direito a um processo célere; a submeter-se a uma instrução criminal rápida. O art. 401 do CPP diz que as testemunhas de acusação serão ouvidas no prazo de 20 dias se o réu estiver preso e no de 40 dias se solto. Quando o réu está preso não há dúvida que o excesso nesse prazo opera a ilegalidade da prisão e o réu é posto em liberdade, sendo relaxada a prisão. Mas quando o réu está solto e o prazo de 40 dias é extrapolado, qual a consequência para o réu? Não há qualquer consequência ou sanção para a extrapolação do prazo de 40 dias. O que vemos é que dificilmente um processo criminal termina em 40 dias, podendo chegar a anos. E durante todo o tempo em que durar, fica ao réu submetido aqueles ônus processuais originados pela citação, como a vedação de ausentar-se ou de mudar de residência sem autorização judicial.

A 5ª Emenda da Constituição americana prevê expressamente que o acusado tem direito a um processo célere. A jurisprudência argentina tem inúmeros acórdãos que garantem ao réu um processo célere. Em outros países também se

começa a discutir o assunto e esperamos que esse assunto também seja discutido aqui no Brasil.

Outro ponto do princípio do contraditório seria o direito de recorrer em liberdade, que deixaremos para o debate.

Outro item seria o momento da manifestação da defesa em caso de recurso no processo penal. O processo encerra uma estrutura dialética em que o contraditório se faz de forma lógica, dando-se a uma parte o conhecimento do que a outra alegou. O princípio do contraditório encerra a noção de alegar, de contra-alegar, de provar, de contraprovar e de ter ciência dos atos e termos processuais, principalmente do conteúdo da sentença para o uso adequado dos recursos.

No processo penal, qualquer que seja o apelante ou o recorrente em sentido estrito, o Ministério Público fala por último, no tribunal, e após os autos vão direto para julgamento, sem que se dê à defesa a oportunidade de conhecer o que foi arazoado pelo Ministério Público. Isso está claro nos arts. 610 e 613 do Código. Me parece que esse *iter* processual vulnera o princípio do contraditório. Para que se salvem esses dois dispositivos seria necessário que, uma vez os autos retornassem do MP na segunda instância, nova vista se desse à defesa. O que se alega é que na segunda instância o MP oficia como fiscal da lei, e não como parte na relação processual. Esse argumento não convence, primeiro porque os autos subiriam sem a parte autora. Se o MP se transmuta de parte para fiscal da lei, quem seria a parte autora? Ninguém. Em segundo lugar, porque o MP no juízo penal tem características eminentemente acusatórias, é um órgão acusador por excelência, e não se concebe que esse órgão acusador se transmude em órgão imparcial, fiscal da lei. Essa idéia já foi sustentada por FREDERICO MARQUES, mas foi ele flagrantemente vencido em todas as discussões. Outro princípio é o da presunção de inocência, que somente agora atingiu nossa Constituição. Mas já era previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e também nas Declarações dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, e que provocou de início alguma balbúrdia no ordenamento brasileiro. Mas, infelizmente, na jurisprudência brasileira, o princípio não encontrou o entendimento devido, e alguns dizem até que é uma mera norma programática. Isso seria rasgar a Constituição. No meu entendimento o princípio da presunção de inocência só fundamenta a prisão decorrente de pena e a prisão decorrente de um provimento cautelar, o que também deixaremos para o debate.

Há quem sustente no Brasil que o princípio da presunção de inocência só tem a única finalidade de inverter o ônus da prova. Então caberia à parte acusadora todo o ônus da prova. Isso modificaria alguma coisa, por exemplo, nas causas de exclusão da criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito). Originaria-

mente caberia ao réu a prova destas circunstâncias. Agora, com o princípio da presunção de inocência, segundo alguns doutrinadores, como AFRANIO SILVA JARDIM, esse ônus passa ao acusador. É o acusador que tem que provar que o réu não agiu em legítima defesa, não agiu em estado de necessidade etc. Já para outros, como o Prof. WEBER MARTINS BATISTA, o princípio significa que o réu não pode ser prejudicado quando há anotações em sua folha penal, seja de outras ações penais, seja de inquéritos policiais. Ele tem que ser considerado primário até que exista a confirmação de uma decisão penal condenatória irrecorrível. Até então, ele é considerado primário.

Na Argentina, a doutrina e a jurisprudência tendem a acolher a tese da inversão do ônus da prova. Mas existe lá também vozes discordantes. Por exemplo, o processualista CLARIA OLMEDO sustenta que por meio desse princípio a prisão deve ser somente apenas nos casos necessários, ou seja, a prisão se cinge ao requisito da necessidade: não sendo extremamente necessária, a prisão passa a ser ilegal por violação do princípio da presunção de inocência. Na Itália também há discussão e o jurista italiano GIROLAMO BELLAVISTA parte para uma idéia mais radical. Sustenta que, pelo princípio da presunção de inocência, não se justifica nem mesmo a prisão em flagrante. Mas isso seria um radicalismo bem grande. A própria Constituição, que consagra o princípio da presunção de inocência, também consagra a prisão cautelar. Em nosso ordenamento elas convivem pacificamente: mas a prisão cautelar, não outra modalidade.

Outro princípio seria o do juiz natural. É um princípio tradicional do direito brasileiro, previsto em várias Constituições, erguido pela burguesia, pelo Estado liberal contra o Absolutismo, naquele tempo em que o Rei escolhia o órgão julgador pois o rei detinha a função jurisdicional e a delegava para alguém que decidiria exatamente como o rei quisesse.

O princípio do juiz natural foi um freio a isso, também insuflado, principalmente, pela Revolução Francesa, que passou a exigir os juízes oficiais, funcionários públicos. O que importa nesse princípio, e há uma explicação do Prof. BARBOSA MOREIRA muito clara, é que o órgão judicial não tenha sido erigido de "caso pensado" ou premeditadamente para aquele caso. A criação de órgãos judiciários deve se pautar pela impessoalidade e pela generalidade. Se o órgão judiciário fosse criado com a característica de impessoalidade e generalidade, não haveria ofensa à Constituição. Mas criar determinado órgão depois do fato praticado, para julgar determinados crimes, violaria o princípio do juiz natural, que já foi violado inúmeras vezes na nossa história. Na época do Estado Novo o governo criou o Tribunal de Segurança Nacional que subtraía a competência dos órgãos ordinários de então. Novamente com a ditadura militar foi suprimida a competência dos órgãos ordinários para os crimes contra a segurança nacional.

Outros princípios seriam o da publicidade e o da motivação. Previstos também na Declaração Francesa e na Declaração da ONU, de 1948, e já prevista em inúmeros códigos processuais brasileiros, e atualmente, na Constituição Federal, tanto no art. 5º, como no art. 93, IX.

A legitimação da função executiva e legislativa decorre das eleições diretas e democráticas. Quando o Presidente da República, um Deputado ou um Senador não correspondem ao anseio da população, o cidadão brasileiro tem um instrumento para cassar a legitimidade, que é não elegendo esses representantes. No Poder Judiciário não existe este mecanismo. O mecanismo de legitimação da função jurisdicional advém da obrigatoriedade da publicidade e da motivação das decisões. Para que a função jurisdicional seja concebida como uma função democrática é indispensável que seja exercida com obediência a esses dois princípios.

É a própria constituição que admite alguns casos em que a publicidade pode ser limitada para salvaguardar o direito de intimidade e o interesse social. A Constituição não define o que é interesse social. O direito à intimidade é o direito de interditar às demais pessoas os sentimentos, as sensações, os pensamentos e as emoções. É uma definição da doutrina e não da CF que também não define o direito à intimidade. O interesse social também não está definido, ficando no subjetivismo do presidente do processo, que é o juiz, a faculdade de determinar ou não uma limitação ao princípio da publicidade. Mas o julgamento em si deve ser público. Pode haver, e existem hoje nos tribunais do País, o sigilo para o conselho. Nos órgãos julgadores colegiados, às vezes, o julgador pede conselho, e a sessão se torna sigilosa. Mas durante esse sigilo nenhum ato judicial pode ser praticado e tem somente a finalidade de esclarecimento entre os julgadores. Nenhum ato processual pode ser praticado. Terminada a sigilosidade, a sessão prossegue e os atos começam a ser praticados. Ato praticado sob sigilo é ato inconstitucional.

Outro princípio interessante é o da inafastabilidade de apreciação judicial, contido no art. 5º, XXXV, da CF. Veio à lume na Constituição brasileira de 1946 e se manteve até a atual. Por meio dele não se pode subtrair o conhecimento de ofensa a direito ou de ameaça de ofensa do Poder Judiciário. Esse é o princípio constitucional que primeiramente é suspenso em tempos de revolução. Foi assim em 1930, foi assim em 1964. E em pleno ano de 1990, o governo COLLOR também tentou suspendê-lo por linhas transversas. Quando esse governo editou o seu plano econômico, confiscando as poupanças, as pessoas recorreram ao Judiciário e muitas conseguiram liminar de desbloqueio. Então uma medida provisória, editada pelo governo, tentou afastar do Juiz federal de 1º grau o conhecimento dessas matérias, obstaculizando a concessão de liminares. Isso em última análise provocaria a ofensa ao princípio da inafastabilidade

da apreciação judicial. Se o juiz está investido nas suas funções e é competente, não pode ser cerceado para deixar de apreciar uma ação específica e concreta. Isso vulvera o princípio constitucional.

No processo penal a aplicação desse princípio gera polêmica quando o aplicamos à ação penal privada subsidiária da pública. Não havendo o oferecimento da denúncia por inércia do MP, devolve-se ao ofendido a titularidade do exercício da ação penal. Ele teria a ação privada subsidiária da pública.

A questão polêmica é saber se o ofendido pode intentar esta ação mesmo em caso de arquivamento do inquérito. Essa decisão foi debatida por volta de 1944 no Supremo Tribunal Federal, que por maioria apertada decidiu que, em havendo arquivamento, não se pode usar a ação penal subsidiária da pública, com o voto do Min. OROZIMBO NONATO. De lá para cá a questão foi sendo pacificada, não havendo nenhum acordão dos Tribunais Superiores do país que acolham tese inversa e nem obras doutrinárias que acolham o pensamento inverso. O último doutrinador que assim pensou foi HÉLIO TORNAGHI.

A CF constitucionalizou vários direitos processuais, como o próprio direito de ação, o direito de ação cautelar, o direito à ação penal privada, que está entre os direitos fundamentais do cidadão no art. 5º. É inconcebível que se vede ao ofendido o direito de acesso ao Poder Judiciário. Se o Ministério Público requer o arquivamento dos autos, deve-se dar ao ofendido uma forma de levar ao tribunal o seu pleito, sob pena de violação do princípio constitucional. Parece-me que o princípio do livre acesso ao Judiciário deve facultar a todos o direito de levar ao Poder Judiciário o conhecimento da lesão a um direito.

No caso de ação penal originária, o Procurador Geral de Justiça quando arquiva o processo, de sua decisão cabe recurso para o Conselho Superior do Ministério Público, o que já é um avanço, mas não resolve o problema.

No direito italiano, o promotor que requer o arquivamento deve notificar o ofendido. O juiz designa uma audiência para ouvir o promotor e o ofendido. Na audiência, se ficar provado que a ação é viável, o juiz determina que o MP promova a ação. Lá se prestigia o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, coisa que aqui nós não fazemos. Não sou contra o monopólio da ação penal ser deferido ao MP, pois é o órgão talhado para exercê-la, desde que o ofendido tenha instrumentos de controle, instrumentos de participação na ação penal. Na Itália o ofendido pode ser ou assistente da acusação (*parte privata*), ou pode intentar a ação civil juntamente com a ação penal (*parte civile*)(fn). No caso de arquivamento ele é notificado para falar, e ainda existem outros crimes, geralmente contra interesses difusos ou crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica etc. em que se defere também a ação penal a entes associados (associações etc.), o que é medida altamente democrática.

Outro princípio a discutir é o da irretroatividade da lei quando tratar de liberdade, aplicando-se o princípio consagrado no Direito Penal. A lei proces-

sual passa a ter eficácia após a sua publicação, após 45 dias ou noutro termo marcado pelo legislador, e atinge os processos pendentes. Os atos pretéritos são válidos, mas os atos futuros devem ser feitos de acordo com a lei nova. Uma lei processual que cuide de prisão e liberdade posterior à prática de uma infração penal, pode ser aplicada a esta infração penal? A este réu ou este indiciado? Há toda uma doutrina, não brasileira, sustentada por MANZINI, na Itália, e NICOLAS SERRANO, na Espanha, que preconiza que ao direito processual deve se aplicar o princípio penal da irretroatividade da lei quando versar sobre liberdade. Liberdade é um bem constitucional e fundamental e, portanto, é tratado em lei material. Então o princípio deve ser o da lei material.

Outro tópico seria o da prova ilícita, envolvendo a discussão acerca da possibilidade de o réu utilizar uma prova ilícita e também de o promotor utilizar uma prova ilícita, o que também deixaremos para abordar posteriormente em virtude do esgotamento do tempo.

A CONSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE NORMAS NO TEMPO.
DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

LUÍS ROBERTO BARROSO

1. A Constituição nova e a ordem constitucional anterior; 2. Emenda constitucional e Constituição em Vigor; 3. Constituição nova e direito infraconstitucional anterior; 4. Algumas questões de direito intertemporal suscitadas pelo advento de uma nova Constituição: a. inexistência de inconstitucionalidade formal superveniente; b. aplicação imediata, mas não retroativa, da Constituição nova; c. declaração de inconstitucionalidade e efeito repristinatório; d. situações processuais específicas; e. normas infraconstitucionais não recepcionadas pela Constituição de 1988; 5. Conclusão.

O conflito de leis no tempo resulta, não da *coexistência* de leis, como no direito internacional privado, mas de sua *sucessão*. Trata-se da contraposição entre lei nova e lei velha.¹ Cabe ao direito intertemporal solucionar este conflito, fixando o alcance de normas que se sucedem. Seu objeto é a determinação dos limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto.²

O postulado básico na matéria, que comporta exceções mas tem aceitação universal, é o de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as conseqüências dos mesmos, ainda que se produzam sob o império do Direito atual.³ Este princípio, conhecido como princípio da não-re-

1 Paul Roubier, *Le Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*, 1960, pp. 3-4.

2 Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal*, 1946, p. 7.

3 *Idem*, p. 10.

troatividade das leis, tem por fundamento filosófico a necessidade da segurança jurídica, da estabilidade do Direito.⁴

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 veda a edição de leis retroativas de uma maneira geral (art. 1º, seção 9, 1: “*ex post facto law*”) e proíbe aos Estados que elaborem leis que prejudiquem a obrigatoriedade dos contratos (art. 1º, seção 10, 1: “*law impairing the obligation of contracts*”). Na América Latina, à exceção do México, e na Europa, a regra da não retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo mesmo ser derogada por legislação superveniente.

No Brasil, o tema constou de todas as Constituições, desde a Imperial, de 1824, à exceção da Carta do Estado Novo, de 1937. No texto presentemente em vigor, dispõe o inciso XXXVI, do art. 5º:

“*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Foge ao escopo deste estudo o aprofundamento dos conceitos de direito adquirido e ato jurídico perfeito, que são verdadeiros tormentos para os intérpretes. Sobre o tema escreveram autores clássicos, como Savigny e Gabba, e, entre nós, Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda, sem, contudo, desvendarem todas as complexidades e perplexidades de sua aplicação aos casos concretos. Leon Duguit chegou mesmo a afirmar que há mais de meio século ensinava direito e, até então, ainda não sabia o que era direito adquirido.⁵ Recentemente, o tema mereceu a densa reflexão de Raul Machado Horta.⁶

É ainda a antiga opinião de Gabba que baliza o tema, ao apontar, como características do direito adquirido: 1) ter sido consequência de um fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular⁷. Longe das hipóteses extremas, não é difícil traçar o perfil doutrinário da não-retroatividade e do direito adquirido. As leis, de regra, são feitas para

vigorar para o futuro, sem colher fatos passados, ocorridos sob a égide de outra lei. Uma lei nova não pode pretender desconstituir um direito subjetivo cujo ciclo aquisitivo já se consumou e cujo desfrute se integra ao patrimônio do indivíduo ou da pessoa jurídica.

Calha observar que, embora a não-retroatividade seja a regra, trata-se de princípio que somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição. São elas: a) a proteção da segurança jurídica no domínio das relações sociais, veiculada no art. 5º, XXXVI, já citado;⁸ b) a proteção da liberdade do indivíduo contra a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”); c) a proteção do contribuinte contra a voracidade retroativa do Fisco, constante do art. 150, III, a (é vedada a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”). Fora destas hipóteses, a retroatividade da norma é tolerável.

A doutrina, tanto civilista quanto publicista, chancela esta linha de entendimento. Neste sentido é a lição de *Silvio Rodrigues*:

“*Assim o atual sistema brasileiro, pois, quer a Constituição, quer a lei ordinária, não falam em proibição de leis retroativas. Apenas excluem da incidência da lei nova o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*”

(...) *Entre nós a lei é retroativa, e a supressão do preceito constitucional que, de maneira ampla, proibia leis retroativas, constituiu um progresso técnico. A lei retroage, apenas não se permite que ela recaia sobre o ato jurídico perfeito, sobre o direito adquirido e sobre a coisa julgada*”.⁹

Por igual, escreveu o emérito mestre de Recife, *Pinto Ferreira*:

“*O Estado pode determinar leis retroativas, pois as circunstâncias sociais e históricas se modificam. Os entes estatais podem editar normas com eficácia retroativa ou com efeito retrooperante, mas desde que não firam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente pela lex legum*”.¹⁰

Esta é a doutrina abrigada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹¹

8 A este propósito, dediciu o Supremo Tribunal Federal, recentemente, refutando equívoco longamente divulgado, que “o disposto no art. 5º, XXXVI, da CF, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva” (RT 690/176 (1993), ADIn 493-0 (ML) — DF, Rel. Min. Moreira Alves).

9 *Silvio Rodrigues, Direito Civil*, vol. I, 4ª ed., p. 51 e 53.

10 *Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, 1989, p. 143.

11 V. RTJ 145/463 (1993), ADIn nº 605-DF, Medida Cautelar, Relator Min. Celso de Mello: “O princípio da retroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público even-

4 Paul Roubier, ob. cit., p. 223. Sobre o tema, no direito brasileiro, v. R. Limongi França, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 1982.

5 Leon Duguit, *Leçons de Droit Public Général*, 1926, p. 308.

6 Raul Machado Horta, *Constituição e Direito Adquirido*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 112/69 (1991). Vejam-se, também, R. Limongi França, ob. cit., e Wilson de Souza Campos Batalha, *Direito Intertemporal*, 1980.

7 V. Gabba, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 1868, p. 191: “É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”. V. também, Carlyle Popp, *A Retroatividade das Normas Constitucionais e os Efeitos da Constituição sobre os Direitos Adquiridos*, in Paraná Judiciário, 36/13.

O Projeto de Lei de Aplicação das Normas Jurídicas, recentemente elaborado por comissão ministerial, foge do entendimento cristalizado, dispondo de forma taxativa, em criticável proposta de inovação, “que a lei não terá efeito retroativo”.¹²

É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI, se dirige, primariamente, ao legislador, e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte *derivado*, haja vista a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configurar direito individual, que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV.¹³ Disto resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O princípio da não-retroatividade, todavia, não condiciona o exercício do poder constituinte *originário*. A Constituição é o ato inaugural do Estado, primeira expressão do Direito na ordem cronológica,¹⁴ pelo que não deve reverência à ordem jurídica anterior, que não lhe pode impor regras ou limites. Doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que “não há direito adquirido contra a Constituição”.¹⁵

Não obstante isto, mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser a regra, e a retroatividade a exceção. Sempre que for possível, incumbe ao exegeta aplicar o direito positivo, de qualquer

tualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao *status subjectiois* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI).¹²

12 V. Projeto de Lei nº 4.905, de 1995, resultante da Mensagem nº 1.293/94. Sem embargo da crítica que ora se faz quanto a este aspecto específico, o Projeto, em suas linhas gerais, e especialmente no capítulo dedicado ao direito internacional privado, dá um salto de qualidade no direito brasileiro em relação à matéria.

13 CF, art. 60, § 4º, IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV. os direitos e garantias individuais”.

14 M. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1979, p. 3.

15 Na doutrina, vejam-se por todos, Caio Mario da Silva Pereira, *Direito Constitucional Intertemporal*, in Revista Forense 304/29 (1988) e Wilson de Souza Campos Batalha, ob. cit., p. 438. Na jurisprudência, v. RTJ 67/327, Rep. nº 895, Rel. Min. Djacy Falcão, RTJ 71/461, RE nº 75.418, Rel. Min. Thompson Flores e RTJ 140/1.008, AI nº 134.271, Rel. Min. Moreira Alves, em cuja ementa se lê: “Não havendo direito adquirido contra a Constituição, a partir da instalação do Superior Tribunal de Justiça o recurso extraordinário só pode ser apreciado, como tal, no tocante às questões constitucionais que nele foram invocadas”. Também no STJ se decidiu: “A nova Carta Política proibiu, no art. 7º, IV, a vinculação de valores ao salário mínimo, ‘para qualquer efeito’. Dada a vedação, insubsiste qualquer direito adquirido à percepção de vencimentos ou proventos expressos em número desses salários” (RT 692/162 (1993), RMS 762-0-GO, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

nível, sem afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas. E mais: não há retroatividade tácita.¹⁶ Um preceito constitucional pode retroagir, mas deverá haver texto expresso neste sentido.¹⁷ Na Constituição brasileira de 1988 há exemplos de retroatividade expressa, como o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹⁸ Com base nele, aliás, entendeu-se não ser op-nível sequer a preexistência de coisa julgada, impondo-se a redução dos vencimentos do servidor aos limites constitucionais.¹⁹

O direito constitucional intertemporal cuida da disciplina dos conflitos que decorrem do advento de uma nova ordem constitucional. Esta modificação do direito constitucional positivo pode, eventualmente, ser obra do constituinte derivado, limitando-se a alterações tópicas no texto em vigor. De outras vezes, no entanto, tratar-se-á de uma reformulação integral da ordem constitucional, fruto da elaboração soberana do poder constituinte originário. O tema suscita questões de certa complexidade e comporta inúmeras variações. Confira-se.

1. Constituição nova e ordem constitucional anterior

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado.²⁰ De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir

16 Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 52.

17 Igual orientação é seguida por Wilson Batalha, ob. cit., p. 438. V., também, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 9: “Só se deve por isso aceitar como retroativa uma norma constitucional se isto resultar inapelavelmente no texto.”

18 Art. 17: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

19 RT 685/73, Ap. 158.745-1/1, TJESP, 2ª C., Rel. Des. César Peluso.

20 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1979, p. 310: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na forma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual (estatal), a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais

validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.²¹ Classicamente, como se verá adiante, a ordem constitucional tende a tolerar, por diferentes fundamentos, as normas anteriores à sua vigência que sejam com ela compatíveis.

Merecem tratamento específico, no entanto, as relações que se estabelecem entre a Constituição nova e as normas que integravam o ordenamento constitucional que está sendo substituído. Naturalmente, no que sejam incompatíveis, inexistente qualquer dúvida de que a norma anterior fica revogada, pela singela aplicação da regra geral de que as normas posteriores revogam as anteriores quando incompatíveis. A questão se adensa em complexidade, todavia, quando se investiga a situação das normas do regime constitucional anterior que não se contraponham à nova ordem.

A Constituição escrita ordena sistematicamente os princípios fundamentais da organização política do Estado e das relações entre este Estado e o povo que o compõe. É documento único e supremo. Não se pode cogitar, salvo casos de patologia institucional grave, da existência simultânea de mais de uma Constituição no âmbito territorial de um Estado.²² Posta em vigor uma nova Constituição, nenhum ato jurídico anterior pode ter a pretensão de subsistir com caráter de norma suprema. Merece registro, no particular, a lição de *Jorge Miranda*:

“Antes de mais, uma Constituição nova revoga a Constituição anterior. Por definição, não pode haver senão uma Constituição — em sentido material e em sentido formal.

(...) Esta revogação é uma revogação global ou de sistema, e não uma revogação stricto sensu ou uma recepção individualizada, norma a norma. Não

elevado”. Sobre o mesmo tema, na mesma linha, em versão mais didática, v. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1990, p. 48 e ss.

21 Veja-se o tema, em palavras de J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 1991, p. 142): “A superioridade normativa do direito constitucional implica, como se disse, o princípio da conformidade de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais (...). Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior (princípio da hierarquia), e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade).”

22 No Brasil, desde o início do regime militar, em abril de 1964, até a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, vigoraram os chamados “atos institucionais”. Tais atos prevaleciam sobre a Constituição formal, e, embora travestidos de figura de direito, eram mera expressão da supremacia do poder de fato que controlava o País e se punha acima das instituições jurídicas. Registre-se que, nos Estados Federais, a existência de constituições estaduais não colide com o que se vem de afirmar, de vez que tais diplomas são elaborados no exercício de competência derivada da própria Constituição Federal, a cujos princípios estão subordinados.

cabe indagar da compatibilidade ou não de qualquer norma constitucional anterior com a correspondente norma constitucional nova ou com a nova Constituição no seu conjunto: basta a sua inserção na anterior Constituição para que automaticamente — expressa ou tacitamente — fique ou se entenda revogada pela Constituição posterior”.²³

A regra geral de que a nova Constituição revoga inteiramente a ordem constitucional anterior não é incompatível com certas situações peculiares de subsistência de regras constitucionais precedentes. É possível cogitar-se, por exemplo, de que a nova Carta expressamente mantenha em vigor, e com o mesmo caráter constitucional, preceitos do ordenamento que está sendo substituído. Por evidente, o poder constituinte que tem força para revogar, tem também para conservar. Apenas neste caso, que se denomina de recepção material,²⁴ o título jurídico da superioridade da norma mantida não é a ordem constitucional anterior, mas a atual.

Além da recepção material, a doutrina admite ainda uma outra possibilidade de aproveitamento legítimo das normas constitucionais do regime anterior, desde que compatíveis com o novo sistema. Trata-se do fenômeno da *desconstitucionalização das normas constitucionais*, pelo qual os preceitos do regime constitucional precedente, embora perdendo o caráter hierarquicamente superior, continuam a vigorar como leis ordinárias. A tese encontra lastro em *Carl Schmitt*²⁵ e foi explorada por *Esmein*. De fato, constatou o autor francês, na linha teórica do próprio Schmitt, que as Constituições escritas contêm, freqüentemente, disposições que não são constitucionais, senão pela forma, tendo conteúdo, todavia, de normas administrativas, penais etc. Fundado em tal premissa, desenvolveu o raciocínio da sobrevivência das normas apenas formalmente constitucionais, quando compatíveis com a nova ordem. Em suas próprias palavras:

“Pois bem: admite-se que disposições dessa natureza, que só pertenciam à Constituição revogada por um liame fático, sobrevivam a ela e absolutamente não caíam com ela. Dá-se-lhes tratamento de leis ordinárias — no fundo é o que são — mas, ao mesmo tempo, são reconduzidas à qualidade destas. Desgarram-se da Constituição, em que estavam encaixadas, e é por isso que permanecem em vigor; mas, ao mesmo tempo, perdem a eficácia de normas constitucionais, e, daí por diante, podem, como outra lei qualquer, ser modificadas pelo legislador ordinário”.²⁶

23 Jorge Miranda, ob. cit., p. 239.

24 V. Jorge Miranda, ob. cit., p. 240.

25 Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*, s.d., pp. 32-33.

26 A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 1914, p. 582.

Entre nós, *Pontes de Miranda*,²⁷ *José Afonso da Silva*²⁸ e *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*²⁹ admitem a tese. Em sede de direito positivo, a antiga Constituição do Estado de São Paulo, de 13.05.67, abrigava expressamente o princípio da desconstitucionalização,³⁰ assim como o faz a Constituição portuguesa em vigor, *in verbis*:

“Art. 290^a (*Direito anterior*) 1. *As leis constitucionais posteriores a 25 de abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte.* 2. *O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.*”

Sem embargo, salvo os casos em que haja previsão constitucional nesse sentido, não merece acolhida a tese de permanência da norma constitucional anterior com caráter ordinário.³¹ É que, como visto, uma nova Constituição, ao entrar em vigor, revoga *ipso iure* todo o ordenamento constitucional anterior. Trata-se de uma revogação de sistema, que, em princípio não resguarda nenhuma norma constitucional precedente. Tenha-se em conta que, classicamente, entre normas de igual hierarquia, considera-se que a posterior revoga a anterior quando (a) expressamente o declare, (b) seja com ela incompatível (c) regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.³²

27 *Pontes de Miranda, Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, tomo II, pp. 560-561: “As leis que continuam em vigor são todas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova. *Inclusive as regras contidas na Constituição anterior, posto que como simples leis*”. No mesmo sentido escreveu em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, tomo I, 1970, pp. 249-250.

28 *José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1982, p. 207: “Parece-nos perfeitamente aceitável essa doutrina, pois que ela satisfaz o princípio da compatibilidade entre as normas da ordem jurídica, desde que, no caso, não se verifica conflito. Mas a regra constitucional anterior compatível não continua constitucional, porque isso contraria o conceito de constituição formal, que há de ser aquele documento solene e escrito criado pelo poder constituinte. Fica, então, a regra valendo e vigendo, de acordo com o princípio da continuidade das normas compatíveis, mas como norma de caráter ordinário. É o que se chama princípio da desconstitucionalização das normas jurídicas.”

29 *Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direito Constitucional Comparado, I — O Poder Constituinte*, 1974, p. 113.

30 Assim dispunha aquele diploma: “Art. 147. Considerem-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariem esta Constituição.”

31 *Jorge Miranda*, ob. cit., p. 241: “A desconstitucionalização... tem de ser prevista por uma norma. Não pode estribar-se em mera concepção teórica ou doutrinária. (...) Mas não tem de ser norma expressa ou norma constitucional formal; poderá tratar-se de norma de origem consuetudinária”.

32 Esta é a doutrina acolhida no art. 2^o, § 1^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, que tem efeito de uma lei geral de aplicação das normas jurídicas.

Pois bem: na hipótese aqui cogitada, incide o fundamento da letra *c*, supra: uma nova Constituição regula inteiramente a matéria de que tratava a Constituição precedente. A não reprodução, a nova Carta, de uma regra constante do ordenamento constitucional anterior, sem a ressalva de sua continuidade, é um ato de vontade do constituinte, que manifestamente desejou abster-se do tratamento da matéria. Ao legislador infraconstitucional, se assim desejar, caberá reeditar o preceito. Este modo de encarar o problema tem a adesão de *Wilson de Souza Campos Batalha*, que averbou, com propriedade:

“A Constituição suprimida e substituída deixou de ser norma vigente e não pode continuar a vigor em plano inferior e sub conditione. Sua vida cessou, substituída por outra Constituição. Se as leis anteriores à nova Constituição sobrevivem, quando nesta podem encontrar renovado fundamento de validade, o mesmo não ocorre com os velhos preceitos constitucionais. Pura e simplesmente deixam de ter validade no plano do ordenamento jurídico; sua invocação poderia ocorrer, não como norma vigente, mas como princípio tradicional do direito do País”.³³

De modo que, no sistema brasileiro, uma vez promulgada uma nova Constituição, fica inteiramente revogada a anterior, sendo indiferente o fato de suas normas guardarem ou não compatibilidade entre si. Até porque, diante da fatura de constituições que tem marcado a história brasileira, correr-se-ia o risco de se ter em vigor, ainda hoje, com força de lei ordinária, normas das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Ninguém precisa disso.

2. Emenda constitucional e Constituição em vigor

A Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade. Por tal razão, todas as Constituições modernas, desde a norte-americana, de 1787, prevêm a possibilidade de sua própria reforma e estabelecem as regras que vão reger a matéria. A reforma da Constituição, como se sabe, é obra do poder constituinte derivado, e, como tal, representa o exercício de um poder que é juridicamente limitado.³⁴ É o próprio constituinte originário quem

33 *Wilson de Souza Campos Batalha*, ob. cit., p. 436.

34 Veja-se sobre o tema, genericamente, a tese de *Paulo Braga Galvão, Limitações ao Poder de Emendar a Constituição*, 1988, mimeo. A produção jurídica nesta matéria foi potencializada pela previsão do art. 3^o do ADCT, promulgado juntamente com a atual Constituição, que previu a realização de uma revisão constitucional após cinco anos de vigência da Carta de 1988. Realizada em meio a acirrada polêmica sobre seus limites materiais, a revisão não produziu senão alterações de menor expressão. Vejam-se, em meio a muitos trabalhos elaborados a este propósito, *Raul Machado Horta, Permanência e Mudança na Constituição, separata da Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 74/75*, 1992; *Geraldo Ataliba, Limites à Revisão Constitu-*

regula o processo de criação de novas normas constitucionais, bem como determina o conteúdo que possam ter.

Quando a sucessão da ordem constitucional se dá com observância das regras vigentes, afirma-se que, apesar da alteração normativa, houve *continuidade formal* do direito constitucional, porque as novas normas se reconduzem, jurídica e politicamente, à ordem constitucional implica em ruptura, revolucionária ou não, com a ordem constitucional anterior.³⁵ Já o conceito de *descontinuidade material* identifica-se com a situação em que, além da ocorrência de uma ruptura formal (ou eventualmente sem ela), se verifica também uma “destruição”³⁶ do antigo poder constituinte por um novo poder constituinte, “alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior”.³⁷

No Brasil houve, sem dúvida, descontinuidade formal e material na substituição da Carta Imperial de 1824 pela Constituição de 1891, fruto do golpe que proclamou a República; na edição da Constituição de 1934, que institucionalizou, tardiamente, o movimento revolucionário de 30, que rompeu com o regime constitucional da República Velha; quando da outorga da Carta de 1937, que instaurou o Estado Novo sobre as ruínas do regime de 1934. Por outro lado, a elaboração da Constituição de 1946 foi precedida de convocação de assembleia constituinte, dentro dos quadros da legalidade anterior. Aí, talvez, não se possa falar em descontinuidade formal, embora certamente tenha havido descontinuidade material, pela mudança do título de exercício do poder constituinte: transferiu-se do poder didatorial e unipessoal de Vargas para a soberania popular. Hipótese inversa ocorreu com o golpe de 1964: não houve descontinuidade formal, porque mantida a Constituição de 1946, mas houve mudança

cional de 1993, separata da Revista Trimestral de Direito Público nº 3, 1993; Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Revisão Constitucional e Plebiscito*, 1993, mimeo; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *A Revisão Constitucional Brasileira*, 1993; Jair Eduardo Santana, *Revisão Constitucional*, 1993; Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, 1993. Veja-se, mais recentemente, José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral da Revisão Constitucional*, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG 34/47 (1994).

35 V. J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., 1991, pp. 147-148. Em livro interessantíssimo (*Discovering the Constitution*, 1992), Bruce Ackerman, professor da Universidade de Yale, identifica três momentos de descontinuidade formal na experiência constitucional americana, pela inobservância do processo adequado de reforma constitucional: a elaboração, em si, da Constituição, em 1787, em desconformidade com os *Artigos da Confederação* então vigentes, havendo os delegados das colônias extrapolado os mandatos que lhes haviam sido conferidos; a aprovação da 14ª emenda, pouco após a guerra civil; e a drástica mudança da jurisprudência da Suprema Corte relativamente às políticas da *New Deal*, na década de 30.

36 A referência a “*destrucción de la Constitución*” se colhe em Carl Schmitt (ob. cit., p. 115), entendida como a “*supresión de la Constitución existente (y no solo de una o varias leyes constitucionales)*, acompañada de la supresión del Poder constituyente en que se basaba”.

37 J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 149.

do título de exercício do poder, que passou a ser investido no movimento militar vitorioso.³⁸

A Carta de 1967 não importou, quer em descontinuidade formal, quer em material, por isto que convocada pelo poder que se instalara em 1964, que tutelou o processo onde apenas nominalmente agiu o Congresso Nacional. Soberania popular nem pensar... A Carta de 1969 — formalmente emenda constitucional à Carta de 1967 —, curiosamente, importou em descontinuidade formal, por inobservância do processo de reforma previsto no texto de 1967, sem que tivesse havido, contudo, descontinuidade material, por isto que foi obra do poder militar, que, ainda quando ilegitimamente, já exercia o poder constituinte desde 1964.

Por fim, a Constituição de 1988, sem qualquer dúvida, terá importado em descontinuidade material, haja vista ter coroado um movimento popular reivindicatório pelo qual a soberania popular retomou por si o poder constituinte que lhe fora usurpado desde 1964. Poder-se-á cogitar da existência de descontinuidade formal, pelo fato de a assembleia constituinte que a elaborou haver sido convocada por emenda constitucional à carta então vigente.³⁹ Em nenhuma hipótese, contudo, será correto o argumento de que o Texto em vigor não terá sido fruto de um poder constituinte originário, porque convocado pelos órgãos do poder constituído anterior.⁴⁰ Mais do que em qualquer outro momento na história brasileira, a Constituição de 1988 é produto legítimo do exercício da

38 É o que deflui, sem margem de dúvida, do Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, onde se lia: “A Revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. (...) Ela destituiu o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. (...) Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República (...). Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.”

39 A Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.85, previu: “*Art. 1º.* Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. *Art. 2º.* O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. *Art. 3º.* A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.”

40 Este ponto de vista foi manifestado diversas vezes, quando das discussões da Assembleia Constituinte, pelo então Consultor-Geral da República, Saulo Ramos. Também se pronunciou no mesmo sentido Yves Gandra da Silva Martins, em palestra sobre os limites da revisão constitucional proferida na Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio de Janeiro.

soberania popular, com as virtudes e vícios que daí advêm, sobretudo quanto às imperfeições do sistema representativo.

Feita a digressão doutrinária, é bem de ver que a generalidade das Constituições dita regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto em via institucional. No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo, ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º).

Além dos requisitos formais acima identificados, o poder de emenda sofre limitações⁴¹ que lhe foram impostas pelo constituinte originário. Com efeito, no direito constitucional positivo brasileiro, há condicionantes de caráter circunstancial à reforma da Lei fundamental, lançadas no § 1º do art. 60: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

Existem, também, as chamadas limitações *materiais*⁴² ao poder de reforma constitucional, conhecidas como *cláusulas pétreas*, que vêm previstas no § 4º do art. 60, onde se veda a apreciação 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.”

Ora bem: sobrevindo uma emenda constitucional, os dispositivos anteriores da Lei Fundamental que sejam com ela incompatíveis ficam revogados. É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do texto constitucional acima noticiados. Se os violar, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade.⁴³

41 Além das limitações circunstanciais e materiais, vistas a seguir, a doutrina reconhece também a existência de limitações ditas *temporais*, que consistem na estipulação de um prazo mínimo após o início de vigência da Constituição para que ela possa ser objeto de reforma. Norma deste teor vinha prevista na Constituição do Império, mas não existe na Carta atual.

42 Além das limitações materiais *expressas*, alguns doutrinadores fazem referência, também, a limitações materiais *implícitas* (v. Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, 1954, p. 93 e ss.; Paulo Bonavides, *Direito constitucional*, 1980, p. 175 e ss.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado, I. O Poder Constituinte*, 1974, pp. 155-156. A ampliação das limitações materiais expressas feita pela Constituição de 1988 reduziu a valia da teoria das limitações implícitas. Mas há uma que ainda subsiste como limitação implícita: o poder constituinte derivado não pode alterar as regras relativas ao processo de edição da própria emenda.

43 Vejam-se sobre o tema, em meio a outros: Otto Bachoff, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, 1994, pp. 52-54; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 1988, pp. 287-294; Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, 1989, p. 97; J.J. Gomes

Há precedentes sobre o tema na prática constitucional brasileira. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal considerou inválido dispositivo da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.94, que excluía do princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b) o IPMF (imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira), e vedou sua cobrança no mesmo exercício em que instituído.⁴⁴ Relembre-se que as emendas constitucionais deverão sempre respeitar os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, que são direitos individuais igualmente preservados da ação do constituinte reformador.

Ainda nesta temática, o STF, assim no regime constitucional anterior como no atual, tem entendido cabível mandado de segurança contra o simples processamento de emenda constitucional que viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. De fato, em mais de um precedente, a Corte reconheceu, em sede de controle *incidental*, a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.⁴⁵

De todo modo, sendo a emenda constitucional formal e materialmente válida, tem vigência imediata e revoga as normas constitucionais precedentes que sejam com ela incompatíveis. Aqui, ao contrário do que normalmente se passa com o advento de uma nova Constituição, não há descontinuidade de qualquer natureza, seja formal ou material. Tampouco há que se falar em revogação de sistema. A revogação aqui operada é limitada ao dispositivo substituído e às eventuais implicações sistêmicas que disto resulte.

3. Constituição nova e direito infraconstitucional anterior

A interpretação constitucional conduz-se sob a inspiração de determinados princípios cardeais, que a singularizam, dando-lhe um toque de especificidade. Dentre estes princípios destacam-se, para os fins do tópico aqui versado, o da supremacia da Constituição e o da continuidade da ordem jurídica.

O *princípio da supremacia da Constituição*, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a idéia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de

Canotilho, *Direito Constitucional*, 1987, pp. 756-758 e José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1989, pp. 58-60.

44 ADIn nº 939-7-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, in DJU 21.01.94, p. 193.

45 V. RTJ 99/1.031 (1982), MS nº 20.257, Rel. Min. Moreira Alves; RDA 193/266 (1993), MS nº 21.747, Rel. Min. Celso de Mello e RDA 191/200 (1993), MS nº 21.642, Rel. Min. Celso de Mello.

todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem.

Merece relevo, por igual, o *princípio da continuidade da ordem jurídica*. Ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal preexistente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida importará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isto, toda a legislação ordinária, federal, estadual e municipal que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia. Se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infraconstitucional pudesse recompor inteiramente todo o domínio coberto pelas normas jurídicas anteriores.⁴⁶

As relações entre uma nova Constituição e uma lei a ela anterior situam-se na confluência destes dois princípios. O primeiro condena à invalidade e à ineficácia toda e qualquer norma incompatível com a Carta Constitucional. O segundo, de superlativo valor pragmático, procura preservar a vigência e eficácia da legislação que vigorava anteriormente ao advento da nova Constituição. As Constituições de 1891 e 1934⁴⁷ positivaram a regra da continuidade da ordem jurídica, embora o princípio pudesse prescindir de texto expresso.⁴⁸ As demais Cartas brasileiras não o reproduziram, mas jamais se questionou a sua permanência em nosso sistema.

A continuidade da ordem jurídica se dá através de um processo ao qual a doutrina costuma referir-se como *recepção*, sob inspiração, ainda que, da lição de *Hans Kelsen*, a seguir reproduzida:

“Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...). O que existe, não é uma

46 Sobre o tema, v. Caio Mario da Silva Pereira, ob. cit., p. 30 e ss.; Wilson de Souza Campos Batalha, ob. cit., p. 434 e ss.; Jorge Miranda, ob. cit., p. 242 e ss.; J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1.114 e ss.

47 Constituição Federal de 1891, art. 83: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo *regimen* no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados;” Constituição Federal de 1934: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente não contrariarem as disposições desta Constituição.”

48 Escreveu Ruy Barbosa (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. VI, 1934, p. 406): “Não se havia mister de que a Constituição formalmente o declarasse, para se ver ou saber que não repudiava as leis e instituições anteriores, com ela compatíveis, ou dela complementares. Em todas as constituições, está subentendida essa disposição.”

criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra”.⁴⁹

É concluído o mestre de Viena, retomando sua idéia básica da Constituição como fundamento de validade da ordem jurídica:

*“Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este mas também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, mudou. Com o tornar-se eficaz da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o facto constituinte e os factos postos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como factos de produção e de aplicação de normas jurídicas.”*⁵⁰

É preciso atentar, aqui, que, embora o texto da norma recepcionada permaneça o mesmo, poderá ela merecer leitura a interpretação diversas, quando o novo ordenamento esteja pautado por princípios e fins distintos do anterior. Retomando a lição de Kelsen, também *Norberto Bobbio* doutrinou a respeito:

*“O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas as normas do novo, no sentido de que elas são válidas mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual o ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito a forma.”*⁵¹

Justamente por não se tratar de mero recebimento das normas anteriores, mas de verdadeira recriação de seu sentido, é feliz o emprego da palavra *novação*, em lugar de recepção, como faz *Jorge Miranda*, que sintetizou com maestria as conseqüências jurídicas do fenômeno em três corolários:

“a) Os princípios gerais de todos os ramos de Direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram direta ou indiretamente, enquanto revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição;

49 Hans Kelsen, ob. cit., p. 290-91.

50 *Idem*.

51 Norberto Bobbio, ob. cit., p. 177.

b) As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem se conformes com as suas normas e os seus princípios;

c) As normas anteriores contrárias à Constituição, mesmo que contrárias a normas programáticas, não podem subsistir — seja qual for o modo de interpretar o fenómeno da contradição.”⁵²

Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior.⁵³ Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas de hermenêutica constitucional brasileira que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade desta postura:

“Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.”⁵⁴

No fenómeno da recepção, o que é verdadeiramente imperativo é a compatibilidade entre o velho e o novo, como enfatizado pela pena ilustre dos principais comentadores nacionais. João Barbalho advertiu:

“O que unicamente existe em vigor da anterior legislação é o que nela não se acha em antinomia com o novo regime e com seus princípios fundamentais. E é de notar que não se torna necessário, para haver-se por derogada essa legislação, que ela enfrente algum artigo ou expressa disposição constitucional, basta que tenha ficado em oposição ao sistema fundado pela Constituição e aos princípios nela consagrados (art. 83). Sábia disposição, zeladora da pureza e exação do sistema e da sua genuína e sincera execução.”⁵⁵

Carlos Maximiliano, após enfatizar a revogação automática dos textos incompatíveis com o estatuto supremo, acrescentou:

“Basta a antinomia implícita para desaparecer o texto ordinário e prevalecer o fundamental.”⁵⁶

52 Jorge Miranda, ob. cit., pp. 243-244.

53 Para um valioso estudo de caso, veja-se Humberto Ribeiro Soares, *Convênio Tributário e a Constituição de 1988*, 1992.

54 José Carlos Barbosa Moreira, *O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição*, in *Revista Forense* 304/151 (1988), p. 152.

55 João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, 1924, pp. 487-88.

56 Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira (de 1891)*, 1918, p. 786.

Para que não se torne enfadonha e repetição, veja-se, por fim, *Pontes de Miranda*, remarcando igualmente a evidência:

“As leis que continuam em vigor são todas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova.”⁵⁷

As manifestações transcritas acima, embora cuidassem de destacar a necessária compatibilidade entre a velha ordem e a nova Constituição, passam ao largo de uma discussão que seduz os teóricos, mas que tem, igualmente, significativas conseqüências práticas. É que a doutrina tem assumido posições que se contrapõem com certo radicalismo no que toca às relações entre a Constituição e a lei anterior.

De um lado, há os que sustentam que a nova Constituição, ao entrar em vigor, simplesmente revoga toda a legislação precedente com ela incompatível. Portanto, cuidar-se-ia de um conflito de natureza temporal, a ser resolvido no plano da vigência da norma. De outro lado, há os que sustentam a inadequação de se tratar tal questão à luz do direito intertemporal, sob o argumento de que a regra *lex posterior derogat priori* somente se aplica a normas de igual hierarquia. Por via de conseqüência, consideram que o conflito entre a Constituição e a lei anterior é de natureza hierárquica, a ser resolvido no plano da validade da norma. Logo, se a Constituição e a norma anterior são incompatíveis, é caso de pronunciar-se a *inconstitucionalidade* da norma, e não sua revogação.

A questão, portanto, se põe em termos de saber se a lei anterior incompatível com a Constituição deve ser tida como revogada ou se é necessário declarar-lhe a inconstitucionalidade. A tese da revogação, aparentemente, tem a preferência da doutrina nacional. Confirma-se a lição de Victor Nunes Leal:

“Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível.”⁵⁸

Assim, também, Francisco Campos:

“Todas as leis anteriores incompatíveis com a Constituição encontram-se tacitamente revogadas”.⁵⁹

Na mesma linha foi a manifestação do eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, que, em trabalho doutrinário, averbou:

57 Pontes de Miranda, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934, vol. II, p. 560.

58 Victor Nunes Leal, *Leis Complementares da Constituição*, in *RDA* VII/379, p. 390.

59 Francisco Campos, *Direito Constitucional*, tomo II, 1956, p. 103.

“A superveniência de norma constitucional revoga legislação ordinária com ela incompatível, ou a questão seria de ser resolvida no controle de constitucionalidade?”

A doutrina e a jurisprudência brasileira concebem a questão no âmbito do Direito Intertemporal: a legislação anterior à Constituição e com esta incompatível considera-se revogada.”⁶⁰

Não têm faltado, por outro lado, doutrinadores da melhor linhagem sustentando a tese oposta. Carlos Nunes, já em 1943, defendia:

“Tem-se dito — e é essa a opinião generalizada, quer na exposição do nosso Direito Constitucional, quer na jurisprudência — que as leis preexistentes e havidas como incompatíveis com a Constituição são leis revogadas, que escapam ao tratamento da declaração da inconstitucionalidade. Tenho divergido desse entendimento assentado de longa data pelo Supremo Tribunal.

(...) A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigorar em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade.”⁶¹

Em igual sentido é a compreensão de Wilson de Souza Campos Batalha, que escreveu:

“Se, ao contrário, essas normas jurídicas elaboradas na vigência da Constituição anterior vierem a atritar-se com os novos textos constitucionais, cessarão de vigorar, a partir da data do início da vigência da Constituição recente, porque não poderão encontrar nesta fundamentação para sua validade; serão normas inconstitucionais. A rigor, não se poderá dizer que a Constituição revogou as normas anteriores que lhe eram contrárias. A revogação opera-se apenas entre normas de igual hierarquia: a lei revoga-se por outra lei.

(...) A Constituição não revogou as leis anteriores que lhe eram contrárias; apenas estas deixaram de existir no plano do ordenamento jurídico estatal, por haverem perdido seu fundamento de validade”.⁶²

60 Carlos Mario da Silva Velloso, *Controle da Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*, in *Temas de Direito Público*, 1994, p. 138. Veja-se igual orientação em Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 1990, p. 116; em Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, 1988, p. 96, e em Ronaldo Poletti, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, 1985, p. 165.

61 Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, pp. 600-01. Aparentemente no mesmo sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti (*Do Controle de Constitucionalidade*, 1966, p. 171), embora em texto ambíguo e pouco claro.

62 Ob. cit., p. 434.

A polêmica se põe, também, no plano do direito comparado.⁶³ Na Itália, depois de alguma controvérsia doutrinária, prevaleceu a tese de que a hipótese se resolve em termos de ilegitimidade constitucional, e não de revogação.⁶⁴ Foi neste sentido a sentença nº 1, de 1956, que bem distinguiu as diferentes figuras envolvidas assentando que “os dois institutos jurídicos da ab-rogação e da ilegitimidade constitucional das leis não são idênticos entre si, movem-se em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas”.⁶⁵ Tal decisão foi respaldada pelos principais publicistas italianos.⁶⁶

Na Alemanha o tratamento é distinto, quer se trate de controle *in concreto* ou de controle *in abstracto*. De fato, o Tribunal Constitucional Federal entendeu não ser de sua competência, mas, sim, do juiz da causa, a solução da arguição incidente de incompatibilidade de lei anterior com a Constituição. Vale dizer: não considerou ser o caso de se suscitar questão constitucional a ser encaminhada para o Tribunal.⁶⁷ Todavia, no controle abstrato, entendeu “cabere-lhe a aferição da compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Lei fundamental”.⁶⁸ De modo que o direito alemão trata a questão, ora como de nível infraconstitucional — *i.e.*, como revogação —, ora como de nível constitucional.⁶⁹

Na Espanha, a letra expressa da Constituição sugere uma adesão à teoria ab-rogatória e não à da inconstitucionalidade. De fato, na parte final de seu texto, contém a Carta espanhola uma “*disposición derogatoria*”, cujo item 3

63 Os comentários que se seguem beneficiam-se do valioso levantamento feito pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vencido publicado na RDA 187/152 (1992), a que adiante se fará menção.

64 V. Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, 1984, p. 268: “...todo contraste entre uma lei anterior e a Constituição produz, antes de uma ab-rogação, uma ilegitimidade constitucional”.

65 *Giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana*, 1985, p. 3: “*I due istituti giuridici dell’abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identifi fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse*”. V. voto do Ministro Sepúlveda Pertence referido acima.

66 Vejam-se, entre outros, Calamandrei (*Corte Constitucional y Autoridad Judicial*, in *Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. Bs.As., 1973, III/121, p. 149 e ss.); C. Mortati (*Abrogazione Legislativa e Instaurazione di un Nuovo Ordinamento Costituzionale*, 1958, in *Raccolta di Scritti*, II/43, 68), Mauro Cappelletti (*La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*, 1972, p. 88, Balladore-Palieri, *Diritto Costituzionale*, 1955, p. 281, *apud* Sepúlveda Pertence, RDA 187/152, 156 (1992).

67 BVerfGE, 2:124, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 75.

68 Odím Brandão Ferreira, *apud* Sepúlveda Pertence, cit.

69 Dispõe a propósito a Constituição alemã: “Art. 126. (Divergências sobre a continuidade da vigência de direito antigo). As divergências sobre a continuidade da vigência de qualquer disposição jurídica, sob a forma de direito federal, serão decididas pelo Tribunal Federal Constitucional.”

prescreve que “*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongam al establecido en esta Constitución*”. Sem embargo, o Tribunal Constitucional temperou a leitura mais óbvia do dispositivo com a adoção de uma tese híbrida. Se o juiz se convencer, à luz do caso concreto, da existência de incompatibilidade entre a Constituição e a lei anterior, poderá prosseguir e decidir a lide, sem precisar suspender o processo e levantar a questão constitucional. Se, porém, estiver em dúvida, poderá levantar, perante o Tribunal Constitucional, a questão de inconstitucionalidade superveniente.⁷⁰

Em Portugal existe, atualmente, norma constitucional expressa endossando a orientação da inconstitucionalidade superveniente, tese que desde antes já contava com a adesão dos principais doutrinadores. Veja-se, por todos, a posição de *Gomes Canotilho*:

“*Os juízes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotrai a um momento anterior ao da entrada em vigor da Constituição.*”

(...) *A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade).*

(...) *O fato de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efetuar pelo órgão com competência para esse efeito.*”⁷¹

Algumas peculiaridades da realidade brasileira e do sistema de controle de constitucionalidade aqui adotado realçam a polêmica doutrinária existente. De fato, a sucessão de cartas constitucionais e de emendas ao longo de nossa acidentada história institucional faz com que se coloque rotineiramente perante os tribunais a questão da vigência ou validade de normas anteriores à mudança constitucional. Quando a decisão é pronunciada no caso concreto, não há qualquer implicação prática na opção pela tese da revogação ou da inconstitu-

70 V. Francisco Fernandez Segado, *El Sistema Constitucional Español*, 1992, pp. 75-79, e Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional*, 1981, p. 85. A sentença nº 4, de 2.02.81, estabeleceu: “*Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entendien que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad*” (apud Francisco Segado, ob. cit., p. 78).

71 J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1.115. No mesmo sentido, Jorge Miranda, ob. cit., p. 248 e ss.

cionalidade superveniente. É que, em qualquer caso, ter-se-ia como ineficaz a norma a partir do momento da promulgação da Constituinte. De fato, tanto a revogação — retirada de vigência da lei — como a declaração incidental de inconstitucionalidade — *i.e.*, reconhecimento de sua invalidade — produziriam o mesmo resultado: não aplicação, pelo juiz, da norma impugnada, que terá deixado de existir ou de valer na mesma data.

No plano processual, todavia, surge uma importante consequência prática da qualificação doutrinária da matéria. É que, no Brasil, além do controle de constitucionalidade incidental e difuso, existe o controle por via principal, em tese ou por ação direta, previsto expressamente no art. 102, I, da Constituição Federal. Veja-se, então: se a questão se põe em termos de inconstitucionalidade superveniente, caberá ação direta de inconstitucionalidade contra a norma anterior à Constituição e que seja com ela incompatível. De outra parte, se se encara a matéria em termos de revogação, a ação direta será descabida, porque não se pode cogitar de declarar inconstitucional o que já não existe no mundo jurídico.

O tema esteve pacificado por muitos anos em sede jurisprudencial, havendo sido reagitado em amplo debate perante o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIn nº 2, em 6.02.92. Em longo e erudito voto, reproduzido no julgamento de diversas outras ações, o Ministro *Sepúlveda Pertence* sustentou a tese da *inconstitucionalidade superveniente*, em contraposição à idéia até então dominante de que todas as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis ficavam revogadas. Foi acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. Na vigorosa sustentação de seu voto, escreveu:

“*Não nego a paridade de efeitos substanciais entre a concepção da inconstitucionalidade superveniente e a da ab-rogação pela Constituição nova do direito pré-constitucional ordinário, com ela incompatível.*”

(...) *Prefiro-a (a tese da inconstitucionalidade superveniente) àquela da simples revogação, porque entendo que a consequência básica da sua adoção — o cabimento da ação direta —, é a que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.*

Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infra-constitucional pela norma constitucional posterior — se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade —, redundaria em fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias freqüentemente tortuosas do sistema de recursos.”⁷²

72 ADIn nº 438, julgada em 7.02.92, onde se transcreve na íntegra o voto da ADIn nº 2, julgado na véspera. Ressalvando sua opinião pessoal, curvou-se o Ministro Pertence à deliberação da maioria, que não conhecia do pedido por impossibilidade jurídica, averbando: “Guardando,

Prevaleceu, todavia, a posição do Ministro Paulo Brossard, na linha da tradicional jurisprudência da Suprema Corte. Com a adesão de oito ministros, o acórdão proferido na ADIn nº 2 inscreveu em sua ementa a síntese da posição vitoriosa:

“O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido”.⁷³

Há um vasto elenco de bons argumentos em favor de uma e outra posições. Existem, mesmo, autores que procuram conciliar as correntes opostas, cunhando uma solução híbrida para o problema. É o que faz *Lucio Bittencourt*, em passagem constantemente lembrada:

“A revogação se verifica quando a lei, taxada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade.”⁷⁴

Este ponto de vista intermediário ou conciliador tem a adesão de *José Afonso da Silva*, que, concordando com *Lúcio Bittencourt*, afirma que na hipótese “se dá uma revogação por inconstitucionalidade, numa por assim dizer revogação por invalidação...”⁷⁵ É o que também transparece da lição de *J.J. Gomes Canotilho*, já referida, que entende haver “um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em

embora, meu inabalável convencimento derrotado, rendo-me à força numérica e à vontade da maioria e acompanho o eminente Relator”, in RDA 187/152 (1992).

⁷³ V. Paulo Brossard, *A Constituição e as leis a ela anteriores*, in separata da Revista Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 45, n. 180, p. 11. O trabalho apresenta um amplo levantamento da jurisprudência do STF sobre o tema. Vejam-se, exemplificativamente: RTJ 131/1.070 (1988), RTJ 130/1.002 (1989), RDA 188/ (1992), RTJ 145/347 (1993).

⁷⁴ *Lúcio Bittencourt*, *O Controle da Constitucionalidade das Leis*, 1968, p. 131.

⁷⁵ *José Afonso da Silva*, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1982, p. 202.

relação de contrariedade)”.⁷⁶ Ainda quando esta postura híbrida possa ser sedutora ao espírito — *in medio virtus* —, o fato é que ela não soluciona o problema prático. Convém aprofundar a análise do tema e emitir nossa opinião.

Uma norma incompatível com a Constituição poderá sempre ensejar um juízo de inconstitucionalidade. A rigor doutrinário, tal juízo não sofre condicionamento de natureza temporal, podendo recair sobre lei anterior ou sobre lei posterior. Isto porque o que induz à inconstitucionalidade é a incompatibilidade, independentemente do momento em que se verifica. Esta poderá ser contemporânea ao nascimento da lei, ou superveniente, na hipótese de alteração do preceito constitucional.

De outra parte, uma lei posterior, sendo incompatível com a anterior, deve revogá-la, desde que seja de hierarquia igual ou superior. Não seduz, com todas as vênias, a tese de que lei posterior de hierarquia mais elevada não possa suceder a norma inferior, com eficácia ab-rogatória. Parece pouco lógico que a norma superveniente, sendo de igual hierarquia, possa retirar da vigência a anterior, mas sendo superior não possa.

A conclusão a que se chega, de cada um dos parágrafos antecedentes, é que uma e outra correntes têm bom substrato doutrinário. Tanto é razoável a idéia de revogação, quanto a da inconstitucionalidade superveniente. Está-se diante de duas proposições lógicas e bem fundadas. Em sendo assim, a opção por uma ou outra envolve matéria de política legislativa, cabendo, em princípio, ao próprio constituinte fazer a escolha, formulando seu juízo de conveniência e oportunidade. Não o fazendo, a decisão transfere-se para a Corte Constitucional ou para o Supremo Tribunal.

No caso brasileiro, como se assinalou, a opção por uma ou por outra solução tem importante consequência prática: posta a matéria em termos de revogação, não caberá ação direta, pois não se pronuncia a inconstitucionalidade de lei que já não esteja em vigor. Se, ao revés, se conceber o tema no campo da inconstitucionalidade superveniente, caberá, naturalmente, a ação direta.

A *ratio* que conduz à posição defendida por *José Paulo Sepúlveda Pertence* é por ele explicitada: ensejar o estabelecimento de certeza jurídica *erga omnes* sobre a eficácia ou não de uma lei, ainda que anterior à Constituição, sem deixar que o “deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo país”.⁷⁷ Para isto, nada mais adequado que a ação direta de inconstitucionalidade.

Inversamente, uma das principais motivações da corrente majoritária da Suprema Corte, e que inspira, aliás, outras de suas linhas jurisprudenciais,⁷⁸ é

⁷⁶ *J.J. Gomes Canotilho*, ob. cit., p. 1.115.

⁷⁷ ADIN nº 438, cit., RDA 187/152, 154 (1992).

⁷⁸ Como, v.g., a que estabelece critérios rígidos na verificação da legitimação para a ação direta

a necessidade de limitar o número de feitos que chegam àquele tribunal. Confrontado com a impossibilidade material de apreciar milhares de processos que lhe tocam por competência originária ou por via recursal, o STF tende a prestigiar os entendimentos doutrinários que restrinjam, e não que ampliem, o acesso de novas ações.

Paradoxalmente, o voto do Ministro Pertence, cuja tese importa em aumento dos casos a serem submetidos à Corte, abre-se com a seguinte e reveladora passagem:

“Assinalo, de início, para deixar documentado o congestionamento temporal com que se debatem os trabalhos do plenário da Corte, que este voto vista aguarda chamada desde começos de 1990. Desde então não me cabe responsabilidade pelo retardamento que agora impõe a renovação integral do julgado.”⁷⁹

A posição minoritária, à qual se filiaram, também, os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, tem a simpatia das concepções que ensejam o juízo de mérito e a solução possível para o problema, em lugar de postergá-la ou descartá-la por embaraços processuais. Mas enfrenta duas restrições de cunho doutrinário. A primeira é a de que o exercício do poder jurisdicional em tese, *in abstracto*, caracteriza exceção⁸⁰ e deve ser evitado quando não resulte da letra clara da lei ou de necessidade que se possa reputar imperiosa. O argumento tem consistência, mas não é decisivo.

O outro argumento deita raízes em regra de interpretação constitucional. Veja-se que a jurisprudência que trata a lei anterior incompatível com a Constituição sob o prisma da *revogação*, e, conseqüentemente, do descabimento da ação direta de inconstitucionalidade, é vestuta, bem anterior à Constituição de 1988.⁸¹ Não colide ela com qualquer princípio ou com o sistema da Carta em

prevista no inc. IX do art. 103 da Constituição. V. RTJ 144/434 (1993), 144/702 (1993), 144/747 (1993), 145/669 (1993), 146/421 (1993), RDA 188/144 (1992) e 188/150 (1992).

⁷⁹ Idem, p. 153.

⁸⁰ Na lição sempre precisa do saudoso M. Seabra Fagundes (ob. cit., pp. 4-5 e 11), legislar é editar o direito positivo; administrar é aplicar a lei de ofício e julgar é aplicar a lei contenciosamente. Em suas palavras: “O seu exercício (da função jurisdicional) pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei”. Para uma discussão sobre a natureza do papel desempenhado por juízes e tribunais na jurisdição constitucional em Hans Kelsen, Carl Schmitt e Rudolf Smend, v. José Antonio, *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, 1994, p. 51 e ss.

⁸¹ A tese da revogação tem a chancela de jurisprudência antiga, que se formou ainda na Constituição de 1946, antes mesmo da introdução da ação genérica de controle de constitucionalidade (v. RE 19.656, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 1952, *in* RT 231/665). Foi confirmada no regime constitucional subsequente em julgados sucessivos. V. RTJ 71/291 (1974), RTJ 76/538 (1975), RTJ 82/44 (1977), RTJ 95/980 (1979), RTJ 99/544 (1981), RTJ 116/652 (1981), RTJ 109/1220 (1983) e RTJ 124/415 (1987).

vigor. Ora bem: se o constituinte desejasse que a matéria fosse tratada de forma diversa da que se cristalizou na jurisprudência, deveria ter cuidado de assim prever expressamente. A omissão, no caso, deve ser interpretada como concórdância com a prática jurisprudencial anterior.

4. Algumas questões de direito intertemporal suscitadas pelo advento de uma nova Constituição

a) Inexistência de inconstitucionalidade formal superveniente

A Constituição, como já se assinalou, dita o modo de produção de normas dentro do ordenamento jurídico, prevendo um processo próprio onde se deverão observar regras de competência, procedimento e de *quorum* para sua aprovação e ingresso válido no mundo jurídico. Além disso, o texto constitucional condiciona, igualmente, o objeto das normas jurídicas que serão produzidas, vedando ou ordenando determinados conteúdos. Quando a norma elaborada pelo órgão legislativo — seja emenda ou lei infraconstitucional — está em desconformidade com o processo estabelecido na Constituição, diz-se haver ocorrido inconstitucionalidade *formal*. Quando, de outra parte, a norma editada contravém o conteúdo de um preceito constitucional, está-se diante de uma inconstitucionalidade *material*.

Ordinariamente, inexistente, do ponto de vista prático, diferença mais significativa entre as duas espécies de inconstitucionalidade acima identificadas. Quando o órgão jurisdicional pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma, seja por nela vislumbrar um vício de iniciativa (inconstitucionalidade formal) ou uma afronta ao princípio da isonomia (inconstitucionalidade material), a conseqüência é rigorosamente a mesma, e os efeitos de tal declaração se produzirão indistintamente.

Diferentemente se passa quando a incompatibilidade se dá entre a Constituição vigente e norma e ela anterior. Aí, sendo a incompatibilidade de natureza material, não poderá a norma subsistir. Conforme já estudamos, de acordo com a corrente doutrinária que se escolha, a norma será tida como revogada ou como inconstitucional, mas em qualquer caso não deverá ser aplicada. Não assim, porém, quando a incompatibilidade superveniente tenha natureza formal. Nesta última hipótese, tem se admitido, sem maior controvérsia, a subsistência válida da norma que haja sido produzida em adequação com o processo vigente no momento de sua elaboração. Incidirá, assim, a regra *tempus regit actum*.

Se a questão da inconstitucionalidade material superveniente é imersa em controvérsias e disputas doutrinárias, o mesmo não se passa quando se cuida de seu aspecto formal. O consenso doutrinário é amplo. Na Itália, por exemplo, averbou *Pierandrei*:

“A ilegitimidade formal somente pode ser ‘originária’, porque um ato, devendo ser elaborado e formado através do procedimento previsto pelas regras vigentes no momento de sua criação, não pode ser julgado, quanto à sua validade, senão com referência a estas regras.”⁸²

Na Espanha, e em igual sentido, averbou Eduardo García de Enterría que “esa inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las leyes que ésta establece hoy”.⁸³

Em Portugal colhe-se, na matéria, a lição cristalina de J.J. Gomes Canotilho:

“A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à sua contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração. O princípio *tempus regit actum* leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação.”⁸⁴

A doutrina brasileira não deu maior atenção ao tema, embora se leia em Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a “compatibilidade é de conteúdo, não de forma. A forma é regida pela regra *tempus regit actum*, de modo que é irrelevante para a recepção”.⁸⁵ Há registros na jurisprudência recente do STF endossando a tese. Um precedente cuida, precisamente, da competência para edição de normas processuais pela própria Corte, quando da elaboração ou emenda de seu Regimento, o que era admitido no regime de 1967-69 e não foi contemplado no texto atual. Ficou decidido:

“Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal — Normas processuais. As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inser-

82 Franco Pierandrei, *Corte Costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. 10, 1962, p. 874-1.036: “L’ilegittimità formale può essere che ‘originaria’, perchè un atto, dovendo essere elaborato e formato attraverso il procedimento previsto dalle regole vigenti al momento della sua creazione, non può essere giudicato, quanto alla sua validità, se non, con riferimento alle stesse regole.”

83 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, p. 257.

84 J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1.115.

85 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 1990, p. 8.

ções no Regimento, ficando aquém da derrogação quanto às existentes à época da promulgação da Carta.”⁸⁶

Veja-se que é necessário distinguir aqui duas possibilidades diversas: a) arguição de inconstitucionalidade formal em face da Constituição em vigor; b) arguição de inconstitucionalidade formal em face da Constituição que presidiu a formação do ato. No primeiro caso, jamais poderá ser pronunciada a inconstitucionalidade, simplesmente porque a questão não pode ser colocada em face do novo ordenamento. Na segunda hipótese, decerto não caberá a apreciação da matéria em ação direta, por descaber esta via de controle quando se trate de arguição em face de Constituição já revogada. Esta tem sido a firme posição da jurisprudência do STF.⁸⁷ Nada impede, contudo, que qualquer órgão jurisdicional pronuncie, em concreto, incidentalmente, a invalidade formal de ato que, havendo inobservado os requisitos para sua formação, é inválido *ab initio*.

Há, por fim, um aspecto de cunho mais especulativo do que prático, mas que pode surgir no âmbito de um Estado Federal e, pois, merece um comentário. É o que diz respeito à superveniência de norma constitucional alterando a regra de competência para produção legislativa. Vale dizer: transferindo para os Estados ou Municípios o que antes era federal, ou vice-versa. A questão a definir é se se está diante de uma incompatibilidade formal ou material. Pontes de Miranda foi dos únicos a cogitar da matéria, averbando:

“Sempre que a Constituição dá à União a competência sobre certa matéria e havia legislação anterior, federal e local, em contradição, a Constituição ab-rogou ou derogou a legislação federal ou local, em choque com a regra jurídica de competência. (...) Se a legislação, que existia, era só estadual, ou municipal, e a Constituição tornou de competência legislativa federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrário à Constituição qualquer ato de aplicação dessa legislação, no que ela, com a nova regra jurídica, seria sem sentido.

(...) Se havia legislação federal e estadual e a competência passou a ser, tão-só, do Estado-membro, ou do Município, a legislação federal persiste, estadualizada, ou municipalizada, respectivamente, até que o Estado-membro ou o Município a ab-rogue, ou derogue.”⁸⁸

86 RTJ 133/33 (1990), Ação Originária nº 32 (AgRg) — DF, Rel. Min. Marco Aurélio. V. também, em igual sentido, RTJ 133/955 (1990), Embgs. na ADIn nº 29 — RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

87 RTJ 142/363 (1992), ADIn nº 3 — DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Há, porém, no caso, impossibilidade jurídica do pedido, porquanto esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade não é cabível quando a arguição se faz em face de Constituição já revogada, nem quando o ato normativo impugnado foi revogado antes da propositura dela.”

88 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6, 1975, pp. 66-67.

Esta posição é seguida por *Gilmar Ferreira Mendes*, em seu excelente *Controle de Constitucionalidade*, onde escreveu:

“Evidentemente, não há cogitar de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração na regra de competência. Nesse caso, há de se reconhecer eficácia derogatória à norma constitucional que tornou de competência legislativa federal matéria anteriormente afeta ao âmbito estadual ou municipal. Todavia, se havia legislação federal, e a matéria passou à esfera de competência estadual ou municipal, o complexo normativo promulgado pela União subsiste estadualizado ou municipalizado, até que se proceda à derrogação por lei estadual ou municipal. É o que parece autorizar o próprio princípio da continuidade do ordenamento jurídico”.⁸⁹

Um ponto parece ter escapado às duas apreciações acima. É que mesmo se transferindo para a União a competência legislativa em dada matéria, até que esteja exercida, subsistirá a norma estadual ou municipal, no âmbito territorial do Estado ou do Município onde já vigia. Vale dizer: embora não se vá cogitar de *federalização* da norma estadual ou local, de modo a estender sua aplicação a outros Estados e Municípios, o fato é que no espaço territorial em que ela já valia, continuará valendo, até ser sub-rogada pela norma federal superveniente.

b) Aplicação imediata, mas não retroativa, da Constituição nova

Já se deixou assentado, anteriormente, inexistir direito adquirido em face da nova Constituição. Todas as situações jurídicas incompatíveis com o novo texto devem curvar-se à sua supremacia. Não obstante, ficou igualmente assinalado que, embora a nova Constituição possa, validamente, operar efeitos retroativos, terá de fazê-lo expressamente. O que é fora de dúvida é que a Constituição, uma vez promulgada, deve ter efeitos *imediatos*.⁹⁰

Algumas situações de maior complexidade podem advir de tal regra, quando, então, impõe-se distinguir a produção de efeitos imediatos da produção de efeitos retroativos. A este propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Impossível é confundir-se a aplicação imediata com a retroativa, a ponto de comprometer a almejada segurança jurídica, o que aconteceria caso viesse a ser admitido verdadeiro ‘ressuscitamento’ de demanda fulminada pela prescrição”.⁹¹

⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 88.

⁹⁰ Sobre o tema, escreveu o Min. Moreira Alves que “a Constituição se aplica de imediato, alcançando, sem limitações, os efeitos futuros de fatos passados” (in RE 117.870-1-RS, DJ 5.05.89).

⁹¹ RTJ 143/1009 (1993) (AI nº 140.751 [AgRg] — RJ, Rel. Min. Marco Aurélio). Veja-se, também, RTJ 138/371 (ADIn nº 189/RJ, Rel. Min. Celso de Mello), em cuja ementa se lê: “A

A matéria dizia respeito à introdução, no texto constitucional, de regra específica dilargando o prazo de prescrição das ações trabalhistas para cinco anos (art. 5º, XXIX), em contraposição à regra ordinária até então vigente (CLT, art. 11), que previa o prazo de dois anos. O efeito de tal modificação sobre os processos já ajuizados foi amplamente debatido perante a mais alta Corte, que produziu farta jurisprudência, a seguir compendiada:

“Se a questão da prescrição há de ser decidida segundo o direito vigente ao tempo da propositura da ação, quando dela só cuidava a legislação ordinária, a sua natureza infraconstitucional não se altera com o fato de a Constituição posterior haver constitucionalizado a norma legal precedente, salvo se a essa promoção da matéria na hierarquia da ordem jurídica se emprestasse efeito retroativo”.⁹²

*“Prescrição trabalhista. Mesmo estando em curso o processo quando da promulgação da Constituinte de 1988, não se sujeita a seu art. 7º, XXIX, o prazo anteriormente consumado.”*⁹³

*“A norma do art. 7º, XXIX, a, da CF/88 teve o efeito de alargar, para 5 anos, o prazo prescricional das ações do trabalhador urbano, decorrentes do contrato de trabalho, propostas no curso do contrato, não se aplicando, obviamente, a ações já em curso quando de seu advento.”*⁹⁴

Outra questão interessante, afeta ao tema da aplicação imediata de normas da nova Constituição, foi apreciada pela Suprema Corte. Previu a Carta de 1988, no art. 102, I, n, ser da competência originária do STF “a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta e indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”.

Em ação proposta perante a Justiça Estadual de São Paulo, em que havia interesse de toda a magistratura estadual, inclusive dos membros do Tribunal, a decisão de 1º grau foi favorável aos autores. Interposto recurso de apelação pelo Estado, que era réu, sobreveio a Constituição de 1988, que continha a prescrição do art. 102, I, n, acima transcrita. Diante disso, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria, não conheceu do recurso, à vista de a Constituição Federal ter transferido a competência na matéria para o STF.

Tal decisão, evidentemente, suprimia o 2º grau de jurisdição, de vez que não poderia ser apreciada a apelação tempestivamente apresentada. O voto

inoponibilidade de situações jurídicas consolidadas a quanto prescrevem normas constitucionais supervenientes deriva da supremacia, formal e material, de que se revestem os preceitos de uma Constituição.”

⁹² RTJ 141/311 (1992), AI nº 135.521 (AgRg-EDcl) DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁹³ RTJ 131/314 (1992), AI nº 136.489 (AgRg) — DF, Rel. Min. Octávio Gallotti.

⁹⁴ RTJ 140/1013 (1992), AI nº 139.155 (AgRg) — RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão.

vencido entendeu no sentido de que a regra constitucional só valia para as ações a serem propostas, mas não para situações como aquela, por isto que haveria para o apelante o direito processual adquirido de ver conhecido o recurso de acordo com a lei do momento de sua interposição.

Em decisão singular, o Supremo entendeu ser ele o órgão competente para conhecer e julgar o recurso de apelação, em voto da lavra do Ministro *Sepúlveda Pertence*, assim fundamentado:

“Não tenho dúvida de seguir a consideração lateral do Ministro *Moreira Alves* (na AOE 8 [QO], MG): válida a sentença — independentemente de cogitar-se de interesse de seu prolator — porque exarada antes da Constituição, ao STF incumbirá julgar a apelação. (...)

Uma vez, porém, que se entenda que, agora, a apelação deva ser conhecida pelo STF, não terá havido supressão retroativa de recurso interposto, mas aplicação imediata da regra de alteração da competência funcional para julgá-lo. (...)

Assim, declaro competente o Supremo para o julgamento da apelação: é o meu voto.”⁹⁵

Louvável a decisão da Corte, que, mesmo subvertendo a ortodoxia processual, cuidou de evitar que a aplicação imediata da nova Carta afetasse negativamente a situação processual da parte apelante. Tal decisão é coerente com a idéia, que se afigura legítima, de que na aplicação imediata das normas constitucionais deve o intérprete cuidar que a incidência do preceito não comprometa situações jurídicas já aperfeiçoadas sob o domínio do ordenamento anterior.

c) Declaração de inconstitucionalidade e efeito repristinatório

As leis, desde o momento em que se tornam obrigatórias, põem-se em conflito com as que, anteriormente, regulavam a matéria de que elas se ocupam, regulando-a por outro modo. Instaura-se, assim, o conflito de leis no tempo, já estudado, e que se resolve pelo princípio geral da irretroatividade e pelas regras do direito intertemporal.⁹⁶ Uma destas regras é a de que *lex posterior derogat priori*. Esta revogação poderá se dar, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, por declaração expressa, por incompatibilidade ou por regular a lei nova, inteiramente, a matéria de que tratava a anterior. Operada a revogação, a lei anterior deixa de existir no mundo jurídico, e o máximo de reverência que se lhe presta é o eventual respeito a determinadas conseqüências que haja produzido durante seu ciclo de vigência.

95 RTJ 130/471 (1989), Ação Originária nº 12 (QO) — SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

96 Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1976, p. 25.

Comentando o tema, observou *Oscar Tenório* que o advento de uma lei resulta às vezes na morte de outra. Mas esta lei revogada não ressuscita, mesmo quando a lei que a eliminou do mundo jurídico também vem a se extinguir. Somente por disposição expressa do legislador a lei morta ressuscita, volta a ocupar lugar no sistema jurídico do país. A lei que eventualmente determine a restauração da lei que se encontrava revogada recebe a denominação de lei repristinatória, ou lei de efeito repristinatório.⁹⁷ Esta é a doutrina generalizada aceita, que tem a chancela dos principais autores.⁹⁸ No Brasil, há regra positiva a respeito, inscrita no § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

“§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

O tema, até aqui pacífico, enfrenta, todavia, alguns embaraços doutrinários e práticos que precisam ser equacionados. A lei posterior, já se remarcou, revoga a anterior, nas hipóteses previstas. O que acontece, no entanto, quando a lei que operou a revogação da lei anterior vem a ser declarada inconstitucional? Esclareça-se, desde logo, que só é relevante, aqui, a declaração de inconstitucionalidade que produza efeitos *erga omnes*,⁹⁹ pois a que opera efeitos meramente *inter partes* jamais terá qualquer repercussão sobre a subsistência ou eficácia da lei. Recoloca-se a questão: declarada a inconstitucionalidade da lei revogadora, a lei revogada permanece assim ou ressurge, por força da repristinação?

Em outro estudo onde se fez breve incursão na teoria dos atos jurídicos e da inconstitucionalidade, deixamos averbado que as normas jurídicas devem ser analisadas nos planos distintos da *existência, validade e eficácia*.¹⁰⁰ Já não mais se disputa, na melhor doutrina, que o exame da constitucionalidade de uma lei situa-se no plano de validade, embora a decisão, naturalmente, traga repercussões à existência e eficácia da norma. De regra, todos os efeitos produzidos por uma norma inconstitucional devem ser fulminados. Nota típica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é a cominação de nulidade — e não de mera anulabilidade — ao ato normativo incompatível com a Constituição, dando-lhe à decisão que pronuncia a inconstitucionalidade caráter

97 Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1955, p. 92.

98 Vejam-se, por todos, Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, 1986, p. 135; Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, 1987, p. 195, e José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 1993, p. 290.

99 Produz efeitos *erga omnes* a pronúncia de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade (CF, arts. 102, I, a, e 125, § 2º) e em via incidental, quando observados os requisitos constitucionais (CF, arts. 52, X, e 97).

100 V. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1993, p. 74 e ss.

declaratório e efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos à data de início de vigência da lei.¹⁰¹

A atitude do intérprete, portanto, deve ser a de ignorar ou desfazer os efeitos dos atos inconstitucionais, repondo a ordem jurídica e fática no *status quo ante*. Assim também ensina, em Portugal, *Marcelo Rebelo de Souza*:

*“Uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em geral, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria. Para que o princípio da Constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da Legalidade em sentido amplo, vigore é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam.”*¹⁰²

A premissa da não admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a esta contradição.¹⁰³

A mais expressiva doutrina portuguesa, interpretando norma constitucional que, expressamente, contempla a repristinação na hipótese aqui versada,¹⁰⁴ é pacífica a respeito. *Gomes Canotilho* e *Vital Moreira* escreveram a propósito:

101 No sistema português, esta também é a regra (art. 282, 1), mas contempla-se uma exceção (art. 282, 4) assim consignada: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.”

102 *Marcelo Rebelo de Souza, O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Ed. do autor, Lisboa, 1988.

103 Não obstante o afirmado, há autores que se opõem ao efeito repristinatório, invocando razões de conveniência, como a dificuldade de adequação da norma repristinada ao sistema, e mesmo a possível inconstitucionalidade, superveniente ou não, da norma primitiva. *Jorge Miranda* (ob. cit., p. 254) faz um levantamento dos autores que sustentam este ponto de vista, a saber: *E. Redenti (Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale*, Milão, 1957, pp. 77-78); *Temistocle Martines (Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milão, 1957, p. 295 e ss.); *Pietro Virga (Diritto Costituzionale*, 1967, p. 685, nota); *Franco Modugno (Problemi e pseudo-problemi relativi alle c. d. revivescenza di dispositivi abrogate da legge dichiarata incostituzionale, in Studi in memoria di Carlo Esposito, Padua, 1972, p. 647 e ss.)*.

104 Dispõe o art. 282, 2: “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.”

*“Se o juízo de inconstitucionalidade afecta a validade da norma desde a sua origem, de tal modo que a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos ex tunc (desde a origem da norma), então há-de ficar sem efeito o próprio acto de revogação efectuado pela norma afinal inconstitucional, pelo que o juízo de inconstitucionalidade implica a repristinação (ou reposição em vigor) das normas que tinham sido revogadas.”*¹⁰⁵

Na mesma linha, *Jorge Miranda*, notável mestre da Universidade de Lisboa, distinguindo as hipóteses de inconstitucionalidade originária e de inconstitucionalidade superveniente (v. *supra*):

*“Existirá, porém, repristinação em caso de inconstitucionalidade originária? Cremos que sim, a menos que o órgão de fiscalização, tendo o poder de determinar os efeitos da inconstitucionalidade, disponha diferentemente. Já não no caso de inconstitucionalidade superveniente, visto que a revogação coincide com a emanção do acto legislativo que fora válido.”*¹⁰⁶

Mesmo à falta de disposição constitucional expressa, este é o entendimento que melhor se harmoniza com o sistema brasileiro.¹⁰⁷ O próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer os efeitos da suspensão liminar da eficácia de uma lei cuja inconstitucionalidade foi argüida, já decidiu:

*“A suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo.”*¹⁰⁸

O Superior Tribunal de Justiça, apreciando questão que guarda alguma semelhança com a que aqui se põe, discutiu a matéria tendo como pano de fundo o decreto-lei do regime constitucional anterior. Entendeu, assim, a 1ª Turma do Tribunal por maioria, que, na hipótese de um decreto-lei editado pelo Presidente da República — e que tinha vigência e eficácia imediatas — vir a ser rejeitado pelo Congresso, as normas que ele houvesse eventualmente revogado prevaleciam e continuavam a vigor.¹⁰⁹

105 *Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 276.

106 *Jorge Miranda*, ob. cit., pp. 254-255, que invoca as lições de *Mauro Cappelletti (Effetti preclusivi nel processo civile delle pronuncie costituzionali, in Studi in onore di Emilio Crosa, Milão, 1960, I, p. 363)*, *C. Mortati (Istituzioni di Diritto Pubblico*, pp. 996-997) e outros.

107 Sobre o tema, assim opinou *Lúcio Bittencourt* (ob. cit., p. 147): “Em nosso regime, se a lei deve ser considerada como ineficaz para todos os efeitos, é claro que também há de ser inoperante quanto à revogação dos textos legais cujo lugar, se fosse válida, teria passado a preencher. O assunto, porém, há de ser convenientemente examinado em cada caso concreto, podendo-se, excepcionalmente, chegar a solução diversa”.

108 RTJ 120/64 (1987), Rep. nº 1.356 — AL, Rel. Min. Francisco Rezek.

109 RT-CDCeCP 1/349 (1992), RMS 848 - CE, Rel. Min. Demócrito Reinaldo. V. no mesmo sentido, *Geraldo Ataliba, O Decreto-lei na Constituição de 1967, 1967, pp. 21-24*.

d) *Situações processuais específicas*

(1) *Efeitos do advento da nova Constituição sobre as ações diretas de inconstitucionalidade anteriores*

O controle de constitucionalidade em tese, por via de ação direta, não se destina à tutela de situações jurídicas individuais. Sua finalidade principal é a de assegurar a supremacia da Constituição e a conseqüente conformação de toda a ordem jurídica. Disto resulta que só deve caber o controle de constitucionalidade, em via principal, perante Constituição em vigor. Fugiria ao desiderato de guarda da Constituição a possibilidade de se pronunciar, em tese, a inconstitucionalidade de uma norma em face de Constituição anterior, já revogada.

Disto resulta que, promulgada uma nova Constituição, não é possível prosseguir-se no exame de inconstitucionalidade, *in abstracto*, de lei ou ato normativo em confronto com o texto constitucional já revogado. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacificamente cristalizada nos termos da ementa a seguir transcrita:

*“Representação por inconstitucionalidade de lei. O objetivo da representação é resguardar a ordem jurídica inserida na Constituição em vigor ao tempo do seu ajuizamento. Se a Constituição deixou de vigorar no curso da ação, esta fica prejudicada. É o que se deu, no caso, em face do advento da Constituição de 1988.”*¹¹⁰

É indiferente, aqui, a circunstância de a ação já se encontrar ajuizada quando do advento da nova Carta. De fato, quando entrou em vigor a Constituição de 1988, todas as ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento ficaram prejudicadas. Esta linha de entendimento já se firmara desde o advento da Constituição de 1967, quando, na Representação 765, do Ceará, se decidiu:

*“A particularidade concernente ao tempo da revogação da Constituição Federal, se antes ou depois do ajuizamento de ação declaratória de inconstitucionalidade, não altera a doutrina que informa o precedente deste Plenário: apenas recomenda o não conhecimento da representação, se ao tempo de sua propositura já não vigorava a Constituição que teria sido ofendida; enquanto que, na outra hipótese, em que a Constituição cuja integridade se pretende resguardar, foi revogada no curso da ação direta, a boa técnica aconselha que o pedido seja julgado prejudicado.”*¹¹¹

Mesmo em se tratando de representação ou ação direta em que já houvesse sido concedida liminar, a sobrevinda do novo texto constitucional implicará na

¹¹⁰ RTJ 128/606 (1989), Rep. nº 1.533 — PA, Rel. Min. Djaci Falcão. Vejam-se, no mesmo sentido, em meio a diversas outras decisões: RTJ 130/1002 (1989), RTJ 130/1010 (1989) e RTJ 142/787 (1992).

¹¹¹ *Representações por Inconstitucionalidade*, Tomo III, p. 59. O trecho transcrito, extraído do voto do Relator, Min. Soares Muñoz, encontra-se reproduzido na RTJ 128/606, 607 (1989).

cassação da medida, ficando prejudicado o pedido principal. O Supremo ressalva, apenas, a possibilidade de se utilizarem outros meios processuais para impedir a eficácia da norma.¹¹² Não se cogitou do aproveitamento da ação já proposta, por economia processual, na hipótese de a norma impugnada ser também inconstitucional em face da nova Constituição. Tal possibilidade, aliás, enfrentaria o obstáculo da jurisprudência consolidada de que, sendo a norma anterior à Constituição, não se presta a controle por ação direta, por se encontrar revogada (v. *supra*).

(2) *Revogada a lei cuja inconstitucionalidade se argüia, a ação direta perde o objeto*

Como já se assinalou, a finalidade precípua do controle em tese de constitucionalidade é o resguardo da ordem constitucional como um todo, e não a tutela de situações jurídicas individuais. Para tal fim existem as diferentes ações judiciais a que se legitimam os titulares de pretensões de direito material. Dentro de tal concepção, parece intuitivo que só se possa propor ou continuar processando uma ação direta de inconstitucionalidade se e enquanto se encontrar em vigor a norma contrastante com a Constituição.

Curiosamente, prevaleceu na jurisprudência do STF, por longo período, ponto de vista diverso. Entendia-se que, mesmo revogada a lei objeto de argüição de inconstitucionalidade, subsistia o interesse em prosseguir com a ação, sempre que houvesse a possibilidade de a lei ter produzido efeitos e afetado situações jurídicas individuais. Reiteradas vezes pronunciou-se a Corte no sentido de que “a revogação superveniente da lei acoimada de inconstitucional não tem o condão, só por si, de fazer extinguir o processo de controle concentrado de constitucionalidade”.¹¹³

Todavia, em decisão relativamente recente, proferida na ADIN nº 709-2-PR, da qual foi Relator o Min. Paulo Brossard, a Corte reverteu esta orientação, passando a entender ficar prejudicada a ação se ocorresse a revogação da lei

¹¹² RTJ 129/61 (1989), Rep. nº 1.528 — RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho. O STJ, em ação civil pública ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos dos munícipes em relação à cobrança de taxa de iluminação pública que se reputava ilegítima, admitiu a medida, consignando: “O incabimento de ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que as leis municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública, para evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas” (R. Esp. 49.272-6 — RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 17.10.94, p. 27.868).

¹¹³ V. RTJ 54/170 (1970), RTJ 55/562 (1971), RTJ 87/758 (1979), RTJ 89/367 (1979), RTJ 100/467 (1982), RDA 140/141 (1980), RDA 145/131 (1970) e RDA 152/166 (1983).

argüida de inconstitucionalidade.¹¹⁴ Este acórdão vem sendo reiterado. De fato, decidiu o plenário da Corte, por maioria, em julgamento subsequente:

*“Revogada a lei argüida de inconstitucional, é de se reconhecer sempre a perda de objeto da ação direta, revelando-se indiferente, para esse efeito, a constatação, ainda casuística, de efeitos residuais concretos gerados pelo ato normativo impugnado.”*¹¹⁵

De modo que, presentemente, à luz da jurisprudência da mais alta Corte, sendo revogada a lei contra a qual se ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, perde o objeto a ação proposta, ou mais tecnicamente, verifica-se a perda superveniente do interesse processual, haja vista a medida deixar de ser útil e necessária.

e) Normas infraconstitucionais não recepcionadas pela Constituição de 1988

Já se examinou acima, exaustivamente, a cristalização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser cabível ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de lei anterior à Constituição em vigor. Mas, em casos concretos, os tribunais, e, inclusive, a Suprema Corte têm se pronunciado sobre a recepção ou não de normas legais relevantes, editadas antes de 5 de outubro de 1988. Confirmam-se algumas delas.

Conforme estabelecido pelo STF, não mais subsistem as leis editadas sob regimes constitucionais anteriores que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, a magistrados, a autoridades policiais ou a outros agentes administrativos, como sucedia com relação aos crimes militares no âmbito do Exército e das Polícias Militares. A Constituição deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). Esta cláusula de reserva sofre apenas uma exceção, constitucionalmente autorizada, na hipótese singular de inércia do *Parquet*.¹¹⁶

É digno de nota, igualmente, que a jurisprudência, na vigência da Carta de 1988, se firmou no sentido de não estarem recepcionadas, em princípio, as limitações baseadas em idade para inscrição em concurso público. Com isto, insubsistem as normas legais e regulamentares que fixavam o limite máximo de 35 anos, salvo nas hipóteses em que a imposição se possa legitimar pela natureza do cargo.¹¹⁷

114 DJU de 20.05.94, p. 12247.

115 V. ADIn nº 93-4-DF, Rel. Min. Francisco Rezek, in DJU de 28.04.93, pp. 7.378-7.379. Em igual sentido, v. RDA 195/79 (1994), ADIn nº 221, Rel. Min. Moreira Alves.

116 V. RTJ 134/369 (1990), RHC nº 68.314, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 135/1.032 (1991), RHC 68.265, Rel. Min. Sydney Sanches; RTJ 136/226 (1991), HC nº 68.578, Rel. Min. Carlos Velloso.

117 RDA 184/130 (1991), RDA 189/222 (1992) e RDA 191/143 (1993).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu não haver sido recepcionada a norma do § 6º do art. 26 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79), prevendo julgamento em sessão secreta do Tribunal ou de seu Órgão Especial. Entendeu o Tribunal não ser compatível com o art. 93, IX, da Carta Federal, que exige que todos os julgamentos sejam públicos, a proibição da presença do magistrado e seu advogado no recinto da sessão, no momento da votação de que resultou a pena de indisponibilidade.¹¹⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em segundas decisões, tem entendido não se encontrarem mais em vigor os parágrafos do art. 15 da Lei de Desapropriações (Decreto-lei 3.365/41). Nesta conformidade, não mais admite a imissão na posse do bem pelo Poder Público mediante depósito de valor meramente simbólico do montante da indenização, por ser isto incompatível com os arts. 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Constituição Federal. Exige-se, assim, para imissão na posse, depósito da indenização justa e prévia, apurada em avaliação prévia, ainda que se faça a avaliação definitiva no curso do processo.¹¹⁹

Também entendeu o mesmo Tribunal que o art. 36, II, da Lei 6.515/77, que previa como óbice à conversão da separação em divórcio o não-pagamento de pensão alimentícia devida, não foi recepcionado. Isto porque o art. 226, § 6º, da Constituição não exige outra coisa para o divórcio que não a separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.¹²⁰

Há divergência na jurisprudência sobre a subsistência ou não, após a Carta de 1988, da norma que permite a prisão civil do alienante fiduciário, uma vez que equiparado ao depositário infiel (D.L. 911/69). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que a norma não foi recepcionada, pois o art. 5º, LXVII, da Constituição em vigor, ao omitir a cláusula final “na forma da lei”, constante do art. 153, § 17, da Carta de 1967-69, impediu que se desse ao alienante fiduciário o tratamento de depositário.¹²¹ Em sentido oposto, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, considerando que a nova Constituição não interferiu com o tratamento jurídico da matéria.¹²²

Este o registro, exemplificativo e casuístico, de algumas leis de maior alcance que têm sido pronunciadas como revogadas, por incompatibilidade com a nova ordem constitucional.

118 RT 697/183 (1993), RMS-1932, Rel. Min. Costa Lima.

119 RT 669/99 (1991), RT 671/104 (1991) e RT 696/93 (1993).

120 RT 697/69 (1993).

121 RT 695/192 (1993).

122 RT 699/92 (1994).

5. Conclusão

É possível compendiar as idéias desenvolvidas ao longo do texto em proposições objetivas, como as que se seguem:

A. Ao contrário do que se afirma correntemente, uma lei poderá ser aplicada retroativamente, salvo se for para colher direito adquirido, negócio jurídico perfeito ou coisa julgada.

B. Uma vez promulgada uma nova Constituição, ficam inteiramente revogadas as normas constitucionais anteriores. Não vigora no direito brasileiro, à falta de norma expressa, a chamada *desconstitucionalização das normas constitucionais*, que preservaria, com caráter de lei ordinária, as normas constitucionais anteriores compatíveis com o novo ordenamento.

C. Uma vez postas em vigor, as emendas constitucionais têm vigência imediata e com o mesmo grau hierárquico das demais normas integrantes da Constituição originária. Sujeitam-se tais emendas, todavia, ao controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material, podendo ser pronunciada sua inconstitucionalidade.

D. Quando da promulgação de uma nova Constituição, a legislação infraconstitucional anterior, que seja com ela compatível, continua em vigor, através dos fenômenos da *recepção* ou da *novação*, que reverenciam o imperativo prático da continuidade da ordem jurídica. As normas anteriores incompatíveis com a Constituição, por sua vez, ficam *revogadas*. Como conseqüência, não se sujeitam ao controle de constitucionalidade, que somente se exerce sobre legislação em vigor. Esta é a posição cristalizada do Supremo Tribunal Federal, recentemente reiterada após amplo debate.

E. Algumas outras regras relevantes de direito constitucional intertemporal: a) inexistente inconstitucionalidade formal superveniente. Se uma lei foi editada com observância do processo vigente na época de sua criação, o fato de uma nova Constituição alterar tal processo não a invalida, desde que seu conteúdo seja compatível com a nova Carta; b) uma Constituição tem vigência imediata, mas, em princípio, não retroativa, a menos que o declare expressamente; c) declarada a inconstitucionalidade de uma norma, ficam restabelecidas aquelas que ela revogara.

SUJEIÇÃO PASSIVA E RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

RICARDO LOBO TORRES

1. Sujeitos passivos da obrigação tributária material. 2. Contribuinte. 2.1. O contribuinte titular da capacidade contributiva. 2.2. O contribuinte de fato. 2.2.1. A repercussão legal obrigatória. 2.2.2. O reembolso. a) Substituição tributária. b) Devolução dos impostos indevidos. c) Exportação. 3. Sujeitos passivos dos deveres tributários. 3.1. O dever de fazer. 3.2. O dever de informar. 3.2.1. Informações gerais. 3.2.2. Informações especiais. 4. Responsáveis tributários. 4.1. O responsável como sujeito passivo da obrigação tributária. 4.2. Substituto legal tributário. 4.2.1. O agente da retenção na fonte. 4.2.2. A substituição no ICMS. 4.3. Sucessor. 4.4. Terceiros. 4.4.1. Responsável subsidiário. 4.4.2. Responsável solidário. 4.5. Agente da infração.

1. Sujeitos passivos da obrigação tributária material

O Código Tributário Nacional, de 1966, define e classifica o sujeito passivo da obrigação tributária material da seguinte forma:

“Art. 121. *Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I — *contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*

II — *responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”*

Entre os responsáveis tributários, segundo a parcela mais expressiva da doutrina brasileira, inclui-se o substituto, como adiante examinaremos. De modo que, neste trabalho, separaremos o contribuinte do seu substituto —

método que não se ajustaria à legislação de outros países — e dele cuidaremos no item 4, dedicado aos responsáveis.

2. Contribuinte

Impende distinguir, de acordo com as diretivas, entre o contribuinte que arca com o ônus econômico da tributação e aquele que traslada a carga fiscal.

2.1. O contribuinte titular da capacidade contributiva

A hipótese normal da incidência tributária é aquela em que coincidem as figuras do titular da capacidade contributiva e do obrigado ao pagamento do tributo, ou seja, em que o contribuinte de direito ou “*solvens*” é também o contribuinte de fato.

Esse tipo de incidência ocorre nos impostos diretos, principalmente nos impostos sobre o patrimônio e no imposto de renda das pessoas físicas.

A dificuldade maior que se tem observado no Brasil a respeito da sujeição passiva versa a propósito do princípio da capacidade contributiva e de sua eficácia.

A Constituição de 1946 estabelecia no art. 202: “os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

A Constituição de 1967, assim na redação originária que na da Emenda nº 1, de 1969, omitiu a referência à capacidade contributiva. A doutrina, majoritariamente positivista, defendeu em grande parte a posição de que o princípio da capacidade contributiva era extrajurídico e não vinculava o legislador.¹ Esse ponto de vista projetou conseqüências importantes para o campo da sujeição passiva tributária, máxime para a distinção entre o contribuinte que arca com o ônus do tributo e o que o faz repercutir sobre terceiros.

A Constituição em vigor, promulgada em 1988, voltou a dispor sobre o princípio de justiça fiscal, com dizer que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do

¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 442 chegava a falar em “constitucionalização do equívoco”, ao se referir às Constituições que proclamavam o princípio da capacidade contributiva.

contribuinte” (art. 145, parágrafo único). Mas a literatura jurídica² e a jurisprudência têm dado pouca atenção ao assunto.

2.2. Contribuinte de fato

Resta examinar a hipótese em que se distinguem o contribuinte de fato e o de direito, ou seja, o obrigado ao pagamento do tributo e o titular da capacidade contributiva. O contribuinte de fato aparece nos impostos indiretos, que no Brasil são principalmente os cobrados pela técnica da não-cumulatividade ou da incidência sobre o valor acrescido (IVA): o IPI — imposto de produtos industrializados (da competência federal), o ICMS — imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (pertencente aos Estados-membros) e o ISS — imposto sobre serviços de qualquer natureza (municipal).

Aqui há que se distinguir entre dois mecanismos corretivos para preservar o princípio da capacidade contributiva e mantê-lo amalgamado à figura do contribuinte de fato: a) a repercussão legal obrigatória; b) o reembolso.

2.2.1. A repercussão legal obrigatória

Os impostos indiretos sobre o valor agregado, máxime o ICMS, estão sujeitos à repercussão legal obrigatória. Sendo tributos cobrados pela técnica da subtração, em que se deduz na etapa seguinte o imposto pago anteriormente ao mesmo ou a outro Estado-membro (*tax on tax*), procura a legislação preservar a repercussão sobre as sucessivas prestações tributadas, fazendo com que incidam sobre o valor acrescido em cada operação de circulação, de modo que a incidência global seja idêntica à multiplicação da alíquota pela base de cálculo final.

O mecanismo adotado pelo direito brasileiro é o do *crédito fiscal condicionado* ao pagamento na etapa anterior e na ulterior, com o que se obriga à repercussão sobre adquirentes das mercadorias ou dos serviços em todas as fases da circulação da riqueza. Se na entrada no estabelecimento a mercadoria não veio gravada pelo imposto, o contribuinte fica proibido de utilizar o crédito fiscal respectivo; se houver desgravação na saída do estabelecimento, estará obrigado a estornar o crédito fiscal que tenha lançado em seus livros. Prepondera, portanto, o efeito de recuperação,³ que permite ao Fisco se apropriar da importância correspondente às isenções e aos incentivos circunscritos a algumas etapas da circulação do bem, o que desaconselha as isenções parciais.

² Exceção é o livro de OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade Contributiva. Conteúdo e Eficácia do Princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

³ Cf. BERLIRI, Antonio. *L'Imposta sul Valore Aggiunto*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 189.

A questão, entretanto, tem sido muito discutida no direito brasileiro, principalmente em virtude do abandono do princípio da capacidade contributiva. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 1981, o direito à utilização do crédito fiscal correspondente às operações anteriores isentas.⁴ A Emenda Constitucional nº 23, de 1983, que ficou conhecida como Emenda Passos Porto, corrigiu o equívoco jurisprudencial, com afirmar que “a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes”. A Constituição de 1988 aperfeiçoou a redação no art. 155, § 2º, item II: “a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”. Superou-se, assim, a contradição entre a jurisprudência e os princípios estruturais do IVA, especialmente os da natureza condicionada do crédito fiscal e do efeito de recuperação de que são dotados os impostos não-cumulativos, como já dissemos em outros trabalhos;⁵ autores abalizados, todavia, criticam o dispositivo constitucional.⁶

Admite a Constituição brasileira que a legislação excepcione a regra do crédito condicionado, o que tem sido feito no campo dos incentivos fiscais. Mas aí, na vertente dos incentivos fiscais, já não têm importância o princípio da capacidade contributiva nem o da repercussão econômica do imposto sobre o valor acrescido.⁷

2.2.2. O reembolso

A adequação da capacidade contributiva real à incidência dos impostos

4 Recurso Extraordinário nº 94.177-1, Ac. da 1ª T., de 7.8.81, Diário da Justiça de 28.8.81: “Havendo isenção do imposto de circulação de mercadoria importada, não se pode, na operação subsequente, cobrar o valor do imposto, que seria devido, não fora a isenção tributária. Tem, assim, o revendedor direito ao ato de destaque do valor isento, nas notas fiscais”. No mesmo sentido: ERE 94.177-SP, Ac. do Pleno, de 1.12.82, Rel. Min. Djaci Falcão, Revista Trimestral de Jurisprudência 106/63.

5 *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 303; “A Interação entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária”. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 3: 13, 1993.

6 Cf. ULHOA CANTO, Gilberto de. *Direito Tributário Aplicado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 366, que afirma ter a modificação constitucional o objetivo de “atender a reclamos dos Estados, muito embora, lamentavelmente, ao preço de quebrar a lógica do tributo”; MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: BASTOS, Celso Ribeiro e —. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 6, t. I, p. 406.

7 Cf. TIPKE, Klaus. “Über Umsatzsteuer-Gerechtigkeit”. *Steuer und Wirtschaft* 69 (2): 108, 1992.

indiretos sobre o consumo pode ser obtida também pelo *reembolso*, entendido em três sentidos distintos: a) o reembolso ou regresso como mecanismo corretivo da substituição tributária; b) o reembolso como direito de o contribuinte reaver da Fazenda Pública o imposto indevidamente pago; c) o reembolso como técnica de restituição nas exportações.

a) Substituição tributária

O substituto tem, em princípio, o direito de regresso contra o substituído, para recompor a equação financeira da incidência do tributo de acordo com a capacidade contributiva e para se reembolsar da importância recolhida, em nome do contribuinte, à Fazenda Pública.

Há uma certa coincidência na doutrina brasileira em torno do direito ao reembolso. Entende-se que não tem ele vera natureza tributária, sendo antes um mecanismo de direito privado para restituir os interesses à proporção justa.⁸ O substituto tem o poder de providenciar a retenção do numerário pertencente ao contribuinte ou de se valer do mecanismo do preço para recuperar o que lhe incumbe recolher ao Tesouro. Mas, se o não faz, nem por isso lhe é lícito deixar de cumprir a obrigação tributária material do substituído. Tanto na retenção do imposto de renda na fonte quanto na substituição referente ao IVA não pode o substituto se eximir de cumprir a obrigação que lhe é imposta por lei a pretexto de não haver se reembolsado a tempo. Cabe ao substituto, portanto, a ulterior ação de regresso contra o contribuinte, que não terá natureza tributária.

b) Devolução dos impostos indevidos

O reembolso pode ser entendido, como também ocorre no direito de outros países, no sentido de devolução do imposto indevidamente pago ao Estado.⁹ No Brasil a questão tem grande importância, mercê do tratamento que lhe deu o Código Tributário Nacional, legalizando a anterior orientação jurisprudencial e se afastando da solução estrangeira.

De feito, o Supremo Tribunal Federal, após inúmeras decisões, fez incluir, em 13.12.63, para vigorar a partir de março de 1964, o seguinte enunciado na Súmula da Jurisprudência Predominante:

8 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 213; JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição Passiva Tributária*. São Paulo: CESUP, 1986, p. 298; FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 90.

9 Cf. CORRAL GUERRERO, Luis. *El Derecho del Contribuyente a la Devolución de Impuestos*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 245.

“71 — *Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.*”

Dos diversos acórdãos que levaram à elaboração do verbete, exsurgem dois argumentos principais:

1ª) nos impostos indiretos repercute o tributo, pois o *solvens* ou contribuinte de direito transfere ao contribuinte de fato o ônus financeiro da imposição fiscal, de modo que lhe falta o interesse para agir, se não suportou a carga tributária;

2ª) o fundamento ético e jurídico da ação de repetição de indébito é o mesmo da ação de enriquecimento ilícito, a saber, o empobrecimento do *solvens*, de tal sorte que, sob pena de se ferir o princípio da equidade, carece o contribuinte de direito de legitimidade *ad causam* para repetir o indébito cujo encargo financeiro transferiu-se a terceiros.

O verbete nº 71 da Súmula foi posteriormente complementado pelo de nº 546, que lhe temperou o excesso de generalização, com admitir a repetição nos casos em que o *solvens* comprovasse que assumira o ônus financeiro do tributo e que, portanto, tivesse sofrido o desfalque em sua capacidade econômica. O novo enunciado fixou que:

“*Cabe a restituição do tributo pago indevidamente quando reconhecido, por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo.*”

O Supremo Tribunal Federal pôs-se, deste então, a pesquisar, casuisticamente, se houve, ou não, a traslação do tributo indireto. Pode-se inferir que se firmaram algumas constantes no exame de casos concretos. Assim é que:

1ª) inexistente a repercussão se a mercadoria é tabelada e não vem incluído na composição do preço o *quantum* do imposto;¹⁰

2ª) dá-se a repercussão todavia, quando, embora tabelada a mercadoria, em seu preço foi incluído o imposto cuja devolução se postula;¹¹

3ª) não repercute o tributo se, estando o contribuinte sujeito ao regime de estimativa fiscal, inexistente tabelamento, pois o imposto, nesse caso, é absorvido na margem de lucro do comerciante, o que equivale a dizer que o contribuinte *de jure* suporta o respectivo encargo financeiro;¹²

4ª) também não repercute o tributo incidente sobre a importação de bens para integrar o ativo fixo, eis que inexistente venda ulterior; nem o ISS, lançado por declaração; nem a taxa pelo exercício do poder de polícia.¹³

10 RE 68.622-SC, Ac. unân. da 1ª T., de 7.11.69, RTJ 53/839; RE 89.209-PR, Ac. unân. de 20.3.79, da 2ª T., RTJ 89/641.

11 RE 82.109-PR, Ac. unân. da 2ª T., de 30.9.75, RTJ 81/529.

12 RE 87.055-SP, Ac. unân. da 2ª T., de 3.5.77, RTJ 83/614.

13 RE 69.577, Ac. da 1ª T., de 31.3.70, RTJ 56/190; RE 77.353, DJ 22.6.74; RE 82.060, Ac. da 1ª T., de 16.12.76, RTJ 82/198; RE 93.457-BA, Ac. da 1ª T., de 16.12.80, RTJ 92/921; RE 93.204-MG, Ac. da 1ª T., de 21.10.80, RTJ 102/680.

O Código Tributário Nacional incorporou a orientação jurisprudencial. Dispõe o art. 166:

“*A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*”

Recentemente a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, estabeleceu explicitamente o direito à restituição nos casos de substituição tributária “para frente”, quando não se realize o fato gerador presumido, o que se justifica para preservar o princípio da capacidade contributiva. É ler o art. 150, § 7º, da Constituição de 1988, na redação da citada Emenda nº 3, de 1993:

“*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 doutrina brasileira se dividiu quanto à orientação do Supremo Tribunal Federal, posteriormente consubstanciada no art. 166 do Código Tributário Nacional, antes transcrito.

Autores de prestígio, que pontificaram na época da elaboração do Código Tributário Nacional, manifestaram-se contrariamente à construção pretoriana, fazendo-se fortes nos argumentos de que a “repercussão” tributária é fenômeno econômico e não jurídico e de que é impossível a distinção entre impostos diretos e indiretos.¹⁴ Até hoje há juristas que entendem ser infundado o dispositivo do art. 166 do Código Tributário Nacional.¹⁵

Mas outra corrente doutrinária, à qual nos filiamos,¹⁶ que teve em Aliomar Baleeiro a sua figura mais expressiva,¹⁷ defende o ponto de vista da legitimidade

14 Cf. SOUZA, Rubens Gomes de. “Restituição de Impostos Indiretos”. *Revista de Direito Administrativo* 21: 26: “a repercussão é um fenômeno tipicamente econômico e não jurídico, circunstância esta que por si só deveria ser suficiente para obstar a que se pretendesse atribuir qualquer consequência jurídica à figura do contribuinte de fato”; ULHOA CANTO, Gilberto de. “Natureza Tributária da Taxa de Despacho Aduaneiro”. *Revista de Direito Público* 1: 114, 1967: “Portanto, o primeiro passo na reposição das coisas no ponto de equilíbrio em que se deveria encontrar se não fosse pela cobrança de imposto indevido, é sem dúvida alguma a restituição, pelo fisco, ao *solvens*. A partir de então, o contribuinte de fato, provando que recebeu o impacto da transferência do imposto indireto, agirá contra o de direito, e dele reaverá o que lhe corresponde”. A. A. BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, cit., p. 492: “... nos últimos 30 anos a doutrina demonstrou que a classificação dos tributos em diretos e indiretos, sob qualquer critério, não tem fundamento nem é praticável e deve ser abolida no triplice plano: técnico, administrativo e jurídico”.

15 Cf. G. ULHOA CANTO. *Direito Tributário Aplicado*, cit., p. 4.

16 *Restituição de Tributos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16.

17 *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 565.

da construção pretoriana e do art. 166 do Código, plenamente afinados com a idéia de justiça fiscal e com a necessidade de se prestigiar a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

c) Exportação

A regra geral tributária é a de que não deve incidir imposto sobre as exportações, prevalecendo a tributação pelo *pais de destino*, que é uma das manifestações do princípio da capacidade contributiva.

No Brasil a própria Constituição estabeleceu a não-incidência do IPI (art. 153, § 3º, III) e do ICMS (art. 155, § 2º, X, *a*) sobre as saídas de produtos industrializados para o estrangeiro, que alguns autores e Tribunais chamam, a nosso ver incorretamente, de imunidade. Para tornar factível a previsão constitucional, a legislação ordinária excepciona a natureza condicionada do crédito fiscal dos impostos sobre o valor acrescido, permitindo a utilização do crédito simbólico ou presumido correspondente à saída não-tributada, que coincide com a totalidade dos impostos pagos internamente. O direito brasileiro afastou-se, nesse ponto, da solução adotada em outros países, em que nas exportações há o reembolso do tributo em dinheiro.

Em certos casos, porém, há acumulação de créditos fiscais pelas empresas exportadoras, que não conseguem utilizá-los plenamente na compensação do imposto, o que exigiria o reembolso em dinheiro. Mas, em virtude das controvérsias entre a União, responsável pela política das exportações, e os Estados-membros, titulares da capacidade impositiva quanto ao ICMS, em torno da responsabilidade pelo ônus financeiro do benefício fiscal, a restituição em dinheiro dos créditos acumulados ainda está à espera de regulamentação.

3. Sujeitos passivos dos deveres tributários

O Código Tributário Nacional, depois de definir o sujeito passivo da obrigação principal e de classificá-lo em contribuinte e responsável (art. 121), oferece a seguinte definição:

“Art. 122. *Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituem o seu objeto.*”

Antes, no art. 113, § 2º, já havia o Código estabelecido que “a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

A expressão “obrigação acessória” ingressou no CTN por influência de Rubens Gomes de Souza, membro da Comissão que o elaborou.¹⁸ Mas vem

sendo severamente criticada pela doutrina.¹⁹ Em primeiro lugar, porque, por lhe faltar conteúdo patrimonial, não pode se definir como obrigação, vínculo sempre ligado ao patrimônio de alguém. Em segundo lugar, porque nem sempre o dever instrumental é acessório da obrigação principal, tendo em vista que pode surgir independentemente da existência de crédito tributário, como acontece na declaração da renda.

Os deveres tributários no Brasil compõem sistema de grande complexidade e contradição, assoberbando os contribuintes e aumentando-lhes sensivelmente os gastos administrativos. Só as empresas com sólida organização contábil e com funcionários e consultores competentes conseguem se desincumbir dos deveres instrumentais que lhe são impostos pela legislação. Três motivos principais podem ser indicados como causadores da anomalia:

1º) a complexidade do sistema tributário nacional, entendido sob a perspectiva de sua incidência econômica. São quase 60 tributos, contados os impostos, taxas e contribuições, a incidir sobre os mesmos fatos geradores, exigindo o cumprimento de inúmeros deveres instrumentais. A circulação de riquezas, por exemplo, é onerada pelo imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS), pelo imposto sobre produtos industrializados (IPI), pelo imposto sobre serviços (ISS), pelo imposto sobre operações financeiras (IOF), quase todos cobrados pela técnica da não-cumulatividade;

2º) a complexidade do sistema do federalismo fiscal brasileiro, que é tridimensional, distribuindo a Constituição a competência legislativa à União, aos Estados-membros e aos Municípios. No exemplo citado dos impostos sobre a circulação de riquezas, o IPI e o IOF pertencem à União, o ICMS aos Estados e o ISS aos Municípios, o que multiplica as informações necessárias à fiscalização por parte das diversas esferas de governo;

3º) o grave surto inflacionário nos últimos anos fez também com que houvesse o aumento dos controles da fiscalização de rendas e da necessidade de as empresas se ajustarem contabilmente à velocidade da desvalorização da moeda e à utilização de indexadores diversos.

É bem verdade que, no presente ano de 1995, o País se prepara para proceder a uma reforma fiscal profunda, que, ao que tudo indica, deverá ter o objetivo principal de simplificar o sistema tributário, assim do ponto de vista de sua incidência econômica que do federalismo e da partilha da competência impositiva, tudo o que provocará sensíveis reflexos sobre a temática dos deveres do contribuinte.

19 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. “A Relação Jurídica Tributária e as Impropriamente Chamadas Obrigações Acessórias”. *Revista de Direito Público* 17: 381-386, 1971.

18 *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, s/d, p. 58.

3.1 O dever de fazer

Os deveres de fazer, assim compreendidos os de prestar declarações, emitir documentos fiscais, escriturar livros etc., são extremamente complexos no direito brasileiro, até mesmo como consequência da irracionalidade do sistema de tributos e do federalismo tridimensional. Mas, nos últimos anos, nota-se o esforço no sentido de diminuir tais incumbências, facilitando a vida das empresas e dos contribuintes.

Assim é que, no plano do imposto de renda, diversas novidades foram introduzidas pela legislação mais recente. A transformação do imposto correspondente às pessoas físicas em um tributo incidente sobre bases correntes — *pay as you earn* — facilitou os controles e a fiscalização, já que a declaração de ajuste do ano seguinte apresenta a tendência de concluir pela coincidência entre o imposto devido e o pago antecipadamente. O imposto de renda das pessoas jurídicas, por seu turno, também ganhou a característica de tributo cobrado sobre bases correntes pela Lei 8.383/91, o que fez com que diminuísse o universo dos contribuintes sujeitos ao regime de cálculo do tributo pelo lucro real, com a multiplicidade de balancetes e de controles contábeis, e aumentasse o número dos que pagam o tributo pelo sistema de lucro presumido, com a declaração de ajuste apresentada de uma só vez no ano seguinte.

Medida de grande importância, também, foi o tratamento preferencial outorgado às micro e pequenas empresas pelo art. 179 da Constituição de 1988. As isenções e as reduções de alíquota e de base de cálculo, que se seguiram, levaram ao alívio do contribuinte no cumprimento de deveres instrumentais e à diminuição dos controles governamentais.

No campo dos impostos sobre o valor acrescido o fato mais notável foi a simplificação e a harmonização dos deveres relativos ao ICMS e ao IPI. Em virtude da mesma técnica fiscal que prevalece para os tributos gêmeos, a União e os Estados assinaram convênios no sentido de facilitar a escrituração fiscal, utilizando o mesmo documentário para ambos os impostos.

3.2. O dever de informar

O dever de informar, seguindo a metodologia das diretivas, pode consistir em prestar informações gerais ou especiais.

3.2.1. Informações gerais

O dever de prestar informações gerais em favor do Fisco vem crescendo extraordinariamente nos últimos anos, com o aumento dos gastos administrativos das empresas. Entre as suas causas podem ser apontadas as seguintes:

a) a crescente utilização do mecanismo da substituição tributária, que gera para as empresas o dever de prestar informações sobre as obrigações tributárias materiais dos substituídos. A retenção do imposto de renda na fonte, por exemplo, obriga as empresas a fornecer aos contribuintes os documentos comprobatórios dos descontos, para que estes possam prestar a ulterior declaração de ajuste à Fazenda Pública;

b) a tendência à criação de impostos não-declaratórios, que, prescindindo das declarações diretas do contribuinte, passam a ser recolhidos pelas instituições financeiras, às quais incumbe afinal fornecer ao Fisco as informações gerais. Assim acontece com o imposto de renda incidente sobre os ganhos do mercado de capitais e o imposto sobre operações financeiras — IOF. No ano de 1994 foi cobrado o imposto provisório sobre movimentação financeira — IPMF, que incidia sobre as transações bancárias e que trouxe novos deveres instrumentais às instituições financeiras;

c) a necessidade de se obterem dados econômicos para a partilha do produto da arrecadação tributária. Pela Constituição os entes políticos menores (Estados e Municípios) participam da receita tributária da União (imposto de renda, IPI, imposto territorial rural), assim como também os municípios têm o direito à transferência de parcelas dos impostos estaduais (25% do ICMS, 50% do imposto sobre veículos automotores — IPVA). Como o rateio da arrecadação se faz segundo diversas variáveis — população, extensão territorial, volume de saídas de mercadorias tributadas e isentas, etc. —, é necessário que se forneçam aos órgãos públicos as informações econômicas e fiscais que permitam elaborar os cálculos dos repasses intergovernamentais.

3.2.2. Informações especiais

O Código Tributário Nacional estabelece também para certas pessoas o dever de prestar informações ao Fisco sobre a situação de terceiros:

“Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

- I — os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;
- II — os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
- III — as empresas de administração de bens;
- IV — os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;
- V — os inventariantes;
- VI — os síndicos, comissários e liquidatários;
- VII — quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”.

A discussão que tem surgido no direito brasileiro versa a respeito da autoridade competente para pedir as informações especiais, quando esteja em jogo o sigilo. A orientação da jurisprudência dos tribunais é a de reservar ao juiz a competência para determinar a prestação das informações, negando que no bojo do processo administrativo tributário, ainda que de rito contraditório, possa a autoridade do Poder Executivo exigir o fornecimento de dados.²⁰

4. Responsáveis tributários

O Código Tributário Nacional, depois de definir, no art. 121, como vimos de início, o sujeito passivo da obrigação tributária como “a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária” e de classificá-lo como *contribuinte* (quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador) e *responsável* (quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei), disciplina da seguinte forma a responsabilidade tributária:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

A seguir o Código Tributário Nacional regula a responsabilidade dos sucessores (arts. 129 a 133) e de terceiros (arts. 134 e 135) e a responsabilidade por infrações (arts. 136 a 138).

As diferenças fundamentais entre o contribuinte e o responsável são as seguintes: a) o contribuinte tem o débito (*debitum*, *Schuld*), que é o dever de prestação e a responsabilidade (*Haftung*), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (*obligatio*), enquanto o responsável tem a responsabilidade (*Haftung*) sem ter o débito (*Schuld*), pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; b)

20 Cf. Recurso Especial nº 37.566-5/RS; Acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 2.2.94, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Diário da Justiça da União de 28.3.94, p. 6.294: “Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade. O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X). Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.”

a posição do contribuinte surge com a realização do fato gerador da obrigação tributária; a do responsável, com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade (*Haftungstatbestand*).

4.1. O responsável como sujeito passivo da obrigação tributária

As definições trazidas pelo Código Tributário Nacional permitem concluir no sentido de que o responsável é sujeito passivo da obrigação tributária, embora não ofereçam segurança para a perfeita classificação dos responsáveis, por ausência de menção ao substituto.

De feito, os arts. 121 e 128 do CTN incluíram a figura do responsável no quadro maior da sujeição passiva, dando-lhe, portanto, um desenho autônomo e unívoco de devedor por dívida alheia.²¹

Por outro lado, classificou como responsáveis aqueles que ficam *junto* ao contribuinte (sucessores, terceiros e infratores), mas nada disse a respeito daqueles que ficam *no lugar* do contribuinte (substitutos). Tendo em vista que a responsabilidade do substituto afasta a do contribuinte, é perfeitamente admissível incluí-lo entre os responsáveis, se se fizer a leitura parcial do art. 128, excluindo-se a oração final “atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”, que só se aplica aos responsáveis solidários ou subsidiários (sucessores e terceiros) que ficam *junto* ao contribuinte. A imensa maioria da doutrina brasileira comunga nesse entendimento,²² seguindo a orientação inicial de Rubens Gomes de Souza, que afirmava: “a sujeição passiva indireta se apresenta sob duas modalidades: transferência e substituição; por sua vez a transferência comporta três hipóteses: solidariedade, sucessão e responsabilidade”.²³ O sistema do Código Tributário Nacional, por conseguinte, se afasta do da *Ley General Tributaria* da Espanha, que separa o contribuinte e o seu substituto (arts. 30 e 33), que são considerados sujeitos passivos, dos demais responsáveis pela dívida tributária “*junto a los sujetos pasivos*” (art. 37); mas se aproxima do direito alemão, no qual a doutrina inclui o substituto entre os responsáveis, na omissão da *Abgabenordnung* de 1977, que, reservando um capítulo aos responsáveis (arts. 69 a 77), nele não regula a figura do substituto, que é objeto de leis especiais.²⁴

21 Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. “Responsabilidade Tributária”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* 5: 188, 1980; MACHADO, Hugo de Brito. “Responsabilidade Tributária”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* 5: 47, 1980.

22 Contra: MARÇAL JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 353: “há três categorias de sujeitos passivos: contribuintes, substitutos e responsáveis”.

23 *Compêndio de Direito Tributário*, cit., p. 66.

24 Cf. TIPKE, Klaus & LANG, Joachim. *Steuerrecht*. Köln, O. Schmidt, 1989, p. 148.

4.2. Substituto legal tributário

Substituto é aquele que, em virtude de determinação legal, fica *em lugar* do contribuinte, assumindo a responsabilidade pela obrigação tributária. O conceito de substituição se subsume na definição do art. 128 do CTN: a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte.

A distinção principal entre as duas figuras da sujeição passiva é que o contribuinte realiza o fato gerador da obrigação tributária, enquanto o substituto realiza o fato gerador da substituição prevista em lei.

O substituto se estrema dos demais responsáveis porque fica no lugar do contribuinte, enquanto o responsável fica junto, mantendo-se a responsabilidade supletiva do contribuinte.

O substituto legal tributário tem não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais no interesse do Fisco. Assume com exclusividade a responsabilidade do contribuinte, que deixar de participar da relação tributária. Se o substituto não recolher o tributo, nenhuma responsabilidade terá o contribuinte substituído, embora certa parte da doutrina estrangeira veja com reserva tal assertiva. As reclamações e os recursos passam para a iniciativa do substituto, que poderá impugnar os vícios de legalidade ou constitucionalidade da imposição.

Mas o substituído não é totalmente estranho à relação tributária. Para que haja a substituição é necessário que o contribuinte e o substituto participem do mesmo processo econômico, de modo que entre as suas atividades haja algum nexo. As imunidades e as isenções pertencem ao substituído, e não ao substituto.

Entre o substituído e o substituto, porém, não existe nenhum vínculo de natureza tributária. O substituto pode ingressar com ação regressiva contra o substituído, para recuperar a importância correspondente ao imposto e para manter o equilíbrio da equação financeira da substituição, sem que esteja em jogo qualquer prestação verdadeiramente tributária, como já vimos.

A substituição, pela facilidade que oferece para a arrecadação da receita tributária, vem sendo utilizada crescentemente nos últimos anos. Adapta-se a qualquer imposto, direto (IR) ou indireto (ICMS ou ISS). Dois casos, entretanto, merecem exame mais atento, pelas suas peculiaridades — a retenção na fonte e a substituição no ICMS.

4.2.1. O agente da retenção na fonte

A retenção na fonte é uma das formas de substituição. Ocorre principalmente no IR, mas pode acontecer também no ISS. Consiste na retenção, por

uma terceira pessoa vinculada ao fato gerador, do imposto devido pelo contribuinte. Por exemplo: o imposto de renda devido pelos assalariados é retido na fonte pelo empregador, no momento do pagamento do salário, e posteriormente recolhido à Fazenda Federal.

O CTN (art. 45, parágrafo único) permite expressamente que a lei atribua “à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam”, obrigação que pode recair inclusive sobre os entes políticos imunes, pois a imunidade se afirma em homenagem ao contribuinte substituído.

Certa parte da doutrina nega-se a considerar o agente da retenção como substituto, pois o recolhimento do imposto de renda retido na fonte, constituindo mera antecipação do tributo devido pelo contribuinte no confronto final feito na declaração, não resolve a obrigação tributária e, por isso, seria mero dever instrumental perante a Administração.²⁵

4.2.2. A substituição no ICMS

Problema que apresenta aspectos difíceis é o da substituição no ICMS, regulado hoje por lei complementar federal (nº 44, de 7.12.83).

A substituição no ICMS pode se dar “para trás” ou “para frente”.

A substituição “para trás” ocorre quando o substituto, que é um contribuinte de direito (comerciante ou industrial), adquire mercadoria de outro contribuinte, em geral produtor de pequeno porte ou comerciante individual, responsabilizando-se pelo pagamento do tributo devido pelo substituído e pelo cumprimento das obrigações tributárias. Aproxima-se da figura do diferimento, que implica o adiamento do recolhimento do tributo. Exemplo de substituição “para trás” é o da aquisição, pela indústria de laticínio, do leite “*in natura*”, em que o industrial, melhor organizado empresarialmente, se torna substituto do produtor rural, que não tem possibilidade de emitir notas fiscais nem de manter escrituração contábil. A substituição “para trás” não desperta muita controvérsia, desde que o substituto esteja vinculado ao substituído pela situação que constitui a obrigação principal.

A substituição “para frente” ocorre quando uma terceira pessoa, geralmente o industrial, se responsabiliza pelo pagamento do tributo, devido pelo comerciante atacadista ou varejista, que revende a mercadoria por ele produzida. É o caso, por exemplo, da indústria do cigarro, que substitui o comerciante varejista na obrigação principal, recolhendo desde a saída da mercadoria do estabelecimento industrial o imposto incidente na ulterior operação com o consumidor

25 Cf., por todos, SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Lecciones de Derecho Financiero*. Madrid: Universidad Complutense, 1982, p. 238.

final. A substituição, aí, aproxima-se da antecipação do tributo. Algumas críticas surgiram contra tal figura: a) constituiria uma obrigação tributária sem fato gerador, o que contraria a própria fenomenologia do nascimento da relação jurídica tributária no ICMS; b) importaria em desrespeito ao art. 128 do CTN, pois inexistia vínculo econômico entre o industrial e o varejista; c) haveria ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois não se sabe o valor real da venda ao consumidor final no momento prévio da saída da mercadoria do estabelecimento industrial.²⁶ A tendência dos Tribunais, entretanto, foi a de dar pela legitimidade da substituição “para frente”, desde que a lei garantisse a veracidade da base de cálculo final, assegurando a restituição do que a maior fosse cobrado por antecipação. A EC 3/93, afinal, encerrou a controvérsia, ao acrescentar o § 7º ao art. 150, com a redação transcrita acima (item 2.2.2., letra b). Alguns juristas, a nosso ver sem razão, vêm acoimando de inconstitucional a providência adotada pela Emenda Constitucional nº 3/93.²⁷

4.3. Sucessor

Há responsabilidade do sucessor quando terceira pessoa, vinculada ao fato gerador, assume a obrigação tributária em virtude da impossibilidade de seu cumprimento pelo anterior proprietário do bem ou pela pessoa jurídica que precedentemente explorava a atividade econômica. A responsabilidade, aí, é subsidiária, já que apenas surge depois de comprovada a impossibilidade de seu cumprimento pelo contribuinte, e solidária sempre que possível, por não excluir a do contribuinte, abrangendo todos os créditos constituídos, definitivamente ou não.

Assim é que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuição de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação (art. 130 do CTN). Daí a necessidade da exibição de certidão negativa dos tributos incidentes nos últimos 5 anos sobre os bens transmitidos, para que se acautelem os interesses do adquirente.

Tornam-se também sucessores na responsabilidade tributária (art. 131 do CTN): a) o adquirente ou remitente (aquele que resgata ou redime), pelos

²⁶ Cf. COSTA, Alcides Jorge. “ICM. Substituição Tributária. Responsabilidade por Retenção e Recolhimento por Operações Ainda Não Realizadas”. *Revista de Direito Tributário* 44: 38-62, 1988.

²⁷ É o caso de MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Substituição Tributária no Fato Gerador do Imposto”. *Repertório IOB. Jurisprudência*, 1993, p. 408.

tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos, ainda que não sejam imóveis; b) o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação; c) o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data do falecimento do autor da herança.

A responsabilidade por sucessão pode ocorrer também com referência a empresas e sociedades. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas fusionadas, transformadas ou incorporadas (art. 132 do CTN). A responsabilidade se estende ainda aos casos de cisão, figura jurídica que apareceu posteriormente à publicação do CTN. Considerar-se-á também sucessor o sócio remanescente, ou seu espólio, quando, nos casos de extinção de pessoas jurídicas, continuar explorando a respectiva atividade, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual (art. 132, parágrafo único, do CTN).

Finalmente o CTN, no art. 133, transfere a responsabilidade por sucessão à pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual. Fundo de comércio é o complexo de instalações, máquinas, utensílios, dívida ativa, e, também, do acervo imaterial como o ponto, a marca, os emblemas e a clientela, conceito coincidente com o do direito comercial. Aliás, é extremamente difícil estabelecer distinção entre fundo de comércio e estabelecimento, pelo que a referência ao fundo de comércio deve ser reservada aos casos em que não há aquisição formal do estabelecimento. Para que haja sucessão tributária é necessária a aquisição da totalidade do estabelecimento comercial ou do fundo de comércio, não sendo suficiente a compra de um ou outro bem móvel. O sucessor responde pelos tributos relativos ao fundo ou ao estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato: a) integral e solidariamente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; b) subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão.

O sucessor em princípio não se responsabiliza pelas multas, salvo quando, na sucessão de empresas, o transmitente aliena o seu negócio para eximir-se do pagamento da multa.²⁸ Mas a pena de perdimento de bens pode lhe ser estendida

²⁸ Cf. Recurso Extraordinário nº 90.834-MG, Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 11.5.79, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 93: 862: “Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa punitiva aplicada à empresa objeto da incorporação;” Recurso Extraordinário 83.613, Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 20.08.76,

e contra ele executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, item XLV, da Constituição Federal).

4.4. Terceiros

O CTN abre uma seção para a responsabilidade de terceiros, em que cuida do responsável subsidiário (art. 134) e do solidário (art. 135).

4.4.1. Responsável subsidiário

No art. 134 o CTN disciplina a responsabilidade subsidiária de terceiros, que surge nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Mas, tanto que o terceiro assume a responsabilidade, esta se torna solidária, posto que ele se coloca junto ao contribuinte, e não no seu lugar, como acontece na substituição.

A consequência processual da subsidiariedade é que a Fazenda credora pode dirigir a execução contra o responsável, se o contribuinte não possui bens para a penhora, independentemente de estar indicado o seu nome na certidão de dívida ativa.

A responsabilidade subsidiária de terceiro só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório (art. 134, parágrafo único).

Respondem solidariamente com o contribuinte nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte: I) os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II) os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III) os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV) o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V) o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI) os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII) os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

A mais controversa de todas essas hipóteses é a da responsabilidade dos sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas (art. 134, IV, CTN). Indagava-se a respeito da responsabilidade dos sócios da sociedade por cotas. Entendeu-se, de início, que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada não era uma sociedade de pessoas, pelo que os seus sócios não responderiam pela dívida social.²⁹ Depois de muita discussão o Supremo Tribunal Federal

Rel. Min. Cordeiro Guerra, *Revista de Direito Administrativo* 129: 98: "Responde o sucessor pelas multas fiscais no caso de transmitir o contribuinte o seu cabedal a terceiro."

²⁹ BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447.

admitiu a responsabilidade do sócio da sociedade limitada, desde que, exercendo função de gerência, deixasse de pagar regularmente os impostos e não providenciasse a extinção da sociedade na forma prevista em lei; o STF conjugou o art. 134, VII com o art. 135, III, equiparando o não-recolhimento de tributos à prática de atos com infração de lei, contrato social ou estatutos.³⁰

4.4.2. Responsável solidário

Outra coisa é a responsabilidade de que cuida o art. 135. Nela existe a solidariedade *ab initio*, e o responsável se coloca junto do contribuinte desde a ocorrência do fato gerador. Pouco importa, nesses casos, que o contribuinte tenha, ou não, patrimônio para responder pela obrigação tributária. A Fazenda credora pode dirigir a execução contra o contribuinte ou o responsável.

Do ponto de vista processual, ao contrário do que ocorre nas hipóteses do art. 134, é necessário que o auto de infração consigne o nome do responsável e que se lhe assegure o direito de defesa na esfera administrativa.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I — as pessoas referidas no art. 134; II — os mandatários, prepostos e empregados; III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

4.5. Agente da infração

O art. 136 do CTN diz que "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

Aderiu o CTN, em princípio, à teoria da objetividade da infração fiscal. Não importa, para a punição do agente, o elemento subjetivo do ilícito, isto é,

³⁰ Cf. Recurso Extraordinário nº 107.322-RJ, Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 22.10.85, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 116: 418: "Execução fiscal. Bens particulares de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Não se exige a inscrição do nome do sócio-gerente, ou responsável, para que contra ele se exerça a ação fiscal. Mas só se admite a responsabilidade do sócio-gerente ou responsável, principalmente se agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN). Orientação da Corte;" Recurso Extraordinário nº 113.854-RJ, Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 26.8.87, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 124: 365: "Nos termos do art. 135, III, do CTN são substituídos na responsabilidade tributária os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Se a firma encerrou suas atividades de forma irregular, pode qualquer uma das pessoas referidas na lei ser citada com a penhora de seus bens, para garantia da execução fiscal. Precedentes da Corte."

se houve dolo ou culpa na prática do ato. Desimportante também que se constate o prejuízo da Fazenda Pública.

Mas a tese objetiva admite temperamentos, como hoje aceitam a maior parte da doutrina brasileira e estrangeira e o próprio Supremo Tribunal Federal.

O CTN define no art. 137 as diversas infrações em que a responsabilidade é pessoal ao agente.

Assim acontece nas infrações conceituadas por lei como crimes ou contra-venções (contrabando, sonegação, adulteração de livros fiscais etc.) ainda que praticadas por meio de pessoa jurídica (art. 11 da Lei nº 8.137, de 27.12.90). Mas se o agente as praticou no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito, haverá também a responsabilidade do contribuinte (art. 137, I).

É também pessoal ao agente a responsabilidade por infrações em cuja definição o dolo específico seja elementar (art. 137, II). Constitui uma exceção ao princípio da objetividade e ocorre quando a própria lei, ao definir a infração, se refira ao elemento intencional do dolo. Por exemplo: omitir declaração sobre rendas com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento do tributo (art. 2º, I da Lei nº 8.137, 27.12.90) é crime contra a ordem tributária, recaindo a sanção pessoalmente sobre o agente.

Da mesma forma são pessoalmente responsáveis as pessoas referidas no art. 134 (pais, tutores, curadores, inventariante, síndico etc.) quanto às infrações cometidas dolosamente contra aqueles por quem respondem (filhos, tutelados, curatelados, espólio, massa falida etc.), bem como os mandatários, prepostos ou empregados nas infrações contra seus mandantes, preponentes ou empregadores e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas (art. 137, III). Nessa hipótese exclui-se a responsabilidade do contribuinte, que já terá sofrido o prejuízo pela infração dolosamente cometida pelo agente.

As pessoas jurídicas não podem ser consideradas agentes das infrações definidas na lei penal como crime. Mas são sujeitos das infrações tipificadas na lei tributária.

NOVA POLÍTICA PENAL EM FACE DO TRÁFICO DE DROGAS

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

Para discorrer sobre uma nova política, em matéria de enfrentamento do tráfico de drogas, é imprescindível analisar, antes de tudo, as diretrizes genéricas, recomendadas pelo movimento de reforma das leis penais, desencadeado em vários países, nos últimos quarenta anos.

Em essência, o comércio ilícito de tóxicos se insere num painel mais amplo, constituindo um dos setores, talvez o mais transcendente, do *crime organizado* (Raul Cervini, "Crime Organizado", 1995, p. 201) que tem, entre outras características, a contínua busca de poder e ganhos cada vez mais elevados, e o permanente recrutamento de pessoas, em geral adolescentes ou adultos jovens, para atuar nas trincheiras avançadas, executando diretamente a venda das drogas aos consumidores.

Sobretudo em face deste último aspecto, a Política Criminal, que hoje exerce influência basilar sobre o Direito Penal, com reflexos acentuados na dogmática, tem dirigido sua atenção para a procura de meios visando proteger os seres mais vulneráveis do corpo social, da sedução de buscar na atividade criminosa o atalho para a satisfação de suas necessidades, elementares ou supérfluas.

A solução mais simplista e antiga, que até hoje costuma galvanizar a simpatia da coletividade, é o uso da dissuasão pelo endurecimento das sanções criminais.

Assim, sempre que a opinião pública é traumatizada, mormente por notícias sobre a prática de crimes contra o patrimônio cometidos mediante violência, surgem segmentos advogando a premência de uma reforma das leis penais, cuja suposta brandura seria a principal responsável pela ascensão do número de tais delitos.

Nos tempos atuais ocorre no Brasil este clamor pelo endurecimento das normas, inobstante nosso Código Penal, com as modificações introduzidas pela denominada "Lei dos Crimes Hediondos", encontrando-se entre os mais severos

do mundo, com sanções que chegam a trinta anos de reclusão, somente superadas nas legislações dos países que admitem a pena de morte ou a prisão perpétua.

De passagem, e sem desejar aprofundar-me no tema, gostaria de trazer a lume os números mais recentes que disponho, que vão até janeiro de 1994, sobre os índices de criminalidade nos Estados Unidos, notadamente em relação ao homicídio. Como é sabido, em 1976, a Suprema Corte norte-americana reconsiderou seu entendimento anterior, passando a admitir que os estados-membros voltassem a incluir a pena de morte no rol das sanções, sem que isto representasse ofensa à Constituição Federal.

Desde então, as estatísticas revelam dados que desautorizam proclamar a alegada eficácia da sanção extrema, como importante fator dissuasório da prática de crimes contra a vida. Em vários estudos, entre eles Arizona, Texas e Louisiana, apesar de reimplantada a pena de morte, o volume de homicídios aumentou, sendo estes dois últimos os recordistas em execuções. Já em outros estados, como Michigan e Havaí, houve diminuição do número de homicídios, apesar de não terem optado pela adoção do suplício máximo, observando-se que no Havaí ocorreram 44 crimes de morte em 1990 contra apenas 12 em 1991, o que traduz um decréscimo de 73%.

Estes percentuais confirmam a sábia advertência de Montesquieu, formulada há mais de duzentos anos, no “Espírito das Leis”, no sentido de que a maior responsável pelo esgarçamento do sistema repressivo é a “impunidade dos crimes e não a moderação das penas” (*apud* René Ariel Dotti, “Alternativas à Pena de Prisão”, Anais, org. Julita Lemgruber, 1994, p. 75). Sobre o tema, vale registrar as ponderações de Hassemer e Muñoz Conde, ao lembrarem que a pessoa, quando comete um delito, “lo hace pensando en no ser descubierta”, motivo pelo qual não leva muito em consideração a maior ou menor gravidade da sanção (“Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, 1989, p. 160).

* * *

É, portanto, uma ilusão, sobretudo no Brasil, acreditar-se em panacéias tais como o agravamento das reprimendas ou a pena de morte, mesmo porque não logramos, ainda, fazer com que os autores da maior parte das extorsões mediante seqüestro ou dos roubos a mão armada, ou que os grandes traficantes de tóxicos, sejam submetidos às sanções rigorosas que já se encontram no Código. E isto acontece porque, simplesmente, não conseguimos sequer descobrir a identidade dos responsáveis pelos crimes, para poder puni-los. Por certo, esta impunidade, e não a pretensa doçura de nossas leis, tem sido um grande estímulo para a prática dos delitos, que tanto inquietam o corpo social.

Além disto, ao se cogitar de reformulações no sistema punitivo, não podem ser preteridas as diretrizes traçadas pelos mais respeitados especialistas, a partir das constatações a que chegaram, ao cabo de quase dois séculos de experiência, durante a qual a pena de prisão foi o instrumento básico no combate à criminalidade.

As reflexões dos estudiosos, nestes últimos decênios, conduziram à necessidade de operar-se uma reforma, visando alcançar-se, acima de tudo, a *humanização do Direito Penal* (Hans-Heirich Jescheck, “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, ed. arg., 1976, p. 21).

E a preocupação central da reforma tem gravitado em torno da função e das finalidades da pena (Miguel Bajo Fernandes, “Pensamiento Penal Moderno”, obra coletiva, Colombia, 1991, p. 65), pois a grande questão, nesta matéria, é decidir-se *o que fazer* com o ser humano que, comprovadamente, praticou uma ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, *o que fazer* com a pessoa que cometeu um crime.

As investigações criminológicas, de forma quase unânime, concluíram pela baixa eficácia da prisão como resposta principal para a maior parte dos delitos. Apesar disto, a coletividade vem sido mantida na ilusão quanto às virtudes das penitenciárias e do próprio Direito Penal. Através de diversas manobras, seu olhar é desviado da “crise estrutural política e econômica”, onde se encontra, realmente, a mais importante raiz do problema dos crimes convencionais praticados com finalidade de ganho patrimonial (Raul Cervini, “Los Procesos de Decriminalización”, 1992, p. 69).

Aliás, para quem tiver dúvida sobre a íntima conexão entre crises econômicas e o incremento de delitos, basta atentar para o recente exemplo da Inglaterra. Depois dos anos de *thatcherismo*, como sua fórmula mágica da liberalização radical da economia, as seqüelas foram a recessão e o alto índice de desemprego.

Com isto, ocorreu “um aumento espetacular da criminalidade”. Os delitos contra o patrimônio “foram os que apresentaram índices mais expressivos de crescimento”. De assinalar-se que “uma pesquisa encomendada pelo Ministério do Interior britânico, sobre população carcerária”, concluiu “que a maioria esmagadora dos presos era originária das camadas mais pobres da sociedade” (JB, 19/12/91).

Ainda recentemente, Nelson Franco Jobim, correspondente do “Jornal do Brasil” em Londres, noticiou uma pesquisa do conceituado “Instituto Mori”, mostrando que “os britânicos perderam a confiança no futuro”, sendo registrado “o aumento da pobreza, a insegurança no trabalho, a concentração de renda e a mudança nos padrões familiares”, enquanto, paralelamente, segundo Roger Singleton, diretor do referido Instituto, “a criminalidade, o abuso de drogas e o analfabetismo cresceram e são resultados da pobreza e do desemprego”. Em

face disto, Donald Dewar, Ministro da Seguridade Social do governo paralelo trabalhista, conclui que “o crescimento da desigualdade e da exclusão social”, talvez decorram dos 16 anos de *thatcherismo* (JB, 15/06/95).

Aliás, sobre o tema, no último mês de maio, do corrente ano de 1995, realizou-se no Cairo o IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, tendo um dos documentos preparatórios do conclave sublinhado estar

“mais do que provado que a criminalidade é maior nas sociedades em que há pior distribuição de renda e onde são grandes as disparidades no acesso à educação, ao emprego, aos cuidados com a saúde e à cultura”.

* * *

Num reconhecimento explícito dos estreitos vínculos entre certa espécie de criminalidade e as mazelas da própria estrutura social, a denominada *co-culpabilidade* vem se tornando um dos temas mais atuais em matéria de individualização da pena, de modo que apreciável parcela dos estudiosos entende que se deve correlacionar a responsabilidade do acusado a “uma responsabilidade geral do estado que lhe vai impor a pena”, fazendo “sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” (Nilo Batista “Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro”, 1990, p. 105).

Assim, quanto menor o *espaço social* — vale dizer, oportunidades no campo da educação, saúde, trabalho etc. — que tenha sido concedido ao infrator da lei penal, menos intensa será sua culpabilidade, porque, no dizer de Zaffaroni, “la carga de reproche que deve restarsele a quien padece de una carencia social, debe cargala la sociedad que motiva esa carencia y no lo carenciado que no puede proveer a su superación” (“Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina”, Informe Final, 1986, p. 59). Neste sentido o mestre colombiano Perez Pinzón arrola entre as diretivas relacionadas com a aplicação da lei penal o “princípio de exigibilidade social”, pelo que deve o juiz ter em conta, ao individualizar a pena, “los criterios de valoracion del espacio de alternativas comportamentales disponibles para el hombre protagonista de la situacion problematica” (“Pensamiento Penal Moderno”, cit. p. 147). Sobre a matéria, as formulações pioneiras devem-se a Alessandro Baratta, para quem a responsabilidade penal há de observar diversos limites, dentre eles os ditados pelo “princípio de la exigibilidad social del comportamiento alternativo”, por força do qual impõe-se a fixação de “critérios para la evaluación del espacio de alternativas de conducta a disposición del sujeto” (*apud* Raul Cervini, “Los Procesos”, cit., p. 84).

* * *

Mas, voltando à explanação sobre o movimento internacional de reforma do Direito Penal, desencadeado nos últimos quarenta anos, cabe lembrar que a grande preocupação dos especialistas cifra-se na busca do tratamento que o Estado e a sociedade devam dar ao delinquentes (Jescheck, “Tratado”, ed. esp., trad. 4ª ed. alemã, 1993, p. 677), tema que se tornou extremamente relevante em face da constatada falência do principal instrumento até hoje usado: *a pena de prisão*.

Em outubro do ano passado (1994), no Estado do Rio de Janeiro, realizou-se a “1ª Conferência sobre Alternativas à Pena de Prisão”, organizada pela socióloga Julita Lemgruber, professora que reúne o conhecimento teórico à larga experiência adquirida no exercício de diversos cargos de direção no sistema penitenciário. No conclave foram colhidos preciosos informes de técnicos estrangeiros, todos assinalando a necessidade de encontrar-se uma sanção, diversa do encarceramento, para os autores de crimes menos graves (vide “Alternativas à Pena de Prisão — Anais”, Sec. Justiça, Est. Rio de Janeiro, 1994).

Traduzindo o entendimento dos demais palestrantes, a publicista inglesa Vivien Stern, Secretária Geral da “Penal Reform Internacional” (PRI) enfatizou textualmente:

“Devemos aceitar a evidência acumulada em todo o mundo de que a prisão não *cura* criminosos. Há, de fato, evidências em demasia que apontam, justamente, para o contrário: a prisão torna as pessoas piores. Pode torná-las piores porque reforça suas tendências para a violação e criminalidade, e pode torná-las piores porque se deterioram de tal forma que, ao sair da prisão, o retorno ao crime é, freqüentemente, a única alternativa para conseguirem algum dinheiro” (“Anais”, cit., p. 19).

E o corpo de delito deste fracasso do regime prisional está no índice de reincidência: “de todos os jovens, na Inglaterra, com menos de 21 anos de idade que deixaram a prisão em 1987, quase 75% foram condenados por novo crime no espaço de dois anos” (*ibidem*).

Em face disto, agora em 1991, no Reino Unido, foi promulgada importante reforma penal, corporificada no *Criminal Justice Act*, que estabeleceu uma diretriz para os magistrados no sentido de que “ninguém deve ser enviado para a prisão, a menos que o juiz considere a infração cometida tão séria, que apenas a privação de liberdade seja capaz de proteger o público do dano que poderia ser causado pelo infrator” (“Anais”, cit. p. 21).

Esta diretriz consubstancia uma das tônicas do movimento denominado *Direito Penal Mínimo*, que se assenta no caráter subsidiário do Direito Penal, cujos instrumentos têm uma alta capacidade deletéria, razão por que somente devem ser usados para reprimir as infrações normativas mais graves, e quando não forem suficientes outros remédios de natureza civil, administrativa, disciplinar etc. (Hassemer — Muñoz Conde, ob. cit. pp. 71 e 116).

Os principais corolários desta corrente de pensamento são a *descriminalização* e a *despenalização*. A primeira significa retirar do elenco dos delitos aquelas condutas, mesmo as ilícitas, que possam ser objeto de outro tipo de tratamento, que não a pena criminal. Já a despenalização abrange “todas las formas de atenuación dentro del sistema penal”, entre elas a substituição das “penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de la prueba, trabajos obligatorios, entre otras” (“Decriminalización”, ed. arg., 1987, p. 23). Por exemplo, na Inglaterra, “atualmente, apenas 10 ou 12% das pessoas que passam pelos tribunais recebem uma pena privativa da liberdade”, eis que as restantes 90 ou 88%, quando não absolvidas, são condenadas ao cumprimento de sanções diversas da privativa da liberdade (Vivien Stern, “Anais”, cit. pp. 85/6).

Em meu entender, no atual estágio da trajetória do Direito Penal, a busca de alternativas à pena de prisão, nos casos de infrações menos graves, tem maior relevo do que uma *abolitio criminis* massiva, de todo contra-indicada em face do volume expressivo de condutas ilícitas de marcante caráter danoso.

* * *

Passando-se à análise do panorama criminal brasileiro, à luz das diretrizes das reformas que prevalecem no mundo, conclui-se, de início, que a superlotação de nossos cárceres se deve, em grande parte, à circunstância de lá se encontrarem trancafiados milhares de seres humanos que poderiam estar em liberdade, cumprindo penas alternativas. Isto sem falar nos que já fizeram, de há muito, jus a livramento condicional, ou à progressão para o regime aberto, mas cujos processos encontram-se pendentes de julgamento, quase perdidos na morosa, insensível e perversa burocracia judiciária.

Na palestra proferida, durante a Conferência que organizou, Julita Lemgruber deu notícia de que 50% dos presos do Sistema Penal do Rio de Janeiro são pequenos traficantes de tóxicos ou pessoas condenadas por crimes não graves/ou violentos, sobre quem o encarceramento exerce um efeito deletério intenso (“Anais”, cit. p. 42).

Assim, uma primeira iniciativa prática, harmonizada com o espírito da reforma que os especialistas preconizam, seria estender-se o benefício da suspensão condicional da pena para os condenados até quatro anos, aos invés dos atuais dois anos previstos no art. 77 de nosso Código. Com isto, muitos sentenciados que se encontram no cárcere, cumprindo penas por crimes contra o patrimônio, praticados sem o emprego de violência, ganhariam a liberdade, obviando, por outro lado, o problema a superpopulação nas penitenciárias.

Sobre esta matéria seria pertinente registrar o exemplo da Costa Rica. Em 1992, o ILANUD (“Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a

Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente”) constituiu um grupo de trabalho, do qual tive a honra de participar, com a incumbência de manifestar-se sobre as “reformas al Sistema de Penas del Código Penal de Costa Rica y Redación de un Proyecto de Ley de Ejecución Penal”.

O texto original dos anteprojetos foi concebido a partir de idéias formuladas pelo emérito prof. Eugenio Raul Zaffaroni, então Diretor Geral do ILANUD.

Um dos pontos fundamentais da reforma estava, justamente, na adoção de diversas modalidades de penas alternativas, em substituição à privativa da liberdade. Ao lado das já conhecidas penas pecuniárias, de prestação de serviços à comunidade e de detenção de fim de semana, foram alvitradas algumas outras como “limitación de residencia”, “prohibición de residencia”, “arresto domiciliário”, “cumplimiento de instrucciones”, “multa reparatoria”, “admonestación”, “caución de no ofender”, além da suspensão condicional da pena e de suspensão do próprio processo. Aliás, esta última alternativa — suspensão do processo — acaba de ser adotada no Brasil, com a sanção da lei que criou os Juizados Especiais (Lei nº 9.099, 26/09/95), a qual se embasou, no ponto, em sugestão formulada pelo eminente Prof. Weber Martins Batista, titular da cadeira de Processo Penal, de nossa Faculdade de Direito da UERJ.

O anteprojeto de autoria de ZAFFARONI pretendia beneficiar com as sanções e medidas alternativas os condenados até três anos. No parecer que elaborei, propus um alargamento do benefício para os sentenciados até quatro anos, sendo que os penalistas costa-riquenses, integrantes do grupo de trabalho (profs. Carlos Francisco Alvarado, José Manoel Arroyo e Alfredo Chirino) foram além, sugerindo um patamar de cinco anos. Destarte, se a proposta vier a ser aprovada pelo legislativo da Costa Rica, somente por exceção as pessoas condenadas até cinco anos cumprirão, efetivamente, a pena privativa da liberdade.

* * *

Fixados os pontos característicos da reforma penal que vem sendo empreendida em vários países, vejamos como enquadrar uma nova política de drogas dentro deste contexto.

A legislação brasileira (Lei nº 6.368), extremamente avançada para a época, data de 1976. Naquele tempo, a droga mais consumida, entre nós, era a maconha, e não existiam quadrilhas, portando armas de alto poder de fogo, manipulando milhões de dólares e ocupando espaços territoriais na exploração do comércio da cocaína. Além disto, a dicotomia simplista traficante/usuário adotada pela lei, com o tratamento linear: cadeia para o primeiro e “sursis” para o último — não mais reflete a realidade de hoje, com suas múltiplas facetas, a exigir uma resposta penal diferenciada para as diversas personagens que se envolvem, até culposamente, neste mundo dos entorpecentes.

Mas, acima de tudo, não podemos, em 1995, continuar ignorando que, em 19 de dezembro de 1988, foi aprovada, em Viena, a nova Convenção das Nações Unidas “contre le trafic illicite de stupefiants et de substances psychotropes” a qual, ao lado da Diretiva 91/308 do Conselho das Comunidades Européias, provocou mudanças na legislação de inúmeros países. Na França, por exemplo, foi editada, em 12 de julho de 1990, a Lei nº 90/614, estabelecendo severas punições para as instituições financeiras e congêneres que facilitassem o *branqueamento* de capitais provenientes do tráfico de drogas, prevendo sanções, inclusive, para comportamentos omissivos, como o deixar de comunicar à autoridade pública competente à existência de depósitos que pareçam provenientes “du trafic de stupéfiants ou de l’activité d’organisations criminelles” (Lei cit., art. 3º, inciso 1). O mesmo ocorreu na Espanha, com a promulgação da Lei nº 19, de 28 de dezembro de 1993.

Na realidade, a Convenção de Viena constituiu uma “verdadera revolución”, se comparada com os pactos internacionais precedentes (Édgar Saavedra Rojas y Rosa Del Olmo, “La Convención de Viena y el Narcotráfico”, p. 4, 1991). Este diploma contemplou “una serie de formas sancionatorias novedosas”, pois os Estados que firmaram o documento se capacitaram de que “la forma de represión tradicional no solo no era suficiente para detener el narcotráfico, sino que, por el contrario, demostraba un auténtico fracaso”. Assim, decidiram enfocar “la persecución tanto contra las sustancias estupefacientes y sicotrópicas como también contra aquellas que son empleadas en los procesos de producción”, e também dirigiram o enfoque repressor no sentido de “decomisar y perseguir el producto y los bienes derivados de este criminal comercio”, a par de “poner em movimineto una vasta y universal ed de maquinaria judicial”, numa “ayuda judicial reciproca” (*ibidem*, p. 5).

O Brasil esteve presente a esta Convenção de Viena de 20 de dezembro de 1988, e nosso Congresso aprovou o texto do documento internacional, através do Decreto Legislativo nº 162/91, a que se seguiu a promulgação pelo Decreto Presidencial nº 154, de 26 de junho de 1991. Entretanto permanece, até hoje, intocada nossa legislação sobre drogas, apesar de o Ministério da Justiça haver nomeado, em 1988, uma comissão, presidida pelo ilustre professor Rogério Lauria Tucci, da qual tive a honra de participar, com a incumbência de elaborar o anteprojeto de uma nova Lei de Tóxicos. Depois de mais de um ano de trabalho, a Comissão apresentou, em maio de 1989, um anteprojeto integral, com sessenta e quatro artigos, mas tudo indica que os papéis se perderam, em Brasília, nos desvãos do majestoso palácio do Ministério.

Inspirado em conclusões a que chegou a *Comissão Tucci*, e à luz dos Anais da recente Conferência sobre alternativas à pena de prisão, gostaria de insistir em algumas propostas, todas afinadas com o relevante movimento da reforma penal, que se alimenta nas diretrizes traçadas pela Política Criminal.

* * *

Em primeiro lugar, surge o problema do usuário, com as diversas alternativas: aprisionamento efetivo; concessão do “sursis” para os primários, imposição de penas alternativas, descriminação, acompanhada de sanções administrativas ou liberação, pura e simples, do uso de drogas, sem qualquer reprimenda estatal.

A lei brasileira vigente optou por uma pena de seis meses a dois anos de detenção e multa (art. 16, Lei nº 6.368/76), o que abre a possibilidade do “sursis” para os primários. Esta solução representou, na época, uma conquista, pois o sistema anterior implicava recolhimento do usuário ao cárcere, obrigando os juízes mais arejados a incríveis exercícios de imaginação, para encontrar o caminho da absolvição “por insuficiência de provas” (art. 281, § 1º, III, do Cod. Penal, redação da Lei nº 5.726/71).

Creio, porém, que o critério vigente envolve o grave risco de mandar para a prisão o *reincidente* no porte de drogas para seu próprio uso. Aquele que já sofreu uma condenação, e não se deixou sensibilizar com a advertência do “sursis”, e tornou a ser preso pelo mencionado art. 16, revela-se mais um dependente, do que um infrator a merecer o cumprimento efetivo da pena privativa da liberdade. Por ocasião da Conferência organizada pela profª Lemgruber, à qual tantas vezes já nos reportamos, o magistrado paulista Luiz Flávio Gomes, em sua palestra, ao recriminar o comportamento de seus colegas que se obstinam em não aplicar tão-somente a pena de multa para os usuários sem antecedentes, questionou:

“Pergunto, alguém que porte uma droga para uso próprio (...) deve ir para a cadeia? Hoje, pela manhã, dizia aqui um professor norte-americano: a cadeia é a escola do crime. Aí é que ele vai provavelmente transformar-se de usuário em traficante. A cadeia é, evidentemente, o lugar mais impróprio para o usuário de droga. O sistema penal é nefasto, nestes casos” (“Anais”, cit. p. 60).

Aliás, a Convenção de Viena, embora recomende a criminalização da posse do entorpecente, mesmo quando “para consumo pessoal” (art. 3, § 2º), admite a substituição da pena privativa da liberdade por “medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente” (art. 3, § 4º, “d”). A criminóloga Rosa Del Olmo considera a adoção de medidas alternativas como verdadeira “posibilidad de que el consumo no sea considerado como delito penal” (ob. cit. p. 94).

Assim, em face da manifesta inconveniência do encarceramento dos usuários de drogas, emerge a questão que vem avultando de importância: a *descriminalização*.

Ao contrário do que se possa supor, as denominadas *propostas liberalizadoras* têm adeptos da maior respeitabilidade, a ponto de existir no Parlamento

européu um movimento drigido a *repensar las drogas* e abandonar o sistema de *prohibición total* (J.L. de la Cuesta Arzamendi, "Fascículos de Ciências Penais", ano 3, v. 3, nº 2, 1990, pp. 54 e segs.). O próprio Conselho da Europa, em Recomendação datada de 1984, embora mantendo uma postura de repressão penal ao tráfico de drogas, admite a existência de "grandes divergencias en lo que respecta al enfoque represivo", notadamente em relação ao *uso abusivo de tóxicos* (Antonio Beristain, "Fascículos", cit., p. 111).

De minha parte, sem aprofundar-me na análise da conveniência, ou não, da proposta de discriminação, pura e simples, do portador de tóxicos para uso próprio, gostaria de registrar que não estou convencido do proveito social decorrente de uma liberação radical, ainda que das denominadas drogas leves, como a maconha.

Em primeiro lugar, teríamos, no Brasil, país signatário da Convenção de Viena, de superar um óbice jurídico-formal. O documento por nós aprovado, que se incorporou ao direito interno, recomenda, como vimos, a punição do portador-usuário, ainda que com penas alternativas. A par disto, a Constituição de 1988 rotula o tráfico de drogas como *crime hediondo*, o que impediria uma liberação radical, inclusive do traficante, sem prévia emenda da Carta, neste ponto.

Ademais, são inegáveis, em relação à maioria das pessoas, os efeitos nocivos para a saúde da ingestão de drogas, sem falar no comprometimento do desempenho laborativo, fenômeno, aliás, que ocorre, também, com o uso abusivo do álcool e do tabaco, que vem sendo desestimulado e restringido de forma cada vez mais intensa, de acordo, inclusive, com diretrizes internacionais emanadas, principalmente, da OMS. Em seu estudo, publicado na edição especial sobre drogas dos já citados "Fascículos de Ciências Penais" (pp. 10 e ss.), o especialista Alberto Furtado Rahde, ao analisar os efeitos do uso de drogas em relação ao trabalho, fala em "diminuição da produtividade, aumentos dos acidentes de trabalho, absentismo freqüente". Há, portanto, manifesto interesse social em que as pessoas não usem drogas.

Ainda da edição especial dos "Fascículos" extrai-se a definição de *tolerância*, em matéria de drogas, formulada pela médica dra. Carmen Silvia Có Freitas: "é um fenômeno ligado intimamente à dependência" e "se desenvolve quando, após repetidas administrações de determinada droga, produz-se um efeito menor, ou seja, quando doses maiores precisam ser administradas e modo freqüente, para que se obtenham os efeitos observados com a dose original" (ob. cit., p. 6). É, assim, a *tolerância* mais um fator contrário à tese liberalizadora.

Outro aspecto relevante é o da droga como *fator criminógeno*, cabendo sobre o assunto lembrar, mais uma vez, o prof. Alberto Furtado Rahde: "Estudos recentes mostraram que cerca de 50% de apenados confessaram estar sob o efeito de drogas, por ocasião do delito que haviam praticado". Também a ilustre

socióloga Alba Zaluar, de todo insuspeita em face de sua posição simpática à *tese da discriminação*, registra que as estatísticas norte-americanas apontam o álcool, a cocaína, a heroína e a maconha, nesta ordem, como as drogas citadas pelos prisioneiros, "sob cujo efeito eles estavam ao praticar crimes" ("Governabilidade, Sistema Político e Violência Urbana", 1994, p. 103).

Destarte, parece que a melhor política social é evitar o crescimento do número de pessoas que integram em seu cotidiano o consumo de entorpecentes, inclusive os considerados leves. E neste sentido, as crianças e os adolescentes devem ser especialmente resguardados, dado à sua maior vulnerabilidade. Esta proteção dos menores acabaria bem comprometida, se eles ficassem expostos ao convívio aberto com usuários de drogas, o que fatalmente ocorreria se adotada a tese da liberação. É sabido que dentre outros "fatores de risco que predizem o abuso de drogas" por parte de crianças e adolescentes estão "a disponibilidade de drogas no ambiente" que freqüentemente, o "uso de drogas por parte dos pais, o uso de drogas por parte de parceiros" etc. (Roberta Blotner, "Comunicação & Política" — "Mídia, Drogas e Criminalidade", v. I, nº 2, dez. 1994-março 1995, p. 42).

De qualquer forma, independentemente da posição que se assuma em face da tese liberalizadora, seria de todo pertinente fazer um boquejo do quadro existente ao tratamento penal dado ao usuário em alguns países europeus.

Na Espanha, apesar do rigor repressivo em relação ao "circuito económico del tráfico de drogas", em decorrência das reformas legais de 1988 e 1992, a simples posse "para el propio consumo sigue siendo una conducta atípica" ("Derecho Penal — Parte Especial", T.S. Vives Anton *et alii*, 1993, p. 345). Também na Itália, pelo art. 80 da Lei nº 685/75, a posse de droga para uso não terapêutico "non è punibile", embora a conduta seja considerada ilícita, ficando o tóxico sujeito a apreensão e confisco. Além disto, o portador poderá ser submetido a um tratamento médico curativo, e, ainda, terá a obrigação de servir como testemunha para possibilitar a punição do fornecedor (lei cit., art. 82).

Situação peculiar é a da Holanda, país sempre citado como exemplo de liberação absoluta em matéria de consumo e tráfico de drogas. As informações fornecidas por Arzamendi ("Fascículos", cit., p. 43) são de que lá ocorreu, apenas, uma legalização de *facto* do consumo e "del pequeño tráfico de drogas blandas", inobstante a legislação considerar infração penal "la posesión, tráfico interno y producción de drogas". É que a adoção do *princípio da oportunidade*, para a propositura da ação penal, permitiu às autoridades optar pela não persecução dos usuários e dos vendedores de drogas leves, mantendo, contudo, penas severas, que podem atingir a 12 anos de prisão, para o tráfico de *drogas duras*.

Por fim, em relação à Suíça, o porte de tóxico para consumo é considerado contravenção penal, sendo que as experiências de liberação controlada, no cantão de Berna, vêm sendo objeto de pesquisas na Universidade de Zurique

“para avaliar a praticidade da descriminação das drogas” (Gerald W. Lynch, “Comunicação & Política, cit. p. 14).

De qualquer forma, acredito que a melhor alternativa para o usuário, afastada a proposta radical de descriminação pura e simples, seria a previsão, unicamente, de uma das penas alternativas previstas no art. 44 do Código Penal, *mesmo nos casos de reincidência*. Dependendo da situação econômica do condenado (art. 60 CP) poderia estabelecer-se a imposição obrigatória e cumulativa de pena de multa.

Outros caminhos seriam transformar o porte de droga para uso próprio em mera *contravenção penal*, sujeita à sanção pecuniária, ou alguma pena alternativa (art. 44, CP, cit.); ou, ainda, considerar o referido porte um ilícito a ser apurado e punido com multa, através de um procedimento de *natureza administrativa*, à semelhança do que ocorre com as infrações de trânsito.

* * *

Questão igualmente importante relaciona-se à diferenciação que se deve estabelecer, para efeito de pena, entre as diversas condutas dos que participam do tráfico de drogas. No trabalho que elaborou para a edição especial dos “Fascículos” antes citada, o ilustre prof. Eugenio Raul Zaffaroni observa a necessidade de dar-se um tratamento racional e diferenciado aos diversos partícipes da engrenagem das drogas, ponderando que “el establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, com mínimo altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales” (ob. cit., p. 22). Nesta ordem de idéia, durante os trabalhos da *Comissão Tucci*, ao elaborar o anteprojeto de 1989, bastante se refletiu sobre a sanção que se deveria impor aos modestos auxiliares de traficantes, conhecidos por “aviões”, que têm a tarefa de pegar a droga na denominada “boca de fumo”, para entregá-la em mãos do comprador-usuário. Pela rígida dicotomia fixada na lei vigente, estes cúmplices, muitos deles com menos de vinte e um anos e também dependentes de tóxicos, são equiparados aos traficantes, ficando sujeitos a um mínimo de três anos de reclusão, o que impede a concessão do “sursis”. A consequência disto é que as penitenciárias têm seus espaços ocupados por estes infratores, e por outros tantos que se limitaram a ceder, eventual e gratuitamente, a droga a um amigo usuário.

A melhor solução que se encontrou na *Comissão Tucci*, para obviar os malefícios decorrentes do encarceramento destas pessoas que, na maioria dos casos, não representam um grave perigo para a coletividade, foi reduzir para dois anos o mínimo da pena prevista para o tráfico, cujo máximo seria de vinte anos. Desta forma, considerando as peculiaridades de cada situação, o juiz teria a faculdade de conceder a suspensão condicional da pena em favor destes

partícipes de menor importância, o que, aliás, já poderia ser feito hoje em dia, com uma aplicação menos avarenta do disposto no § 1º do art. 29 do Código Penal.

Em sua intervenção, durante a já mencionada Conferência sobre Alternativas à Pena de Prisão, o professor e sociólogo norte-americano Barry Krisberg, presidente do Conselho Nacional sobre Crime e Delinquência, sediado na Califórnia, afirmou que, em matéria de tóxicos, as prisões deveriam ser reservadas para “as pessoas que estão comandando o tráfico”, e não para os que denomina “varejistas” ou “pequenos traficantes”, e insistiu:

“nossos estudos, por todo país, demonstraram que apenas metade dos americanos presos preenche os critérios de periculosidade e violência, ou ameaça de violência, que justificariam o encarceramento. Assim, pelos menos metade da população de nossas prisões é constituída de pessoas que cometeram crimes relacionados com drogas, freqüentemente transações muito pequenas. Não temos sucesso, em nosso país, em prender grandes traficantes. Parece que nunca os encontramos, mas somos sempre bem-sucedidos quando é o caso de prender o pequeno traficante da esquina que está vendendo drogas para poder comprar a sua” (“Anais”, pp. 27 e 31).

Aliás, apesar do rigor em matéria de repressão ao tráfico de drogas, e aos delitos a ele conexos, “em muitas áreas dos Estados Unidos estão iniciando programas que oferecem alternativas, que não o encarceramento para os usuários de drogas”, mesmo nos casos de acusação de crimes relacionados com o tóxico (v.g., furtos para compra de drogas). Isto se baseia na “premissa de que os acusados voltam para a sociedade numa situação melhor para resistir às drogas e ao crime depois do tratamento, do que se tivessem passado um tempo comparável na prisão com o dobro do custo”. Assim, se oferece aos acusados a opção de protelar o processo e submeter-se a um programa de tratamento. O índice de reincidência dos que optaram foi de apenas 7%, enquanto que foi de 40% o dos que cumpriram pena de prisão (Gerald W. Lynch, da City University of New York, “Comunicação & Política”, cit.).

Para evitar o perverso e contraproducente encarceramento de pessoas que representem escasso perigo, a legislação de vários países europeus criaram, ainda que em matéria de tráfico, verdadeiros *tipos privilegiados*, de modo a punir com penas quase simbólicas os casos de venda de drogas leves em pequena quantidade, ou os “toxicómanos que realizam actos de tráfico para assegurar sus necesidades de consumo” (Arzamendi, “Fascículos”, cit. p. 41/2). Com isto, também se procura minorar as seqüelas da superpopulação carcerária, que interfere “gravemente en el desarrollo de una adecuada política penitenciária” (*ibidem*, p. 55).

Assim, à luz da experiência estrangeira, inclusive a norte-americana, poderíamos estabelecer uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados

traficantes, mantendo as severas penas de prisão para os médios e grandes, e abrindo uma oportunidade para os pequenos, não-reincidentes.

* * *

Em contrapartida, uma reforma da legislação sobre drogas, ainda em consonância com a tendência generalizada, implica enrijecimento das medidas destinadas a sofrer o ímpeto, a audácia e a ganância dos grandes traficantes. Desta forma, à semelhança da França e da Espanha, entre outros países, há de se reprimir não só os *barões do tráfico de drogas* como os que auxiliam a *lavagem* do dinheiro produto do comércio de tóxicos, não se devendo perder de vista a possibilidade de aplicação, no Brasil, da pena de perdimento de bens, admitida por nossa Constituição de 1988 (art. 5º, XLVI, b). Sobre este último ponto, a Convenção de Viena prevê a inversão do ônus da prova, de modo a transferir para o traficante a obrigação de demonstrar a origem lícita de seus bens (art. 5, 7), para não sofrer o confisco (art. 5, 1).

Aliás, em questão de rigor no tratamento penal dos donos do mercado dos tóxicos, e de seus acumpliciados, a Convenção aprovada pelo Brasil é exemplar, a ponto de obrigar a punição não só dos que propiciam o *branqueamento* dos valores ganhos pelos traficantes (art. 3, 1, b), como dos que adquirem bens, numa verdadeira receptação, tendo conhecimento “de que tais bens procedem” do comércio de drogas. Nesta linha, tem sido objeto de crescente interesse do Conselho da Europa “la lucha contra las actividades de aprovechamiento de los productos del tráfico ilícito” (Arzamendi, “Fascículos”, cit., p. 30).

No artigo referente ao confisco, a Convenção admite esta medida extrema em relação ao produto derivado diretamente do tráfico, “ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto” (art. 5, 1, a); sendo que quando o produto do crime “houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas (...) esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado” (art. 5, 6, b). E o diploma internacional ainda recomenda que, para a aplicação do confisco, os tribunais possam ordenar a quebra do sigilo bancário, o que hoje é possível “hasta en Suiza” (Arzamendi, “Fascículos”, cit., p. 52).

Entre outros países que participaram do encontro de Viena, a Espanha adaptou seu Código Penal aos termos das conclusões sugeridas, introduzindo uma série de acréscimos ao art. 344, de modo a viabilizar o confisco de bens dos traficantes e a punição dos que lhes auxiliarem, ainda que por “negligencia o ignorancia inexcusables”, a encobrir o produto do crime (art. 344, bis, h).

Por sua vez, nos Estados Unidos foi instituído o “Asset Forfeiture Program”, assim se expressando o antes citado professor Gerald W. Lynch a respeito do assunto:

“... o poder público pode confiscar o dinheiro e a propriedade dos traficantes de drogas. O crime é um grande negócio, e como qualquer negócio, seu objetivo

é fazer lucro. Removendo o capital e os enormes lucros da organização, é possível remover, também, uma grande parte de sua influência. O confisco das posses não somente fere os criminosos, mas também ajuda os combatentes do crime. Em Nova Iorque, as posses confiscadas são usadas para financiar os custos dos processos e da execução da lei e também muitos programas de tratamento e prevenção” (ob. cit., p. 10).

* * *

Já em matéria de apuração dos delitos, impõe-se, no Brasil, a urgente regulamentação da escuta telefônica, também prevista na Constituição (art. 5º, XII); e a adoção de medidas que facilitem a colheita de informações sobre a existência e a atividade dos segmentos do *crime organizado*. Neste sentido, não se pode esquecer que foi muito eficaz, na Itália, a isenção de pena concedida em favor de terroristas arrependidos, que passassem a cooperar com o poder público. O anteprojeto do novo Código Penal espanhol, na parte referente ao tráfico de drogas, prevê a “remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delinquentes o evitar el delito” (art. 354,2).

Ainda neste terreno, merece também reflexão a técnica investigatória denominada “entrega vigiada”, discutida por ocasião dos trabalhos da Conferência de Viena. De acordo com esta técnica, acolhida pelo art. 11 da Convenção, “se permite que uma remessa de drogas ilícitas, já detectada pelas autoridades, continue seu caminho, mas submetida a uma vigilância permanente e secreta, até chegar ao ponto de destino, previsto pelos traficantes” (Informe da Conferência, parágrafo 232). Com esta vigilância, é possível, muitas vezes “chegar a descobrir e, finalmente, deter os chefes das quadrilhas que praticam o tráfico” (*ibidem*).

* * *

Após estas considerações sobre a questão dos tóxicos, resta ponderar que sempre que se cogitar de promover alterações nas leis repressivas, não se deve esquecer que, em grande número de casos criminais, no pano de fundo está a “injusticia social” (Roberto Bergalli, “El Poder Penal del Estado”, ob. coletiva, 1985, p. 6). Se o rigor deva ser a resposta para os delinquentes afortunados, que tiveram todas as oportunidades para sobreviver dignamente, sem infringir as normas penais, a compreensão há de prevalecer em relação àqueles, sobretudo os jovens e primários, a quem a sociedade negou um mínimo de espaço social, e que por razões conjunturais de desemprego, ou de grave crise econômica,

cometeram delitos contra a propriedade, sem o uso de violência (vide Cervini, "Los Procesos...", cit. p. 23).

Para encerrar, há de se ter sempre presente a sábia advertência de Alessandro Baratta (*apud*, Cervini, *ibidem*, p. 86), que constitui uma verdadeira síntese do pensamento moderno, em matéria penal, embora seja a reprodução de verdades antigas: "Una política de justicia social, la satisfacción de las necesidades reales de los sujetos de una comunidad, constituyen formas activas de prevención y la verdadera alternativa democratica de la política criminal".

VITIMAÇÃO ENTRE ESTUDANTES DE DIREITO DA UERJ.
UM ESTUDO DE CRIMINOLOGIA
(Violência e criminalidade — tríplex violação da cidadania)

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR*

I — INTRODUÇÃO

O tema "violência e criminalidade" é atual, sedutor, relevante, multi e interdisciplinar.

Tanto o último aspecto é verdadeiro, que, na semana passada¹, na Escola Nacional de Saúde Pública, foi defendida uma excelente tese de doutorado², na qual a matéria foi estudada sob o ponto de vista epidemiológico.

Aqui, tentaremos nos aproximar do assunto, à luz do conhecimento jurídico, criminológico e político-criminal visando destacar alguns pontos de violação da cidadania. Daí o subtítulo: "Violência e Criminalidade — tríplex violação da cidadania".

Partiremos dos resultados preliminares de uma pesquisa empírica, que, no primeiro semestre de 1995, foi levada a efeito pelo Curso de Mestrado em Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na disciplina Direito Penal da Cidade.

1 O presente texto foi elaborado para o 1º Seminário Brasileiro de Filosofia e Sociologia do Direito, organizado pela Faculdade de Direito da UERJ, que teve lugar de 19 a 21 de setembro de 1995.

2 Edinilza Ramos de Souza: Homicídios: metáfora de uma nação autofágica; Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1995, tese.

* Prof. Titular de Direito Penal da UERJ, de Criminologia da FBCJ e Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UNESA.

II — ANTECEDENTES

Desde os tempos do Doutorado, na então Universidade do Estado da Guanabara, hoje UERJ, quando levamos a cabo a pesquisa intitulada “A criminalidade em Botafogo — 1962”, que estamos comprometidos com o argumento.

Naquela investigação³, em meio a algumas outras observações, ficou constatado que no ano de 1962, na circunscrição policial do 10º Distrito Policial — Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro,⁴ o crime doloso de lesão corporal foi o mais cometido, sendo em números absolutos, superior à soma de roubos e furtos, numa proporção de mais de 100%. Foi apurada a ocorrência de 181 crimes de lesão corporal e de, apenas, 80 roubos e furtos.

O Brasil estava, àquele tempo, sofrendo séria crise econômica e na antevéspera de uma convulsão política e militar, mas, mesmo assim, o volume de crimes contra o patrimônio, nas suas modalidades mais comuns (roubo e furto), não superava a metade do número de lesões corporais.

Os anos se passaram e a paixão por esse tipo de investigação ficou reprimida. Ela voltou a florescer, quase trinta anos depois, quando em 1990 assumimos a Secretaria de Estado de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, depois, em 1991, quando passamos a lecionar no recém-criado Curso de Pós-Graduação — Mestrado em Direito da Cidade, da UERJ, no qual, desde então, somos responsáveis pela linha de pesquisa “Violência e Criminalidade: a criminalidade no Rio de Janeiro”.

Nessa ocasião, com a participação dos alunos da primeira turma do Mestrado, concluímos uma outra pesquisa, não exclusivamente de campo como a anterior, mas de análise do número oficial de prisões efetuadas no Brasil e de adeptos da pena capital⁵. Ficou apurado que, de 1976 a 1989, ou seja, num período de 13 anos, os crimes de roubo aumentaram de 101,57%. O de furto cresceu, no mesmo período, em 76,13%. Por outro lado, as lesões corporais dolosas, aumentaram, apenas, 13,65%. Analisando os dados do Estado do Rio de Janeiro, verificamos que o número de prisões por crimes de lesão corporal dolosa diminuiu em 13,73%, enquanto os furtos cresceram em 57,98% e os roubos em 49,89%.

3 As conclusões da pesquisa, que foi agraciada com o prêmio “Íncola”, da Universidade em 1964, estão publicadas na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano II (nova fase) nº 5, abr.-jun., 1964, p. 165.

4 Botafogo é um bairro da zona sul da cidade do Rio de Janeiro, habitado por famílias da classe média. O então 10º Distrito Policial abrangia os bairros de Botafogo, Urca, Jardim Botânico (parte) e Lagoa (parte).

5 O produto dessa pesquisa foi o artigo publicado na Revista Fascículos de Ciências Penais, ano 6, vol. 6, nº 1 jan./mar., 1993, p. 47/68, intitulado “Insegurança Urbana”.

Bem sabemos que os números dessa última pesquisa permitem, apenas, uma visão aproximada da realidade, posto que trabalhamos, somente, com dados oficiais de prisões registradas, colhidos pelo IBGE. Eles, entretanto, bem ou mal, mostram uma inversão no panorama desvelado pela pesquisa de 1964, relativa à situação em 1962, pois revelam a prevalência dos crimes contra o patrimônio sobre os de lesões corporais.

O entusiasmo dos Mestrados do primeiro semestre de 1995, com os quais estudamos a etiologia da criminalidade contemporânea, na disciplina Direito Penal da Cidade, estimulou-nos a uma nova pesquisa de campo. Resolvemos, à semelhança de outros colegas⁶, trabalhar com um universo vitimológico que está muito próximo de nós professores, e é capaz de revelar, com boa margem de precisão, a situação atual, além de permitir conferir aquela inversão de tendência constatada no trabalho de 1991. Tratamos de verificar quantos, entre os alunos matriculados nas turmas da manhã do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da UERJ, foram vítimas de crimes, quantas vezes, quais, que providências tomaram ou deixaram de tomar e quais os resultados dessas providências. A colheita de dados ocorreu durante o mês de maio de 1995.

III — O UNIVERSO PESQUISADO — METODOLOGIA

Fazendo nossas as palavras de *Malinowski*, antes de iniciarmos o relato da pesquisa, conveniente será apresentar uma rápida descrição dos métodos usados na coleta do material. Os resultados de pesquisa científica, acrescente o antropólogo polaco, em qualquer ramo do conhecimento humano, devem ser apresentados de maneira clara e absolutamente honesta. Ninguém sonharia em fazer uma contribuição às ciências físicas ou químicas sem apresentar um relato minucioso de todos os arranjos experimentais, uma descrição exata dos aparelhos utilizados, a maneira pela qual se conduziram as observações, o número de observações, o tempo a elas devotados e, finalmente, o grau de aproximação com que se realizou cada uma das medidas. Nas ciências menos exatas isso não se pode fazer com igual rigor, mas os estudiosos dessas ciências não medem esforços no sentido de fornecer ao leitor todos os dados e condições em que se processou a pesquisa e se fizeram as observações⁷. Esta a razão de ser deste Capítulo. Passemos à descrição.

6 *Luis Rodrigues Manzanera*: Vitimización en una ciudad mexicana; in *ILANUD AL DIA*, ano 4, nº 10, San José, 1981, p. 24. Citado também por *Raúl Cervini*: Os processos de descriminalização, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 169.

7 *Bronislaw Kaspar Malinowski*: Argonautas do Pacífico Ocidental — um relato do empreen-

A equipe de pesquisadores, todos Mestrandos em Direito da Cidade, por ordem alfabética dos prenomes, foi a seguinte: *Ana Maria de Pinna Alves Pereira, Carlos Eduardo Adriano Japiassu, Cíntia Érica Mariano de Moraes, Fátima Maria Saraiva Figueiredo, Francisco das Neves Baptista, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Kátia Duarte de Castro, Laura Pimenta Marrocos e Freitas e Maurício Jorge Pereira da Mota.*

Todos trabalharam na coleta de dados e na interpretação deles. Ao Mes-trando *Francisco das Neves Baptista* coube a elaboração do projeto de ques-tionário. Ao Mestrando *Maurício Jorge Pereira da Mota* cuidar do tratamento dos dados, criando um programa de computador que se ajustasse às necessidades do projeto. Finalmente, a mestranda *Kátia Duarte de Castro* ficou incumbida das normas técnicas próprias das pesquisas por amostragem.

Foram analisados 300 questionários, num universo de 898 alunos. A qua-lidade da informação, segundo a apreciação dos Mestrandos *Kátia Duarte de Castro* e *Francisco das Neves Baptista*, parece ter sido boa, tanto assim, que o “intervalo de confiança” da investigação foi de 95%, o “erro associado” de, apenas, 0,05658 e a “recorrência” 0,9993.

No primeiro semestre de 1995, estavam matriculados no Curso de Bacha-relado da Faculdade de Direito da UERJ 1.676 alunos, dos quais 898 no turno da manhã e 778 no turno da noite. Foram analisados os questionários respon-didos por 300 alunos matriculados em turmas da manhã, ou seja, pouco mais de 1/3 deles.

A maioria dos alunos pesquisados era do sexo feminino (56,33%), embora, como notou o pesquisador *Francisco das Neves Baptista*, “os dados colhidos não permitam estabelecer qualquer relação entre sexo e vitimação, já que o percentual de vitimados e não vitimados em cada sexo mantém certa propor-cionalidade com o número de pesquisados (cerca de 56% dos vitimados são do sexo feminino, contra 44% do masculino; 57,9%, aproximadamente, dos não vitimados são do sexo feminino e 42,1% do masculino)”. Entre os investiga-dores não houve consenso quanto a esse ponto. Tanto assim, que a pesquisadora *Laura Freitas* entendeu que a investigação havia demonstrado ser “o sexo feminino mais suscetível aos crimes que o masculino, pois é mais fácil para o criminoso atacar mulheres que homens. As mulheres são mais fracas fisicamen-te, portanto, de mais fácil domínio, sendo assim vítimas em maior potencial que os homens”. O desencontro de opiniões fica aqui, apenas, registrado para demonstrar a liberdade com que agiram os pesquisadores.

dimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné. Melanésia; tradução de Anton P. Carr e Lígia Aparecida Cardieri Mendonça, revista por Eunice Ribeiro Durham, coleção Os Pensadores, vol. XLIII, Abril S.A. Cultural e Industrial, São Paulo, 1976, p. 22.

A quase totalidade dos pesquisados (96,67%) não ultrapassava a idade de 25 anos, fato que levou a pesquisadora *Fátima Figueiredo* a concluir serem eles “vulneráveis à criminalidade existente nos grandes Centros, face à constante locomoção a que estão obrigados, geralmente através de transportes coletivos, para que possam freqüentar cursos, lanchonetes da moda, a vida noturna etc...”. Por seu turno, acrescentou o pesquisador *Maurício Mota*, que “são indivíduos provenientes dos mais variados pontos da Cidade”, de regra, exclusivamente estudantes “e sem fonte de renda própria, que se deslocam muito no espaço urbano”. Os que trabalham estão, também de regra, vinculados a escritórios de advocacia ou a outras agências da comunidade jurídica. Pertencem a famílias da classe média e média alta (*Ana Maria Pereira*). Alguns dispõem de condução própria.

O questionário era composto por oito perguntas: 1) idade; 2) sexo; 3) você já foi vítima de crime? Sim ou Não; 4) Em caso positivo, qual ou quais?; 5) Os fatos foram comunicados às autoridades? Sim, todos. Sim, “x” deles. Não, nenhum. 6) Em caso positivo que resultou das comunicações? 7) Caso não tenha feito a comunicação, por quê? A comunicação não ia dar em nada. Não sabia fazer a comunicação. Não havia autoridade por perto. Não ia trazer de volta o que se perdeu. Outras razões. 8) Acrescente outros comentários que o assunto lhe sugira.

Os estudantes pesquisados não foram entrevistados diretamente, evitando-se, com isso, eventuais constrangimentos ou influências. O questionário foi distribuído no início de determinadas aulas, depois de dados os necessários esclarecimentos quanto a forma de preenchimento dele e aos objetivos da pesquisa. No final da aula os questionários foram recolhidos. Os pesquisadores ficaram à disposição dos estudantes para quaisquer informações.

A pesquisa objetivava medir, indiretamente, o número de crimes cometidos e, diretamente, a cifra negra, suas causas e o grau de confiança no Sistema de Justiça Penal junto a estudantes de Direito. Esses eram, apenas, macroobjetivos, pois como destacou a pesquisadora *Kátia Duarte*, o trabalho primou pelo “total descomprometimento em demonstrar qualquer tese, em corroborar qualquer opinião”. A observação da pesquisadora é importante, pois as idéias preconce-bidas são perniciosas a qualquer estudo científico. O pesquisador deve ter espírito crítico (nunca espírito de crítica) e juízo imparcial, pois como recomen-dou Pasteur, os sábios devem experimentar até contra as próprias idéias⁸. Todos os pesquisadores, entretanto, procuraram ultrapassar os limites do meramente empírico. Tanto isso é verdade, que analisaram os dados recolhidos, à luz de

⁸ *João Afonso de Resende: Reflexões sobre o Pensamento Científico Moderno (à luz do Método Dialético e dos Processos Operatórios)*; Ed. do Autor, Petrópolis, 1995, p. 33.

conhecimentos científicos interdisciplinares, que são próprios do Curso de Mestrado em Direito da Cidade da UERJ⁹.

Cada Mestrando apresentou um estudo escrito, conseqüente de diversos seminários. Nesses estudos os Mestrandos analisaram um ou vários aspectos dos dados colhidos. Foi desses trabalhos que retiramos os trechos que aparecem aqui entre aspas.

Cumpra dar notícia de que, embora não conste do questionário, os estudantes, como notou a pesquisadora *Cíntia de Moraes*, foram orientados a mencionar, apenas, os crimes de que foram vítimas a partir da data em que ingressaram na Faculdade de Direito, o que permite fixar em dois anos e meio o período médio de vitimação.

IV — QUADRO GERAL DE VITIMAÇÃO

Tabela nº 1 — Universo pesquisado

| | | |
|----------------------------------|-----|--------|
| Número total de estudantes | 898 | 100% |
| Número de estudantes pesquisados | 300 | 33,40% |

Tabela nº 2 — Sexo dos pesquisados

| | | |
|--------------------------|-----|--------|
| Alunos do sexo masculino | 131 | 43,67% |
| Alunos do sexo feminino | 169 | 56,33% |

Tabela nº 3 — Idade dos pesquisados

| | | |
|-------------------------------------|-----|--------|
| Alunos com até 20 anos de idade | 207 | 69,00% |
| Alunos entre 21 e 25 anos de idade | 083 | 27,67% |
| Alunos entre 26 e 30 anos de idade | 006 | 02,00% |
| Alunos entre 30 e 35 anos de idade | 003 | 01,00% |
| Alunos com mais de 35 anos de idade | 001 | 00,33% |

⁹ Como ensina *Malinowski* (obra citada, p. 26), “quanto maior for o número de problemas que (o pesquisador) leve consigo para o trabalho de campo, quanto mais esteja habituado a moldar suas teorias aos fatos e a decidir quão relevantes eles são às suas teorias, tanto mais estará bem equipado para o seu trabalho de pesquisa... a capacidade de levantar problemas constitui uma das maiores virtudes do cientista — esses problemas são revelados ao observador através de seus estudos teóricos.”

Tabela nº 4 — Número de pesquisados vitimados

| | | |
|----------------------|-----|--------|
| Alunos vitimados | 243 | 81,00% |
| Alunos não vitimados | 057 | 19,00% |

Tabela nº 5 — Total de crimes sofridos

| | | |
|-----------------------------------------------------|-----|--------|
| Alunos vítimas de 1 crime | 137 | 56,38% |
| Alunos vítimas de 2 crimes | 058 | 23,87% |
| Alunos vítimas de 3 crimes | 032 | 13,17% |
| Alunos vítimas de mais de 3 crimes | 016 | 6,58% |
| Total de crimes sofridos pelos 243 alunos vitimados | 434 | 100% |

Tabela nº 6 — Crimes sofridos pelos pesquisados

| | | |
|----------------------------|-----|--------|
| Roubo consumado | 234 | 53,92% |
| Roubo tentado | 30 | 6,91% |
| Furto consumado | 122 | 28,11% |
| Furto tentado | 02 | 0,46% |
| Extorsão | 10 | 2,30% |
| Lesão corporal dolosa | 07 | 1,61% |
| Estelionato | 04 | 0,92% |
| Invasão de domicílio | 04 | 0,92% |
| Injúria | 04 | 0,92% |
| Calúnia | 04 | 0,92% |
| Dano | 04 | 0,92% |
| Homicídio doloso tentado | 02 | 0,46% |
| Difamação | 02 | 0,46% |
| Constrangimento ilegal | 02 | 0,46% |
| Atentado violento ao pudor | 02 | 0,46% |
| Estupro tentado | 01 | 0,23% |
| Número total de crimes | 434 | 100% |

V — CRÍTICA DOS DADOS OBTIDOS

Esses números revelam que o crime para os pesquisados é uma entidade real, que existe e molesta todas as tramas de uma importante e representativa fração do tecido social. Isso importa dizer que o crime não deve ser visto, apenas, por sua expressão política. Ele deve ser observado como realidade social palpável. No grupo examinado, que representa, verdadeiramente, um corte transversal na sociedade carioca, 81% dos seus componentes já foram violados em sua paz social. Tal percentagem é elevadíssima e ultrapassa os mais generosos índices de tolerabilidade.

Os crimes mais freqüentes foram os contra o patrimônio, pois 60,83% foram roubados; 28,57 furtos; 2,30% extorsões; 0,92% estelionatos e 0,92% danos. Total: 93,54%.

Esse total confirma a inversão de tendência observada na pesquisa de 1991 em relação à de 1964, pois naquela os crimes contra o patrimônio já apresentavam um índice de crescimento muito maior do que o dos crimes de lesão corporal.

Nossa constatação se ajusta aos números obtidos em uma pesquisa nacional da vitimização por amostragem de domicílio realizada pelo IBGE, de outubro de 1987 a setembro de 1988, na qual ficou apurado que 5.974.345 de pessoas declararam ter sido vítima de furto ou roubo e, apenas, 1.153.300 de outras disseram-se vítimas de lesões corporais dolosas¹⁰.

O fato de o número de crimes contra o patrimônio, em 1995, ser maior do que o de crimes de lesão corporal, quando há 30 anos estes predominavam, não quer significar que a violência tenha desaparecido ou, pelo menos, diminuído. Ao contrário, podemos dizer que ela aumentou, tendo, apenas, mudado de aparência e, a nosso juízo, para uma forma mais perigosa. Ao repertório da violência caracterizado pelo homicídio e pela lesão corporal foi acrescentada a violência do roubo e da extorsão.

Tanto isso é verdade, que os números até aqui revelados mostram a predominância de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa: homicídio doloso tentado: 2 = 0,46%; lesão corporal dolosa: 7 = 1,61%; roubo: 264 = 60,83%; extorsão: 10 = 2,30%; estupro tentado: 1 = 0,23%; atentado violento ao pudor: 2 = 0,46% e constrangimento ilegal: 2 = 0,46%. Total: 66,35%.

O pesquisador *Maurício Mota* estabeleceu uma comparação entre os “dados coletados por *Enrico Ferri* junto aos indivíduos julgados pelo *criminal proceeding* na Inglaterra/País de Gales em 1895, ou seja, há cem anos” e os

¹⁰ IBGE: Participação político-social 1988, vol. I, Justiça e Vitimização, Rio de Janeiro, 1990.

resultados do trabalho aqui apresentado. “Das 11.516 pessoas julgadas na Inglaterra/País de Gales em 1895, 8.034 (69,76%) o foram por atentados contra a propriedade e destas, 5,857 (72,9%) cometeram esses atentados sem emprego de violência”¹¹.

O pesquisador acrescenta que “mesmo ressaltando a incomparabilidade dos dados de *Ferri* (indivíduos de toda a sociedade julgados por tribunais) com os nossos (dados de criminalidade oculta em um segmento social), parece evidente a escalada nos últimos cem anos das formas mais violentas de criminalidade contra a propriedade, respaldando a conhecida afirmação de *Ferri* de que toda fase histórica tem uma criminalidade que lhe é própria, que esta é mutável no tempo e que a criminalidade própria da sociedade burguesa é a criminalidade do roubo e da fraude”¹². Também o pesquisador *Francisco das Neves Baptista* destacou a escalada da criminalidade patrimonial violenta, pois “a predominância das infrações do gênero vem-se verificando, em toda parte, há mais de um século¹³ e suas taxas de crescimento, em países desenvolvidos ou não, nas décadas mais recentes, só têm sido superadas pelas dos ilícitos penais relativos a psicotrópicos”¹⁴.

Tão grande atividade violenta, além do terrível impacto social que causa com o sofrimento individual e a descrença que gera em relação ao Sistema de Justiça Penal, poderá ter como conseqüência a internalização e a banalização da violência, provocando uma reprodução secundária extremamente perigosa.

Tal perigo se torna maior em uma sociedade na qual as causas da criminalidade e as razões da persistência da conduta violenta e incivil são de diversas índoles, predominando as causas sociais, que estimulam as predisposições individuais.

A principal dessas causas é o nosso próprio modelo social e político, que se caracteriza por uma lógica perversamente excludente e concentradora. Daí a crise econômica e a cultura da impunidade, expressão máxima da omissão do Estado.

Sem dúvida, num País onde quase uma terça parte da população vive em estado de pobreza absoluta e no qual grassa uma inflação elevada e permanente,

¹¹ *Enrico Ferri*: La Sociologie Criminelle; Félix Alcan Editeur, Paris, 1905. Anexo — Mouvement général de la criminalité dans quelques états d'Europe.

¹² *Eurico Ferri*: ob. cit. p. 197.

¹³ “Uma análise detalhada da estatística mostra que, em toda parte, é a propriedade que tem sido a menos respeitada e a cupidez que tem sido o móvel mais poderoso”. *Edmond Picard, N. D'Hoffschmidt et alii*, verb. “Criminalité”. in *Pandectes Belges (Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges)*, Bruxelas: F. Larquier, 1888, tomo XXVII, p. 1.027.

¹⁴ *Noções Unidas*: Tendences de la Criminalité et Fonctionnement de la Justice Pénale aux Niveaux Régional et Interrégional, Nova Iorque; ONU, 1993, pp. 5-6 e 32.

que corrói tudo, inclusive a lei, não se pode esperar um padrão de comportamento semelhante ao de outros povos. Onde há fome e não há: trabalho, educação, habitação, saúde, assistência social, não pode haver disciplina e o crime e a violência passam a representar um papel de reação inconsciente e irracional a esse estado de coisas¹⁵.

Além disso, o sistema penal se apresenta elitista e seletivo orientando-se, tão-somente em direção aos comportamentos individuais que importam numa contradição às relações de produção¹⁶, atuando, apenas, contra os mais vulneráveis¹⁷. O sistema penal, na linguagem figurada de ZAFFARONI, é uma espécie de epidemia, que ataca aqueles que têm suas defesas enfraquecidas.

Diante desse modo de ver o mundo, que considera o crime como um “problema real para a maioria das pessoas”¹⁸, é que devemos entender os números até aqui revelados e as suas possíveis conseqüências.

Ademais de tudo isso, a violência primária no Brasil possui fundamentos estruturais, culturais e institucionais. Vejamos.

A violência estrutural é histórica em nossa Pátria. Desde o descobrimento, com as lutas contra os índios¹⁹ e, depois contra os invasores, marcamos nossa memória com atos de violência.

Mais tarde, com a economia baseada na mão-de-obra escrava estabelecemos uma forma de vida, organizada sobre a idéia da violência.

Atualmente, o modelo econômico estruturaliza, também, a violência. Como se sabe, a economia de mercado é, em si mesma, um exercício de luta no qual a violência é elementar. A competitividade não conhece limites, assim como a conquista de mercados e a eliminação da concorrência possuem características de verdadeira guerra, na qual os fins justificam os meios. Daí extorsões, “dumping”, corrupção, espionagem, eliminação física de concorrentes e, até mesmo, atividade de tipo mafioso.

Há alguns aspectos culturais, que são, também, de índole violenta.

15 João Marcello de Araujo Junior: Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo — aspectos; em “Sistema Penal para o Terceiro Milênio”, Rio de Janeiro, 2ª ed. Revan, 1991, p. 76.

16 Alessandro Baratta: Criminologia Crítica y Política Criminal Alternativa, em “Revue Internationale de Droit Pénal”, nº 45, I, 1978, p. 43.

17 Eugenio Raúl Zaffaroni: El sistema penal en los países de América Latina, em João Marcello de Araujo Junior (org.) “Sistema Penal para o Terceiro Milênio”, Rio de Janeiro, 2ª ed. Revan, 1991, p. 222.

18 Jock Young: I fallimento della Criminologia: per un realismo radicale; em “Dei Delitti e delle Pene”, IV, 3, 1986, p. 387 e ss.

19 Sobre o tema, veja-se Darcy Ribeiro: O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil; Companhia das letras, São Paulo, 1995.

No Brasil, por contaminação dos princípios que os puritanos introduziram nos Estados Unidos da América do Norte, o êxito é a forma mais aceita de seleção social. Os puritanos pensavam que Deus teria eleito os justos, e a idéia de sucesso na vida, nos negócios, nas empresas, seria o sinal exterior desse favor divino. Formou-se a partir daí a chamada moral do êxito. Este justifica as ações, limpando-as de qualquer mácula. Assim, se para chegar-se ao sucesso for necessário o emprego de alguma forma de violência, esta estará justificada, desde que o sucesso, realmente, seja alcançado²⁰.

Em nível cultural, acrescente-se ainda, o apelo existente em nossa sociedade à abundância e ao consumismo, embora a abundância e a capacidade de consumo não alcancem a todos os indivíduos. Desse fato decorre o profundo desajuste existente entre as metas que a estrutura cultural propõe às pessoas e os canais de acesso a tais metas. A estrutura social oferece oportunidades diferentes para o alcance das metas culturais, com uma desigual distribuição das ocasiões de servir-se dos meios legítimos para chegar a tais fins. Isso é conseqüência da estratificação social. Nessas condições, existirão sempre indivíduos excluídos dessa possibilidade, os quais se sentirão impelidos a constituir entre si subculturas criminais. Essas subculturas acreditarão na possibilidade de alcançar as metas propostas pela cultura oficial, mediante o emprego de meios ilícitos²¹.

A violência primária se complementa por seu aspecto institucional.

O Estado brasileiro, em diversas ocasiões de totalitarismo político, serviu-se de doutrinas que autorizavam o emprego da violência contra o chamado “inimigo interno”. A ideologia da segurança nacional, de tão triste memória, presta-se, perfeitamente, a servir de exemplo daquilo que afirmamos.

Essas doutrinas deixaram profundas raízes que continuam a produzir efeitos mesmo depois de cessadas as circunstâncias que as determinaram. Delas decorrem: a violência policial na repressão do crime comum e a formação dos famigerados grupos de extermínio. A nossa polícia foi estruturada para atuar como agente de proteção do Estado e garantia da classe social hegemônica, através da contenção dos excluídos. Para tais fins, a violência é um componente indispensável.

Toda essa violência primária é transmitida aos indivíduos que a internalizam e passam a conviver com ela indiferentemente, em verdadeiro sinal de aceitação. Aceitando-a, o homem a incorpora ao seu repertório comportamental,

20 Candido Conde-Pumpido Ferreiro: Violencia Social y Seguridad Ciudadana; em “Poder Judicial”, número especial VIII, Madrid, 1990, p. 97.

21 Roberto Bergalli: Criminologia del “White-Collar Crime”: forma-estado y proceso de concentración económica; em “Estudios Penales y Criminológicos”, Universidade de Santiago de Compostela, vol. VII, Santiago de Compostela, 1984, p. 38.

passando a reproduzi-la, em nível secundário (individual). É o que chamamos violência secundária.

Essa terrível internalização da violência, de certa forma, se expressa através da resposta individual ao comportamento vitimador.

VI — A CIFRA NEGRA DA CRIMINALIDADE

Denomina-se “cifra negra”, “chiffre noir” ou “dark number”, da criminalidade, a diferença entre o número total de crimes cometidos em um determinado período e a criminalidade oficialmente detectada através das estatísticas policiais e judiciais.

Como todos os especialistas sabem, as estatísticas criminais são extremamente frágeis e, por isso, as investigações científicas nelas baseadas, de regra, são alvo de severas críticas e vistas com reservas. Tal situação já havia sido denunciada pelos precursores, *Quételet* e *Guerry*. Entretanto, a Criminologia, durante muito tempo, concentrou seus estudos nos dados estatísticos relativos aos delinqüentes condenados e nas questões penalógicas relativas a esse grupo de indivíduos. A chamada Criminologia Positivista sempre trabalhou com os números assim obtidos, sem preocupar-se com a investigação sobre a incidência real da criminalidade.

A Criminologia Positivista trabalhava com um conceito de crime oriundo da lei e não questionava o sistema penal. Por isso, o seu universo de investigação limitava-se ao “mundinho dos criminosos condenados”, ou seja, aos que se encontravam nos cárceres. O que se passava fora desse pequeno conjunto de indivíduos não lhe interessava.

Foi somente a partir da década de 1930, graças aos primeiros movimentos criminológicos vinculados à sociologia, que a investigação passou a se preocupar com o estudo do comportamento das pessoas, que embora vítimas de crimes, deixavam de comunicá-los às autoridades encarregadas da repressão.

Datam, também, desse período as primeiras pesquisas acerca do comportamento das autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei penal. Surge, assim, o estudo da cifra negra da criminalidade.

Tais investigações, inicialmente, destinavam-se, simplesmente, a verificar a exatidão ou não das estatísticas policiais e judiciais, com o objetivo de determinar qual dessas duas fontes era a mais precisa e, por isso, prestar-se-ia melhor a servir como elemento de avaliação da criminalidade.

Esses trabalhos, que, obviamente possuíam um horizonte muito estreito, ao contrário de atingir os fins a que se destinavam, serviram, apenas, para demonstrar a imprestabilidade dos dados oficiais e, com isso, a necessidade do conhecimento da vitimização não declarada.

A falibilidade dos dados estatísticos criminais oficiais, sejam eles oriundos da polícia ou do Poder Judiciário, é fruto de quatro motivos principais, a saber:

a) — os ilícitos penais cometidos ou não são levados ao conhecimento da polícia, ou não são por esta registrados;

b) — embora comunicados e registrados, a polícia não logra identificar os autores da infração;

c) — a despeito de comunicada e registrada a infração e de identificado o seu autor, a ação penal, por um motivo, não importa qual, não é proposta ou a pretensão punitiva é julgada improcedente;

d) — embora condenado o autor de um ilícito penal, as instâncias formais de controle social não logram conhecer todos os demais ilícitos por ele cometidos.

Além desses motivos, a estrutura do Sistema de Justiça Penal conduz à falibilidade, pois ele funciona de forma fragmentária, elitista e seletiva, fazendo recair a clava forte, apenas, como afirma *Zaffaroni*²², sobre os mais vulneráveis.

Em face da infidelidade das estatísticas oficiais de crimes e da necessidade da medição da criminalidade, as pesquisas se voltaram para a avaliação da cifra negra e, desde logo, dois pontos mostraram-se de fundamental importância:

a) — o conhecimento da taxa mais aproximada possível dessa cifra negra, a fim de que possa ser estabelecida a chamada “margem de tolerância da criminalidade”; e

b) — o conhecimento dos motivos que levam as vítimas e outras pessoas a deixar de comunicar às autoridades os ilícitos penais que sofreram ou de que tomaram conhecimento.

Os trabalhos até hoje levados a efeito para a identificação dos fatores que conduzem à conduta referida na letra *b*, supra, revelaram que as pessoas não comunicam os crimes à polícia, pelos seguintes motivos:

a) — desinteresse na comunicação da infração, por ignorância quanto ao conteúdo do ilícito, ou por serem, de alguma forma, também responsáveis por ele. É o caso do aborto e de alguns crimes contra os costumes;

b) — por considerarem as vítimas, que o bem jurídico é de tão pequena monta, que se torna desnecessária a sua delação. É o caso dos pequenos furtos domésticos;

c) — em razão das relações entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação criminal. Serve, também, aqui como exemplo, a criminalidade doméstica;

d) — considerações de comodidade ou puramente econômicas. É o que acontece quando as vítimas não querem se sujeitar aos incômodos do processo

²² *Eugenio Raúl Zaffaroni*: El sistema penal en los países de América Latina; in *João Marcello de Araújo Junior* (org.); Sistema Penal para o Terceiro Milênio, 2ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 1991, p. 222.

e, por isso, preferem arcar com os ônus do silêncio. É, também, a hipótese de quem considera o ressarcimento do dano pouco compensador em relação às despesas necessárias ao recebimento da reparação;

e) — em razão de determinadas condições pessoais das vítimas, que com a delação estarão exposta a conseqüências desagradáveis, tais como a revelação das circunstâncias em que o crime foi cometido. E o que acontece, por exemplo, com indivíduos que não querem revelar sua homossexualidade e, por isso, preferem silenciar os crimes de que foram vítimas em razão dessa condição;

f) — por motivos sentimentais ou afetivos em relação ao criminoso;

g) — por entenderem as vítimas que a reação social contra o delinqüente é excessiva ou desproporcional ao agravo por elas sofridos. É o caso de certos crimes punidos com penas muito elevadas ou em que a ação penal é pública e as vítimas desejam, apenas, uma reprimenda ao agressor, que não importe em conseqüências penitenciárias;

h) — por preferirem as vítimas fazer justiça pelas próprias mãos. É o que acontece quando as vítimas são, também, delinqüentes, reais ou potenciais;

i) — por suporem as vítimas, que a infração é tão insignificante, que a Polícia não teria interesse na sua apuração e, por isso, não passaria de mera perda de tempo a comunicação da ocorrência;

j) — por temerem as vítimas que, em razão da falta de provas ou de argumentos convincentes, não poder demonstrar a veracidade de suas afirmações ou a culpa do indigitado autor e, por isso, possam vir a sofrer represálias;

l) — por não desejarem as vítimas imiscuir a polícia na solução do seus conflitos;

m) — por preferirem as vítimas entregar a terceiros a solução dos seus conflitos; e

n) — por não confiarem no Sistema de Justiça Penal do Estado.

Além dos fatores que acabamos de enunciar, relativos às vítimas e às testemunhas, há, ainda, outros, que dizem respeito aos próprios organismos encarregados da apuração dos crimes e da imposição de sanções. Dentre estes fatores, destacam-se a corrupção e o desinteresse dos funcionários públicos no registro e apuração das infrações criminais. Além disso, como já dissemos, o próprio Sistema de Justiça Penal contribui para a elevação da cifra negra, por ser injusto e seletivo, uma vez que atua preferentemente sobre as classes sociais mais débeis, deixando à margem dos procedimentos de criminalização os delitos praticados pelos membros das classes hegemônicas.

A existência de uma elevada cifra negra, ademais de revelar, como pontualmente observou o pesquisador *Guilherme Calmon*, “a ineficácia da prevenção criminal, já que a cominação das sanções no âmbito penal para a prática

de determinadas condutas consideradas delituosas não vem cumprindo a sua função, qual seja, a intimidação”, pode contribuir para o aumento da criminalidade, em razão do sentimento de impunidade que faz gerar. A cifra negra está, assim, ligada, também, ao tema da etiologia da criminalidade contemporânea. Tal possibilidade, entretanto, não quer significar que, se os fatos que ficam ocultos fossem punidos, isso iria determinar a redução da criminalidade. O pesquisador *Francisco das Neves Baptista* chama a atenção para isso, pois “jamais se provou, em parte alguma, que a repressão fosse eficaz redutora da criminalidade. Fato é, porém, historicamente demonstrável, que a expansão das atividades delinqüenciais tem sido, sempre, antecedida de ou concomitante com um recuo da repressão (seja por falta de meios, seja por ação corruptiva das lideranças criminosas)”²³.

A pesquisa ora relatada procurou medir, diretamente, a cifra negra num determinado segmento da sociedade carioca. Através dessa investigação de campo, buscou-se conhecer e quantificar a delinqüência oculta e, também, a sua natureza.

Em trabalhos desse tipo, duas técnicas de pesquisa têm sido as principalmente usadas: a confissão dos criminosos ocultos e as informações das vítimas.

Ambos os métodos não estão isentos de críticas, porque, de certa forma, sofrem dos mesmos males que as estatísticas oficiais. Argumenta-se que os resultados obtidos através de questionários, nos quais os criminosos ocultos “confessam” os delitos que praticaram, não são dignos de fé, uma vez que o investigador não dispõe de meios para conferir a autenticidade de tais “confissões”. O mesmo argumento é usado em relação às apurações feitas através das vítimas.

A despeito da imperfeição desses métodos, eles são de extrema utilidade, uma vez que refletem um resultado muito mais próximo da realidade do que o constante das estatísticas oficiais. As informações das vítimas permitem o estabelecimento de uma estatística criminal nos moldes daquela reclamada por *Sellin e Wolfgang*²⁴. Ademais, modernos cálculos matemáticos permitem estabelecer índices de erro, que fazem com que essas informações se mostrem bastante confiáveis.

23 Exemplares, nesse particular, o crescimento da Máfia siciliana e seu ulterior desdobramento nos Estados Unidos, a partir da Proibição (cf. *R. Salerno* e *J.S. Tompkins*, *The Crime Confederation*, Nova Iorque: Doubleday, 1969, pp. 275-282), a carreira de Al Capone em Chicago (cf. *Bill Severn*, *The End of the Roaring Twenties: Prohibition and Repeal*, Nova Iorque: *J. Messner*, 1969, pp. 144-145) e, entre nós, a organização dos *bicheiros*: a prévia cooptação de agentes policiais assegurou, em todos os casos, a consolidação do poder dos chefes criminosos.

24 *Thorsten Sellin* e *Marvin E. Wolfgang*: *Constructing an index of delinquency*, A. Manual; Filadélfia, 1963. Veja-se recensão na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano II (nova fase), nº 5, abr./jun., 1964, Rio de Janeiro, p. 116.

As pesquisas de vitimação apresentam melhores resultados do que aquelas baseadas, apenas, nas “confissões” dos criminosos ocultos. Daí nossa preferência por esse método.

A constatação da cifra negra tem permitido uma reavaliação de certos conceitos tradicionais. Através dela podemos, de certa forma, estabelecer uma relação entre situação social e delinquência, assim como relacionar as chamadas “ocasiões criminógenas” com a denominada “subcultura criminal”. Além disso, o exame da cifra negra permite avaliar a criminalidade das classes sociais mais elevadas, bem como observar a tendência de certos movimentos sociais.

Foi possível, através da análise da cifra negra, verificar que a delinquência na classe média é quase tão grande quanto à das classes sociais menos favorecidas e que a grande maioria dos jovens não comete crimes graves.

Ademais de tudo isso, pelos estudos da cifra negra é possível o estabelecimento de políticas sociais eficazes e, especialmente, de uma política criminal mais ajustada à realidade. É através do exame e interpretação da cifra negra, que será possível estabelecer-se a chamada “margem de tolerância criminal” e a definição de seus limites.

O estabelecimento de uma eficaz política criminal dependerá, fundamentalmente, de saber-se, com a exatidão possível, quais os níveis em que o crime poderá ser tolerado em uma determinada sociedade, pois, em verdade, o que faz variar a atitude do Estado em relação ao crime e o criminoso é menos o caráter intrínseco do ato criminoso do que a sua tolerabilidade social.

Cumprir dizer ainda que o estudo da criminalidade oculta serve também como instrumento de medida da eficiência dos serviços destinados a exercer o controle social em matéria criminal.

De fato, o grau de eficiência do Sistema de Justiça Penal poderá ser aferido não só pelas comparações estatísticas entre a criminalidade oficial e os índices da cifra negra, mas, também, através de um desdobramento dessas comparações, ou seja, através da chamada “cifra cinzenta” da criminalidade. Esta é composta pelo número de indivíduos que, embora acusados da prática de um ato criminoso, não chegam a ter contra si o registro de uma condenação. É evidente que nessa “cifra cinzenta” não estão incluídos aqueles em relação aos quais, após processo regular, ficou demonstrada à sociedade a improcedência da acusação e, por isso, foram absolvidos. Queremos nos referir àqueles que lograram escapar à condenação por questões meramente formais, àqueles que não foram condenados por insuficiência de provas, pelo implemento da prescrição ou por outras situações do mesmo gênero. A “cifra cinzenta”, portanto, nos permite medir a eficiência dos órgãos de execução do Sistema de Justiça Penal do Estado.

Vejamos agora se toda essa construção teórica encontra alguma confirmação nos números apurados em nossa pesquisa.

VII — QUADRO GERAL DA CIFRA NEGRA

Vejamos o que ficou apurado na pesquisa de que estamos tratando, relativamente à “cifra negra”:

Tabela nº 7 — Números de alunos que comunicaram ou não à autoridade os crimes de que foram vítimas

| | | |
|------------------------------------|-----|--------|
| Total de alunos vitimados | 243 | 100% |
| Alunos que comunicaram o crime | 63 | 25,93% |
| Alunos que não comunicaram o crime | 180 | 74,07% |

Tabela nº 8 — Motivos pelos quais os 180 alunos mencionados na Tabela nº 7 não comunicaram os crimes de que foram vítimas

| | | |
|-------------------------------------------|-----|--------|
| “Não iria dar em nada” | 121 | 67,22% |
| “A comunicação não traria o bem de volta” | 28 | 15,55% |
| “Não havia autoridade por perto” | 20 | 11,11% |
| “Por medo de represálias” | 05 | 2,72% |
| “Por ser o bem de pequeno valor” | 04 | 2,22% |
| “Não saber como comunicar” | 02 | 1,11% |

Constatamos uma elevadíssima cifra negra da criminalidade, que confirma, pelo menos em parte, a elaboração teórica antes apresentada.

Os números encontrados, além disso, são muito próximos daqueles que foram apurados pelo IBGE quando realizou uma Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios.

O IBGE apurou que, no período de outubro de 1987 a setembro de 1988²⁵, das quase 6 milhões de pessoas vitimizadas, apenas, pelos crimes de roubo e furto, somente 31,7% recorreram à polícia, o que significa uma cifra negra de, praticamente, 68%. Nós apuramos 74,07%.

Os motivos confessados do “dark number” apurado pelo IBGE revelam que a população não acredita na possibilidade de fazer valer os seus direitos da

25 IBGE: Participação Político-Social, 1988, volume I, Justiça e Vitimização, Rio de Janeiro, 1990.

cidadania. A pesquisa do IBGE revelou que 27,8% daqueles que não levaram o crime ao conhecimento da polícia assim agiram por não acreditarem nela e 9,4% por não desejarem vê-la envolvida nos seus conflitos. Por outro lado, 1,5% desses vitimizados ocultos preferiram socorrer-se dos serviços de terceiros; 5,9% resolveram sozinhos a situação conflituosa e 3,8% não foram à polícia por medo de represálias.

Tabela nº 9 — Dados comparativos

| Motivo | IBGE | UERJ |
|-----------------------------------|-------|-------|
| Percentagem de não comunicação | 68,3% | 74,7% |
| Não confiar no Sistema de Justiça | 44,6% | 67,2% |
| Medo de represálias | 3,8 | 2,7% |

Nossos números são, também, muito parecidos com aqueles obtidos por Rodrigues Manzanera, quando pesquisou cerca de 3.000 pessoas na cidade de Jalapa, no Estado de Vera Cruz, no México. A metade das pessoas entrevistadas sofrera crimes no ano imediatamente anterior à pesquisa do professor mexicano. Destas, somente pouco mais de uma quinta parte denunciou o crime à autoridade. Daqueles que não comunicaram o crime de que foram vítimas, 45% disseram que assim agiram porque comunicar o fato à polícia seria “perda de tempo”; 26%, porque “não valia a pena”; 11%, por medo de represálias e 8%, por “vergonha da investigação”²⁶.

Essa quase coincidência de resultados nos dá uma relativa tranqüilidade quanto à qualidade dos dados com os quais trabalhamos. E nos permite concluir que o fenômeno constatado se ajusta à realidade brasileira e poderá servir como elemento valioso para investigações e conclusões futuras.

Disso tudo, resulta final, mas parcialmente, pois a pesquisa não está terminada, ao contrário, está apenas começando, as seguintes pré-conclusões:

a) os estudantes de Direito da UERJ representam um corte transversal na sociedade carioca e, por isso, o que acontece com eles pode refletir o que ocorre no restante da sociedade e servir de padrão de comparação, desde que mantidas as necessárias configurações de tempo, idade, nível cultural e outras da mesma espécie;

b) o resultado de vitimação encontrado entre os pesquisados, considerada a relação volume/tempo, ultrapassou as expectativas dos pesquisadores, embora

números próximos, de outras investigações (IBGE, Rodriguez Manzanera), já fossem conhecidos;

c) o Sistema de Justiça Penal, especialmente o seu segmento policial, não inspira confiança ao cidadão, nem mesmo àqueles que, com ele, irão trabalhar depois de formados, isto é, os estudantes de Direito;

d) estes mostram-se inseguros em relação à paz pública, o que importa em rebaixamento do nível de qualidade de suas vidas, com reflexos negativos em seus estudos;

e) a vitimação secundária, ou seja, a dupla vitimação pelo medo de represálias, já atinge um elevado número de estudantes, importando isso em grave violação da cidadania;

f) existe a possibilidade de uma grande internalização da violência, pois um grupo muito jovem de indivíduos sofreu um número muito grande de crimes, em um pequeno intervalo de tempo. Essa internalização se exterioriza, aforá outras manifestações, pelo crescente número de adeptos da pena de morte, como constatado na pesquisa de 1991.

Em síntese, de tudo quanto ficou dito, resulta em que a violência e a criminalidade acabam por produzir no indivíduo uma tríplice violação ao seu direito de cidadania. Em primeiro lugar, pela quebra da paz pública, ou seja, pela lesão à garantia individual de não se ver molestado em seus direitos; em segundo lugar, pelo fato de fazer com que o indivíduo perca a confiança na função protetora e pacificadora das agências do Sistema de Justiça Penal; e, em terceiro lugar, por colocar o cidadão na condição de “indivíduo em perigo” (esta é uma categoria nova, com amplas possibilidades no plano teórico), isto é, numa posição de risco, naquela de vir, ele indivíduo vitimado, a se transformar em criminoso. É a hipótese do vitimado que se torna vitimador, por reproduzir a violência sofrida, por ele internalizada.

Eis aqui, apenas, alguns elementos preliminares que lançamos à consideração dos especialistas brasileiros, que certamente os desenvolverão.

Queremos, ao final deste estudo, deixar consignado o nosso louvor aos Mestrandos que participaram da pesquisa, pela qualidade do trabalho realizado, pela dedicação com que o desenvolveram e pelo extraordinário esforço feito, pois, em apenas um semestre letivo e sem prejuízo das demais disciplinas do Curso, lograram reunir material e articular críticas que permitiram ao Coordenador da Pesquisa a elaboração deste produto.

²⁶ Luis Rodriguez Manzanera: ob. e local citados.

RAZÕES IDEOLÓGICAS DA SOBREVIVÊNCIA DO JÚRI

YVAN SENRA PESSANHA

I. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, art. 151: “O poder judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem”. Art. 152: “Os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a lei”. II. CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 72, 31: “É mantida a instituição do júri”. III. CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 72: “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”. IV. CONSTITUIÇÃO DE 1937, omissa. V. CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 141, 28: “É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. VI. CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 150, 18: “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. VII. EMENDA CONSTITUCIONAL nº I, de 1969, art. 153, 18: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. VIII. CONSTITUIÇÃO DE 1988, art. 5º, XXXVIII. “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

1. Bosquejo Histórico do Júri no Brasil; 2. A ideologia do Júri; 3. A democratização do Tribunal Popular; 4. Quesitação mais simples; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Cabe, sem dúvida alguma, à primeira vista, uma indagação: por que o Tribunal do Júri julga só os crimes dolosos contra a vida?, ou seja, por que a

competência constitucional só para julgar os homicídios dolosos, consumados ou tentados, induzimento, instigação ou auxílio de suicídios, infanticídios e abortos?

Melhor perguntando, qual o critério que teria levado o legislador constitucional a estabelecer a competência do Júri só para essas infrações?

O induzimento, instigação ou auxílio de suicídio (artigo 122) e o infanticídio (artigo 123), ambos do Código Penal, ocorrem com frequência reduzida, ou porque são de difícil configuração, ou porque a investigação é precária mesma. Já o aborto (artigos 124/128), na prática, é discriminizado. A sociedade ainda tem dúvida sobre o acerto de sua criminalização, aumentando a perplexidade diante do alarido, ou esclarecimento, que o movimento feminista, em todo o mundo, promove. Daí, rarissimamente, chegar ao Júri caso de aborto, embora a incidência do fato, como é público e notório, ser elevada.

Resta mesmo para ser julgado pelo Tribunal Popular o homicídio doloso, em suas modalidades consumadas e tentadas, compondo o julgamento desse crime a grande pauta do Júri.

Ante a competência mínima, que sobrou para o Júri, é imperioso que se faça uma rápida digressão pela história da instituição no País, para se verificarem as causas dessa “*diminutio*”.

Na realidade, a chamada *elite* brasileira, o eufemismo usualmente empregado em substituição à expressão “*classe social dominante*”, instituiu o Júri, por intermédio do Poder Legislativo, seu braço intelectual orgânico, que criou o sistema jurídico nacional, para reproduzir a dominação sobre as demais classes.

Todavia, ainda no século XIX, quando o Brasil obteve a emancipação política, não obstante a continuidade da dependência econômica, culminando com a formação do Estado Nacional, já repontavam, aqui e acolá, as contradições interclassistas, responsáveis pela turbulência política do período. O Júri, como todas as principais instituições jurídicas, experimentou as conseqüências desses litígios e serviu, dentro da dialética social, como anteparo e ao mesmo tempo pretexto para a eclosão dos antagonismos políticos decorrentes da diferença de interesses de classe, que já se notavam no grupo hegemônico que detinha o Poder.

MAGARINOS TORRES, o campista que se tornou famoso juiz presidente do Júri carioca (1), sobre essas lutas, comentou: “*Por ela* (a instituição do Júri) *sacrificaram-se, reagindo à Lei nº 261, que a cerceara de 3 de dezembro de 1841, o ex-Regente do Império, DIOGO ANTONIO FEIJÓ, RAFAEL TOBIAS DE AGUIAR, GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DOS SANTOS e outros insignes brasileiros, capitaneando a revolta em São Paulo. Inspirara-a na Côte, Teófilo Otoni e repercutiu ela em Minas, com o Padre MARINHO. Grandes homens vitimados pela grandeza da instituição! Reintegrado o Júri nas suas prerroga-*

tivas em 1871 (Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871), estendeu-se a sua competência a toda a matéria criminal”.

Por outro lado, o Poder governamental também assoalhava a crença na instituição, mas lhe podava a árvore frondosa da competência, restringindo-a, a partir de 1841.

Em 1857, em livro publicado pela Imprensa Imperial, VILLENEUVE, sob o título “*Direito Público Brasileiro*”, afirmava a concepção ideologicamente liberal, que ocultava a prática conservadora do Poder.

“*A intervenção dos jurados na Administração da justiça é uma garantia muito importante para as liberdades, interesses e justiça social.*”

...“*Considerado em relação a liberdade política, o Júri é o mais firme baluarte dela, a mais sólida garantia da independência judiciária. Nem todos os juizes, embora perpétuos ou inamovíveis, se olvidam que o governo é quem verifica as promoções e distribui as graças, as honras, e as gratificações pecuniárias; Nem todos têm coragem civil, o caráter firme, a consciência do dever, que não se curva às insinuações, às simpatias, aos desejos de punição, aos ódios dos partidos políticos ou à sua parcialidade. O Júri é uma barreira contra tais abusos, é uma instituição nesse sentido tão valiosa, que devemos considerá-lo como um tesouro que nos cumpre legar aos nossos descendentes, que com a ação do tempo a aperfeiçoarão de todo*” (2).

Depois da proclamação da República, em 1889, e após o advento da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, foi o Júri mantido como uma das garantias outorgadas a brasileiros e estrangeiros residente no Brasil. A reforma constitucional levada a efeito no ano de 1926 também manteve a instituição, assim como a Carta de 16 de julho de 1934.

A Carta de 1937, inaugurando o período sombrio do Estado Novo, suprimiu coerentemente o Tribunal Popular, posto que o estado autoritário prescindia da participação do povo em qualquer setor da Administração. O “*caudilho*” falaria e faria pela Nação inteira.

As demais Cartas Constitucionais (1946, 1967, 1969 e 1988) seguiriam a diretriz reducionista, não ampliando a competência do Júri, mas contendo as tendências abolicionistas dos conservadores, que, desde o tempo de RUY BARBOSA (3), digladiavam com os defensores da instituição: “*Há, em verdade, na questão do Júri, duas classes de reformadores distintos: A dos adeptos, que, crenes na eficácia da instituição, se empenham em aperfeiçoá-la e a dos seus antagonistas, que, mediante providências inspiradas no uscam cercear e desnaturar progressivamente essa tradição, até que a eliminem. Os segundos usam também o nome de reformadores, quando o que realmente lhes cabe seria o de abolicionista: porque a tendência dos alvitres é, se nem sempre confessada, ao menos sempre manifesta, a abolição do Júri*”.

Em suma, por mais que se exaltassem as virtudes do Júri, realçando-lhe a índole “*democrática*” e os pendores para a realização de justiça mais equitativa, os intelectuais juristas do regime dominante foram, paulatinamente, cedendo às pressões dos conservadores, para os quais, acenando só com o lado das formalidades, o Júri na realidade representa “*mau exemplo*”. Acontece que poucos têm a honestidade de o afirmarem, invocando outras razões diversionistas e ideológicas, para não se declararem o que realmente são: contrários à ascensão e participação do povo e inimigos da Democracia.

A ampliação da competência do Júri, assim, ficou estagnada no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, longe do quadro maior existente no Império, quando o Tribunal Popular era convocado para julgar a maioria dos crimes. Aparentemente, ocorria o paradoxo de não corresponder à implantação de regime mais democrático (abolição da escravatura, proclamação da República, criação de sindicatos de trabalhadores, adoção do sufrágio universal, respeito à cidadania etc.), apesar de longos hiatos ditatoriais, com o alargamento da discutida competência do Júri.

2. Vimos que o Tribunal do Júri subsiste na legislação e na prática judiciária do País, apesar de não se adequar ao projeto de dominação das ditas elites brasileiras, extremamente conservadoras, que administram, de forma desastrosa, do ponto de vista econômico, social e cultural, uma Nação, que poderia ser das mais importantes do mundo.

Como subsiste, já se disse. Falta saber por que continua engalanando os fóruns dos muitos brasis que existem, marcando, ainda que de maneira simbólica, a presença do povo na administração da justiça.

Classificando a criminalidade, numa sociedade classista como a brasileira, com a dramática desigualdade social nela verificada, em *criminalidade burguesa, proletária e policlassista*, constatamos em regra, a criminalidade burguesa é julgada pelos Tribunais Superiores com relativa indulgência; a criminalidade proletária é severamente sancionada pelos juízes criminais singulares; por fim, cabe ao Júri o julgamento de uns poucos ricos, alguns pequeno-burgueses e milhares de pobres, pelo cometimento de crimes dolosos contra vida.

O Júri, nestas condições, sobrevive como exemplo significativo de nossa *fachada* democrática, como pequena sementeira, mantida à guisa de mostruário, mas cujas sementes só parcimoniosamente podem ser plantadas; como espécime raro, transportado de outras plagas, onde prosperou, mas cuja disseminação pelas terras brasileiras deve ser contido, até porque — dizem os conservadores, são civilizações em estágios diferenciados, não merecendo nosso povo, *ainda*, a titularidade do direito de julgar seus pares, a não ser em margem muito escassa e em contínuo decréscimo...

As inúmeras críticas que os intelectuais orgânicos das classes dominantes (e uns poucos ligados ao povo) fazem ao Júri (sentimentalismo, cabala, bene-

volência, oratória dos defensores, necessidade de julgadores cultos e semelhantes equívocos) ressentem de profundidade, exame acurado e até de seriedade. São, na verdade, contestações hipócritas de interessados na abolição do Júri. Usam essas invectivas com o fim de debilitarem a instituição, porque o que pretendem, de fato, é o seu banimento do País. Uns poucos ingênuos falam em seu aprimoramento, como se fora possível requintar a democracia de uma ilha bloqueada, militar e economicamente, pelo inimigo poderoso. Esta é bem a situação do Júri: assemelha-se a país sitiado, cercado, resistindo em razão do idealismo dos estrênuos defensores, que, utopicamente, aguardam um “*mundo melhor*”, quando lhes irradiará a possibilidade de liberdade maior.

Atualmente, portanto, no Brasil, ou nas capitais, o Júri se limita a julgar, além dos pobres, alguns poucos ricos, com o Tribunal integrado se não por eles, ou por seus afins das camadas médias da população, como altos funcionários da Administração Pública, pessoas gradadas ao regime, ou indivíduos do relacionamento particular dos juízes, também com as características acima descritas. No interior, que conhecemos, por incrível que pareça, a composição social é melhor distribuída.

Mas, se o Júri, assim mal constituído pelos juízes responsáveis pela seleção dos jurados, peca pela benevolência para com os mais abastados, que vão em número inexpressivo à barra do Tribunal, não deve errar, contudo, na excessiva punibilidade dos agentes miseráveis, que, em fileira imensa, constituem a maioria dos réus julgados pelo Júri.

Lamentavelmente, hoje, o Júri passou a ser, inclusive, um instrumento da Reforma Agrária, contra ou a favor de sua implantação, conforme a correlação de forças políticas envolvidas no litígio. Normalmente, é contra, pois a investigação do fato é realizada por autoridades compromissadas com o latifúndio e os juízes, que presidem a instituição criminal, também têm suas origens agrárias... Nestes casos, muitas vezes, absolvem o fazendeiro-mandante e condenam os pistoleiros e jagunços, que lhe prestam os serviços macabros.

A classe dominante, nestas condições, por seus representantes, procura expurgar do Júri o que poderia significar sua natureza democrática, que é a participação de todos os segmentos, e não só um da sociedade, a burguesia e seus agregados. O Júri retoma, então, à condição de Tribunal elitista, por isso que tolerado pelas classes dirigentes, mesmo nas duas ditaduras ostensivas (1937-1945 e 1964-1985), que infelicitaram o povo brasileiro, além dos períodos de estado de sítio e similares.

Impõe-se, pois, a democratização ampla do Júri. Não mero aperfeiçoamento reformista, que não condiz com a essência da instituição. Cabe afastar os elementos tecnicista e autoritários, que hoje sobrepõem esmagadoramente aos resíduos democráticos. O Júri, para ser Júri mesmo, há de ser integrado de

pessoas do povo, com todo o arco social, que vai dos ricos aos pobres, sem distinções, de que a elite é useira em estabelecer.

“Ao Júri se pede julgamento técnico-científico e, muito mesmo, técnico-jurídico — bradava o Mestre ROBERTO LYRA (4), mas, ao contrário, decisões que exprimam a justiça emancipada dos próprios freios jurídicos e legais para os rigores ou as branduras individualizadas, segundo a sensibilidade real do meio e da época”.

3. A garantia constitucional do Júri, dada a sua multifacética configuração, poderia provocar inumeráveis apreciações. Detemo-nos, não obstante, em apenas dois aspectos, que a nosso ver sintetizam todos os outros, de caráter secundário, dependentes dos anteriores, nos quais esbarram, reclamando tramitação. Referimo-nos à democratização do Júri, que, se lograda, alçará o Tribunal Popular à finalidade para a qual foi criado e concretizará a abertura para a sua completa reforma. Nesta, evidentemente, se insere a reformulação dos quesitos.

Há uma razão de credibilidade do Júri que merece ser invocada em qualquer debate sobre a instituição: a sua longa e testada permanência no País, atravessando quase dois séculos de existência. Fora um elemento desnecessário, ou meramente decorativo, ou profundamente defeituoso, o Júri, no Brasil, não conseguiria subsistir, diante das críticas e das diatribes.

Talvez a única instituição que tenha arrostado tantos críticos, de extraordinário valor, como AFRÂNIO PEIXOTO(5), NELSON HUNGRIA(6), JOSÉ FREDERICO MARQUES(7), HELENO FRAGOSO(8), o Júri, contudo, prossegue sua trajetória, expurgando vícios, mas incrustando-se de outros, gerados por novos fatos sociais. De qualquer maneira, a sua sobrevivência é dado inequívoco da utilidade que representa a distribuição de justiça.

Só os que o não conheceram não estimam o Júri, ou os que, por extremada motivação ideológica, desprezam uma das mais antigas instituições humanas.

NELSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO são dois exemplos típicos de honradez intelectual. Não obstante conservadores, o primeiro mais do que o segundo, quando desceram de seus merecidos pedestais, para conhecerem a instituição, acabaram por se constituírem em admiradores tímidos.

O primeiro, depois de amargas referências ao Tribunal Popular, aceitou prefaciá-lo de CARLOS ARAÚJO LIMA, admirável modelo de advogado criminal, “Os Grandes Processos do Júri”(9). No fim de carta prefácio, que enriquece o livro, pilheriou: — “Sinto-me tão envaidecido com isso — ser citado tantas vezes nos debates do Júri —, que quase chego a me reconciliar com o Tribunal do povo...”

HELENO FRAGOSO, por sua vez, quase aderiu de todo ao Júri, na última década de sua luminosa vida. Em entrevista publicada no jornal O GLOBO, de 13.06.78(10), assim se expressou:

“Contemplando na perspectiva teórica, o júri é insustentável, como eu mesmo demonstrei num antigo trabalho, escrito numa época em que eu conhecia bem a teoria, mas me faltava a experiência. O desencontro com a administração da justiça criminal leva o advogado, em plena maturidade, e logo após longos anos de exercício da profissão, a considerar o Júri de forma diversa. Trata-se de um sistema precário, discriminatório, formal, lento e dispendioso, no qual os pobres e desfavorecidos (que constituem a clientela do sistema) não têm chance alguma. Os ricos livram-se do mecanismo policial-judicial com relativa facilidade, refletindo-se aqui, de forma dramática, a desigualdade social. Os juízes leigos do júri não julgam pior do que os togados, e podem, inclusive, julgar melhor, vencendo a lógica jurídica que conduz os juízes togados comumente a soluções que correspondem à lei, mas não, verdadeiramente, à justiça”.

Foi quase uma declaração de amor. O grande jurista sofreu na carne, como poucos, a hediondez dos métodos usados pela ditadura de 1964 para calar os democratas, como HELENO FRAGOSO. Soube retificar equívocos determinados por sua situação de classe, para abraçar o ideário democrático. Infelizmente interrompeu sua mudança evolutiva em 1985, quando faleceu e também fenecia o regime de exceção.

Os vícios que o Júri ainda exhibe são reflexos das nossas estruturas sociais e econômicas, que ainda não foram capazes de banir inúmeros desníveis e distorções que as impregnam. O Júri expressa, com impressionante fidelidade, aspectos de nossa sociedade, tais como a força do “*coronelismo*”, no interior brasileiro, ou a permeabilidade às sugestões da imprensa, quando esta sensacionaliza a comunicação dos crimes. Muitos outros desvios podem ser apontados na instituição, mais quase todos, ou todos, terão sua gênese na realidade social em que o Júri se produz.

A depuração do Júri é tarefa que os séculos estão encarregados de fazer. O Júri dos nobres ingleses, que a velha Albion repassou para o mundo, somente com a Revolução Francesa recebeu a grande sacudida, que lhe afastou os preconceitos elitistas. O Júri passou a ser integrado pelos cidadãos que julgavam os seus pares e não por pobres que julgavam todas as outras pessoas. Menos eles, é óbvio.

A influência da França, irradiando-se para todos os quadrantes do mundo, recebeu a fertilidade cultural de nosso povo o acolhimento que a fez florescer, tomando o Júri as conformações que a vida brasileira amoldou. Aqui, o Júri foi experimentado de todas as maneiras. Chegou a ter sua competência bastante reduzida e curiosamente responsabilizado pelo aumento de criminalidade de cujos tipos não lhes compete sequer o julgamento. Ora acusam-no de excessivamente benévolo, ora o acoimam de muito rígido. Por todas as críticas com que procuram atingi-lo, verifica-se que o Júri é bem uma instituição humana,

própria do contexto social brasileiro, no qual se enraiza e recebe o substancial *referendum* para prosseguir como uma das melhores porções do nosso ordenamento jurídico.

O Júri, de fato, resente-se de maior participação do povo, em sua composição, de acordo com a finalidade para qual foi constituído: A “*participação do público*”, na distribuição da justiça, já foi proposta até por correntes do pensamento conservador brasileiro e outras não havidas como “*progressistas*”(11). Afortunadamente, já estamos superando a fase da suspeição contra quem quer que reivindique a presença popular na Administração Pública, como atentatória à segurança nacional e outros disparates.

Assim, é de se reclamar, em nome da democratização do Júri, uma composição comunitária mais aberta, na chamada de setores mais amplos da população para a melhor integração Júri/sociedade. É mister a convocação de outras camadas sociais, não se excluindo as que hoje majoritariamente o dominam, no sentido de encontrar um pronunciamento que reflita as reais tendências da sociedade. É preciso abandonar a posição atual, caracterizada, nos maiores centros urbanos, pela presença avassaladora de funcionários públicos. Há que promover por outro lado uma constante renovação dos quadros integrantes do Júri, com o fito de evitar a profissionalização dos jurados, quase vitalícios, que acumulam, duplamente, as imperfeições que a habitualidade acarreta. O Júri, para ser Júri, deve procurar traduzir a opinião média da sociedade, na identificação dos maiores valores que impulsionam o desenvolvimento. O Júri não pode ser Júri se somente ricos julgam pobres, ou estes julgam (condenando-os, evidentemente) aqueles. O Júri concorre para o aperfeiçoamento democrático das instituições penais, porque recolhe na própria fonte a participação dos maiores interessados.

Não se visa com o apelo à democratização do Júri a censura a setores avançados da magistratura togada brasileira (Juízes para a Democracia, Juízes do Direito Alternativo etc.), que, obrigados a tantos labores no sentido de desbastar as incompreensões quanto ao papel do juiz em nossa sociedade, ainda não se detiveram em estudos aprofundados sobre o Tribunal Popular.

Há que registrar, para tanto, a existência já de alguns trabalhos genéricos sobre a magistratura, perfeitamente cabíveis no tratamento da temática do Júri(12), (12a), (12b) e.(12c).

A luta pela democratização do País, na busca incessante do aprimoramento de nossas instituições, por certo que irá se fortalecer com a reforma do Tribunal Popular, pelo que ele traduz o que ROBERTO LYRA chama de “*antecipação democrática*”(13).

4. O Júri, segundo sua essência, é constituído para o julgamento tão-somente de matéria de fato. Falece-lhe, em consequência, autoridade para apreciar as questões de direito. A violação deste preceito constitui nulidade, declarada, invariavelmente, por nossos tribunais.

Na realidade, o questionário do Júri é concebido como uma lista de perguntas, a que os jurados, em afirmações isoladas, não sintonizadas com o todo, que é a substância da causa.

A quesitação, ao invés, deve ser encarada como formulação de perguntas não estanques, num entrelaçamento, interligando-as, em sentido lógico — dialético, em função de um melhor julgamento, com cabal cognição do caso.

Nos moldes em que, atualmente, se processa a quesitação, esta padece do mal de se isolarem os quesitos, estimulando contradições nas respostas, que, anulando os julgamentos, ensejam protelações do pronunciamento decisório.

Nos casos de concurso material e concursos de agentes, implicando na feitura de multiplicidade dos quesitos, podendo chegar a mais de cem, mais se sente a precariedade do atual regime de quesitação. Nesses casos, somente certa lembrança que o Juiz-presidente do Tribunal faz (“*votando sim, absolve; votando não, condena, ou vice-versa*”), ou seja, perfilhando um sistema empírico, pode o Juiz-presidente conduzir a sessão de julgamento a bom termo.

O Júri poderia muito bem ser dispensado de microindagações, como atualmente se procede. Dois ou três quesitos, não se dispensando obviamente o relativo à tese de defesa, no que concerne a matéria de fato, seriam suficientes para elucidar o problema.

Presentemente, tramita no Congresso Nacional, oriundo de anteprojeto elaborado por Comissão de Reforma dos Códigos de Processo Civil e Processo Penal, e presidido pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA(14), do Superior Tribunal de Justiça, projeto de lei tendente a mudar a quesitação do Júri.

O trabalho dos membros da Comissão, renomados processualistas, mas com poucas luzes para os aspectos sociais da criminalidade, assinala a especial atenção para a modernização do julgamento pelo Tribunal do Júri. Avulta, dentre as novidades, a simplificação dos quesitos.

Como custaram a compreender isso!

Os quesitos passariam a ser formulados, em ordem simplificada, indagando-se, como hoje, da materialidade do fato e da autoria, ou da participação.

Depois, então, entrar-se-ia no âmago da questão: — “*se o acusado deve ser condenado*”. Isto não é correto. Deve haver a possibilidade, em primeiro lugar, de se perguntar “*se o acusado deve ser absolvido*”. Parece que os velhos preconceitos autoritários, mais uma vez, inspiraram os novos legisladores, ou melhor, cooperadores dos congressistas. Os quesitos referentes à atenuante e à qualificadora, em número de um cada, viriam a seguir.

A simplificação dos quesitos, assim, vai chegando, agora, a ponto de aparente solução. Servirá para reduzir as oportunidades para anulação dos julgamentos, com base nas contradições, nas respostas aos quesitos, ou por deficiência dos mesmos e de suas respostas. Nestes tempos de desburocratiza-

ção, sem prejuízo da defesa dos direitos humanos, bem como da própria natureza constitucional do Júri, a simplificação dos quesitos é tarefa urgente na reforma da instituição.

5.a) A trajetória do Tribunal do Júri, no Brasil, identifica-se com a própria história da burguesia brasileira, pois a classe dirigente do País, incapaz de promover, a não ser tardiamente, o progresso, preocupou-se exageradamente em manter a ordem. Descurou da educação e da saúde do nosso povo. Retardou na implantação da reforma agrária, que tantos países, na escalada do desenvolvimento, tiveram que realizar. Logo, também, não teve competência para adotar sistema jurídico nacional de feição democrática, na teoria e na prática;

5.b) *Somente um regime verdadeiramente democrático*, sem as peias ainda impostas, na atualidade, pelas classes dirigentes do País, desinteressadas da implantação do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *deverá assegurar a prática efetiva do Tribunal do Júri, como instrumento da democracia.*

5.c) Com a democratização, aperfeiçoando-se a composição social da instituição do Júri, integrarão o Tribunal Popular membros de todas as classes e camadas sociais, afastando-se o elitismo até hoje verificado. Não deverá haver lugar para o *jurado* profissional, como encontradiço em muitos júris do País, em razão do pequeno apuro na seleção promovida pelo juiz-presidente.

5.d) Retarda o momento em que se deve estabelecer novo sistema de quesitação aos jurados, após o encerramento dos debates, devendo se indagar aos mesmos sobre a *inocência* (em primeiro lugar) ou a *culpabilidade* do acusado. A adoção do sistema norte-americano do *guilty or not guilty* (culpado ou inocente) concorrerá para melhor compreensão do questionário votado pelo corpo de jurados.

BIBLIOGRAFIA

- (1) MAGARINOS TORRES, in “Instrução aos Jurados”, Rio, 1934.
- (2) VILLENEUVE, in “Direito Público Brasileiro”, 1857, apud ROBERTO LYRA, in “A Obra de Ruy Barbosa em Criminologia e Direito Criminal”, Editora Nacional de Direito, Rio, 1952, pág. 161.
- (3) RUY BARBOSA, apud ROBERTO LYRA, *idem*, pág. 163.
- (4) ROBERTO LYRA, in “Direito Penal Normativo”, José Konfino Editor, Rio, 1977, pág. 150.
- (5) AFRANIO PEIXOTO, in “Criminologia”, Saraiva, São Paulo, 1953, *passim*.
- (6) NELSON HUNGRIA, in “Comentários ao Código Penal”, vol. I, tomo I, 5ª edição, Forense, Rio, 1976, págs. 55 e 86.

(7) JOSÉ FREDERICO MARQUES, in “O Júri no Direito Brasileiro”, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1966, *passim*.

(8) HELENO FRAGOSO, in “O Júri no Banco dos Réus”, Jornal do Brasil, Rio, edição de 28.10.1979.

(9) CARLOS ARAÚJO LIMA, in “Os Grandes Processos do Júri”, Livraria Freitas Bastos, 2 volumes, Rio, 1955.

(10) HELENO FRAGOSO, in “O Tribunal do Júri”, O Globo, Rio, edição de 13.06.1978.

(11) ADESG — Associação dos Ex-alunos da Escola Superior de Guerra, in “ADESG faz ciclo sobre violência”, Jornal do Brasil, Rio, edição de 24.07.1980.

(12) AMILTON BUENO DE CARVALHO, in “Magistratura e Direito Alternativo”, Editora Acadêmico, São Paulo, 1992.

(12a) LEDIO ROSA DE ANDRADE, in “Juiz Alternativo e Poder Judiciário”, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.

(12b) EDMUNDO L. ARRUDA JR. (org.), in “Razão e Racionalidade” — “Magistratura: Ideologia e Condição Social”, de RONALDO BUSNELLO, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994, págs. 73/84.

(12c) ARAMIS NASSIF, in “Júri: a omissão sociológica” — Revista de Direito Alternativo, São Paulo, Editora Acadêmica, nº 1, 1992, págs. 152/156.

(13) ROBERTO LYRA, in “Direito Penal Normativo”, José Konfino Editor, Rio, 1975, págs. 134/154.

(14) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in “A Reforma Processual Penal”, Seleções Jurídicas, COAD, Rio, abril de 1994, págs. 5/18.

A JUSTIÇA DESPORTIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO*

A Constituição Federal de 1988 brindou o desporto nacional com uma seção, a de número III, art. 217 e §§, inserida no Capítulo III, “Da educação, da cultura e do desporto”, do Título VIII, “Da ordem social”.

É a primeira vez em que, na história das Cartas Magnas nacionais, considera-se o desporto em nível constitucional, ressaltando-se, ainda, a relevância de questão de Ordem Social que lhe for atribuída e mais importante ainda, no mesmo capítulo em que a Constituição cuidou da educação e da cultura.

Para se ter uma idéia da intensidade da relevância, basta observar as Constituições anteriores, onde, juntamente com a educação e a cultura, elencou-se a família em capítulo próprio: assim ocorreu, para citar apenas as Constituições democráticas, com a de 1934 (art. 144), com a de 1946 (art. 163) e com a de 1967 (art. 167).

Dentre os referidos dispositivos constitucionais, destacam-se os §§ 1º e 2º, que tratam da justiça desportiva, estabelecendo, inusitadamente, sem similar no Direito Constitucional comparado, uma condição específica ao legítimo exercício do direito de ação, qual seja, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva como condição ao acesso ao Poder Judiciário Constitucional, e que merecem transcrição:

“§ 1º — O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei;

§ 2º — A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.”

Ao lado das condições genéricas ao legítimo exercício do direito de ação — legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido (art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil) —, algumas leis especiais exigem,

* Professor Adjunto da UERJ.

para o exercício de determinadas ações, o preenchimento de condições específicas, como são os casos, por exemplo, a) da Lei nº 1.533/51 (Lei do mandado de segurança), que impõe a comprovação de plano com a petição inicial de toda a matéria de fato alegada, situação que corresponde à liquidez e certeza de direito ao mandato de segurança; b) do Decreto-lei nº 745/69, que condiciona o exercício da ação para a rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóveis à prévia interpelação, com prazo de 15 (quinze) dias para a constituição em mora do promitente comprador; c) da Lei nº 9.245/91 (Lei do inquilinato), que exige a notificação prévia como condição específica ao legítimo exercício do direito à ação de despejo imotivada (denúncia vazia) etc.

No caso de que aqui se cuida, a condição para o legítimo exercício da ação foi erigida por dispositivo constitucional, tamanha a relevância que os constituintes atribuíram ao desporto e, especialmente, à justiça desportiva. Dessa forma, qualquer interessado que ajuizar ação na justiça desportiva comum (perante o Poder Judiciário Constitucional), postulando questão relativa à disciplina e às competições desportivas, sem ter previamente esgotado as instâncias da justiça desportiva, terá a decepção de ver o processo extinto, sem julgamento de mérito (art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 217, § da Constituição Federal), justamente por ausência da condição específica ao legítimo exercício da aludida ação.

As ações judiciais relativas às competições desportivas são de fácil identificação: se o Fluminense F.C. venceu a partida do campeonato disputada contra o C.R. Flamengo, e o perdedor, por exemplo, pretende discutir a validade do jogo, deve dirigir-se às instâncias da justiça desportiva, antes de ingressar na justiça comum, por se tratar de ação relativa às competições desportivas. No que tange, entretanto, às ações relativas à disciplina desportiva, não são apenas aquelas questões referentes aos incidentes que acontecem nas competições, como, por exemplo, para falar apenas no âmbito, do futebol, as faltas disciplinares cometidas pelos atletas em campo, passíveis de repressão pelos famosos cartões amarelo e vermelho.

Por haver militado, como advogado, durante muitos anos na justiça desportiva, considero-me com alguma experiência, embora modesta, para tecer considerações sobre o tema, procurando indicar, à luz do nosso direito positivo, quais são os conflitos de interesses que se enquadram nas expressões “ações relativas à disciplina desportiva”, mas pertinentes exclusivamente ao nosso mais popular esporte, que é o futebol.

O Conselho Nacional de Desportos — CND, órgão extinto pelo art. 65 da Lei nº 8.672/93 (Lei Zico), e o Ministro da Educação tinham, anteriormente à Constituição Federal de 1988, delegada legislativa para legislar sobre o desporto, “delegação que ensejava a prática de ato normativo primário, de ato com força da lei”, consoante lição do Professor de Direito Constitucional da UERJ, Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, em resposta a uma consulta for-

mulada pelo Dr. Carlos Eugênio Lopes, ilustre vice-presidente jurídico da Confederação Brasileira de Futebol — CBF.

No exercício da delegação legislativa, o CND e o ministro da Educação editaram, respectivamente, diversas Deliberações e Portarias com força da lei, com relação, por exemplo, sobre a composição dos tribunais desportivos, das Ligas, das Federações estaduais e da CBF, bem como os códigos disciplinares e nas normas regulamentadoras de competições desportivas, ressaltando-se o Código Brasileiro Disciplinar de Futebol — CBDF. Toda essa legislação continua em vigor, pois suas normas foram recebidas pela Constituição Federal, por não serem incompatíveis com ela, sem que isto represente violação à autonomia das entidades dirigentes (art. 217, inciso I, da C.F.).

Ao contrário, essas normas ficaram ressalvadas por imposição do § 2º do art. 217 da C.F., porque subsistiriam, necessariamente, para garantir o funcionamento da justiça desportiva. Nem se alegue, sob pena de grave erro, que a Constituição tenha revogado toda a legislação desportiva anterior à sua promulgação, pois tal entendimento tornaria sem eficácia prática o princípio constitucional do exaurimento das instâncias da justiça desportiva. A não ser que se admita, o que seria erro mais grave ainda, que as próprias entidades dirigentes é que teriam competência para editar as leis reguladoras mencionadas expressamente no § 1º do art. 217 da C.F.

A propósito, vale transcrever um trecho do parecer de Luís Roberto Barroso, em resposta à referida consulta:

“B — Em face do estatuído no art. 25 do ADCT, ficaram revogados os atos normativos até então baixados pelo CND? Não. O fato de a Constituição preservar um novo procedimento ou uma nova forma para a edição de atos normativos sobre determinada matéria não invalida aqueles que, anteriormente praticados, reverenciaram a forma até então prescrita. A regra do Direito Inter-temporal aqui é a do *tempus regit actum*: os atos são válidos se praticados na conformidade da lei vigente à época de sua consumação.

A compatibilidade entre o ato normativo anterior e a Constituição nova é aferida por um critério material, e não formal. É a substância, o conteúdo do ato que tem de harmonizar-se com a nova ordem constitucional para que possa ser por ela recebido. A forma é irrelevante”.

É curial a conclusão, dessa forma, que os aludidos atos estão em vigor, devendo ressaltar-se que, em abono da tese do constitucionalista citado, o legislador, posteriormente ao mencionado parecer, editou a Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993 (Lei Zico), cujo art. 66 diz:

“Até a aprovação dos Códigos de Justiça dos Desportos Profissional e não-profissional continuam em vigor os atuais Códigos.”

Uma vez demonstrado que o CBDF está em vigor, resta demonstrar que matéria, nele contida, se enquadra como relativa à disciplina desportiva. É o que se fará em seguida.

Certos comportamentos dos atletas nas partidas de futebol geram punições pelos árbitros, seja com a aplicação do cartão amarelo, seja com o cartão vermelho, que redundam na expulsão do atleta, ou seja, na sua exclusão da partida. Além desses fatos, tipificados pelo CBDF como atos violadores da disciplina desportiva e para os quais o Código estabelece a pena a ser aplicada, existem obrigações jurídicas civis e trabalhistas, entre os atletas e as associações e/ou entidades, e também entre estas, que são consideradas pelo referido diploma legal como relativas à disciplina desportiva e nele regulamentadas, e, acaso descumpridas, também geram a aplicação de penas.

Se uma associação deixa de cumprir cláusula de um contrato com seu atleta, v.g., está violando a disciplina desportiva; se o C.R. Flamengo, por exemplo, deixa de pagar ao Fluminense F.C. o valor do “passe” de um atleta profissional àquele cedido; se o Botafogo F.R. não paga a um jogador cedido a outra associação os 15% sobre o valor da cessão a que tem direito, estão, nessas hipóteses, infringindo as normas da disciplina desportiva.

E essas infrações de disciplina desportiva estão sujeitas ao processo e julgamento dos órgãos da justiça desportiva, conforme o disposto no art. 28 da CBDF, que diz:

“Os órgãos da Justiça Desportiva, nos limites da jurisdição territorial de cada entidade, têm competência, observadas as disposições especiais deste Código, para processar e julgar as infrações disciplinares praticadas por pessoas físicas ou jurídicas direta ou indireta diretamente subordinadas à Confederação ou a serviço de qualquer entidade e para processar e julgar os litígios entre associações e seus atletas, entre entidades dirigentes e atleta, entre associações, entre entidades dirigentes e entre estas e associações.”

No capítulo das infrações disciplinares e das penas, o CBDF descreve diversos fatos típicos decorrentes do inadimplemento de obrigações civis e trabalhistas, merecendo transcrição algumas elencadas sob rubrica:

“Das infrações Pelo Descumprimento de Obrigação”:

“Art. 277 — Deixar de cumprir obrigação assumida em qualquer documento relativo à atividade de futebol;

Pena — Multa de ..., sem prejuízo do cumprimento da obrigação no prazo que for determinado;

§ 1º — Se a obrigação descumprida consistir em falta de pagamento da remuneração contratual, o contrato será rescindido, com a desvinculação do atleta, quando por ele requerida a rescisão, se o pagamento não for efetuado no prazo da contestação da reclamação, sem prejuízo das demais cominações previstas neste artigo;

§ 2º — No caso de cessão por empréstimo, rescindido o contrato com a associação cessionária, o Tribunal determinará a volta imediata do atleta à associação cedente.”

E os tribunais desportivos, cumprindo as normas contidas no CBDF, têm processado e julgado questões civis e trabalhistas, consideradas desportivas e disciplinares, como, v.g., inadimplemento de contratos entre associações versando sobre cessão do “passe” de atletas; cobrança de cambiais vinculadas a obrigações desportivas, reclamações de atletas por infração contratual ou legal etc.

Com relação às reclamações trabalhistas, além do disposto no já transcrito art. 28 do CBDF, a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976, que regulamenta a profissão do atleta de futebol, manda aplicar ao mesmo as normas gerais da legislação do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as disposições dela (art. 28), e dispõe no artigo 29 que:

“Somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, a que se refere o item III do art. 42, da Lei nº 6.251, de 8 de outubro de 1975, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da instauração do processo.”

O referido artigo foi recebido pela C.F. de 1988, justamente para viabilizar a eficácia do comando constitucional que determina o exaurimento das instâncias da justiça desportiva, antes do acesso à justiça comum, ressaltando-se que a Lei nº 6.354/76 não foi revogada pela Lei Zico, como tantas outras o foram.

Dispõe, ainda, a Lei 6.354/76, em prol da tese aqui esposada, que o descumprimento de contratos civis e trabalhistas desportivos consubstancia, também, infrações disciplinares de que cuida o § 1º do art. 217 da Constituição Federal, que:

“Art. 31 — O processo e o julgamento dos litígios trabalhistas entre empregadores e os atletas profissionais de futebol, no âmbito da Justiça Desportiva, serão objeto de regulação especial na codificação disciplinar desportiva.”

E a regulação especial veio justamente com o Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, como já se demonstrou, dessumindo-se de todo o exposto que todas as ações entre atletas, associações e entidades dirigentes, sejam elas civis ou trabalhistas, mas desde que decorrentes de obrigações relativas à atividade de futebol, devem ser discutidas, primeiramente, nas instâncias da justiça desportiva, em obediência ao comando do que dispõe o art. 217, § 1º, da Constituição Federal, tendo em vista serem relativas à disciplina desportiva.

A tese é consagrada pelos tribunais desportivos, que, desde 1976, processam e julgam constantemente os litígios civis e trabalhistas desportivos, e pela doutrina, valendo citar, por todos, um dos maiores especialistas da matéria, o ilustre Dr. Valed Perry:

“A Justiça Desportiva exercerá, segundo a Lei, poder disciplinar no que se refere à prática dos desportos e às relações dela decorrentes...” (p. 22)

Nem poderia ser outra a opinião do decano dos advogados que atuam na Justiça Desportiva, pois ele próprio afirma que participou da elaboração do

anteprojeto do CBDF: “Em 1974, fomos encarregados pelo CND, juntamente com Horácio da Silva Pinto, então Auditor do STJD da CBD e Membro de outros Tribunais Desportivos, um técnico, portanto, no assunto, de elaborar o anteprojeto do novo Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, abrangendo a parte de organização, processo e matéria substantiva.” (op. cit., p. 23).

Qual a razão, ou seja, qual o porquê de o legislador desportivo considerar obrigações civis e trabalhistas, desde que relativas à atividade do futebol, como relativas à disciplina desportiva também? A explicação virá em seguida.

As razões da adoção de uma determinada tese pela lei são, como se sabe, razões de filosofia política do legislador, influenciadas, naturalmente, pelos fatos da vida em sociedade, por razões sociológicas. No caso da tese aqui esposada, entendo que o legislador desportivo pretendeu, tanto quanto possível, evitar o recurso à justiça comum, de forma que os conflitos de interesses entre os desportistas fossem solucionados no âmbito da justiça desportiva. Isto a fim de evitar-se a imposição pela *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) das severas penas elencadas no art. 48 dos seus Estatutos, cujo item nº 1 veda o acesso ao Poder Judiciário comum a todos os seus filiados e subordinados (Entidades, Associações, atletas, árbitros etc.), cujo item nº 5 dispõe:

“*Les Associations transgressant l'une des clauses de présent article sont exclues de la Fédération, conformément aux dispositions de l'art. 50, al. 1, lit. b etc.*”

Valed Perry, na op. cit., p. 72, assim também entende:

“Verifica-se, assim, que a FIFA proíbe as Associações Nacionais suas filiadas, os clubes a ela filiados, e os membros dos clubes, isto é, todos os que são, de qualquer forma, vinculados aos clubes (associados, dirigentes, jogadores, técnicos etc.), de recorrer à justiça comum, para solucionar litígios contra ela, FIFA, contra outras Associações Nacionais, clubes ou membros de clubes, devendo submeter à decisão de um tribunal arbitral escolhido de comum acordo.

Importante salientar que o estatuto não se refere somente aos litígios contra a FIFA, mas a todos os litígios que ocorrerem tendo como partes pessoas físicas ou jurídicas que lhe sejam direta ou indiretamente vinculadas. Está explicado que um clube não pode litigar contra a Associação Nacional, nem um jogador contra um clube, nem um clube contra outro, na esfera da justiça comum.”

Em artigo publicado no jornal O Globo do dia 31.07.87, p. 3, versando sobre o tema, o mesmo Valed Perry, embora reconhecendo que não há como contestar o direito de acesso ao Poder Judiciário, em face de princípio constitucional, aconselhava, antes da Constituição Federal de 1988, que se devesse evitar o recurso à justiça comum, pois o desportista que assim o fizer demonstra que se dissocia dos fins e das atividades desportivas, desvinculando-se das regras e normas dessas atividades às quais se vinculara e, por adesão, sujeitara-se a elas, à sua disciplina e à suas sanções.

No Mesmo artigo, para justificar as razões do seu posicionamento, cita Zuali, em trecho que merece aqui ser repetido:

“O recinto desportivo é um cercado mágico no qual adversários livremente se impõem certas regras, em que a lealdade é soberana. Neste recinto mágico, a lei comum não pode, não quer, nem deve entrar. Fica fora dele, enquanto o desporto se cumprir de acordo com as suas próprias regras, e apenas tem obrigação de intervir se o desporto degenera em atos prejudiciais ao bem-estar moral e material dos cidadãos, isto é, quando o desporto deixar de existir como tal. Mas, até nesse caso, a ação das autoridades não é de interferência, mas de simples defesa e proteção do livre exercício desportivo.”

E para impor coercitivamente as suas regras, na hipótese de desobediência às suas decisões, a FIFA suspende as atividades das entidades dirigentes, das associações, dos árbitros e dos atletas de futebol, ou até os excluem definitivamente, se for o caso, tanto que, recentemente, o C.R. Flamengo, por decisão da FIFA, teve que desistir de ação na justiça comum em face da CBF, sob pena de eliminação, caso não desistisse.

A legislação desportiva brasileira confere instrumentos assemelhados para tornar efetivo o cumprimento das decisões da justiça desportiva — o legislador ainda não conferiu aos tribunais esportivos o poder de execução das sentenças semelhante aos existentes no ordenamento processual pátrio —, e o faz através da espada de Dâmocles representada pelo art. 270 do CBDF, no capítulo “Das infrações contra a Justiça Desportiva”, que diz:

“Deixar de cumprir ou retardar o cumprimento de decisão da Justiça Desportiva.

Pena: multa de ... e suspensão até o cumprimento da decisão, quando for o caso.

Parágrafo único — Quando o infrator for pessoa física, a pena será de suspensão de noventa (90) e trezentos e sessenta (360) dias.

O resultado prático da suspensão está no art. 207:

“A suspensão por prazo, imposta à associação, inabilita sua praça de desportos, salvo em caso de requisição; importa perda de mando de campo, impedindo-a, além disso, de participar de partidas amistosas, no País ou no exterior, e de exercer qualquer direito previsto em lei, estatuto ou regulamento.

E o fio da espada se rompe definitivamente, se ocorrer a hipótese descrita no art. 212 do mesmo CBDF:

“A pena acessória de suspensão automática até o cumprimento de decisão, que produzirá os efeitos do art. 207, terá o limite máximo de trezentos e sessenta (360) dias, findos os quais a associação será desfiliada.”

De tudo que foi exposto, uma única conclusão se impõe; se as obrigações civis e trabalhistas desportivas forem violadas, os interessados devem deduzir suas pretensões perante a justiça desportiva, conforme art. 217, § 1º, da Cons-

tituição Federal, tendo em vista que são, também, questões relativas à disciplina desportiva. Se a justiça desportiva decidir, por exemplo, pela condenação de uma associação, decidido está, e somente após o exaurimento de suas instâncias, é que a mesma poderá, validamente, ter acesso ao Poder Judiciário Constitucional, obviamente para exame de eventual violação da legalidade por parte da justiça desportiva.

MIRADAS SOBRE O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

1. Toda mirada traz à mente de quem mira a imagem do objeto banhada na subjetividade do observador. Não constituem exceção os fenômenos jurídicos, nem, dentre eles, os que se passam no mundo do processo. Intuitivamente se compreende, assim, que não coincidam de todo as imagens recolhidas por observadores distintos. Nenhum descreverá a paisagem contemplada em termos idênticos aos que outro usaria para descrever a mesma paisagem. Se lhes pedirmos que dela indiquem os traços essenciais, as notas dominantes, não será pequena a probabilidade de que, ao menos em certa medida, varie a escolha.

Uma característica, porém, dificilmente deixará de ser apontada em qualquer descrição do panorama processual de nosso tempo: a emergência generalizada de movimentos de reforma. Pode-se dizer sem exagero que ganham vida em toda parte trabalhos de revisão das leis que regem o processo. A história dos últimos quinze ou vinte anos, neste campo como em tantos outros, é a história de contínuas mutações.

Pululam, na Europa, os exemplos. As legislações ibéricas experimentam modificações relevantes a partir dos anos 80.¹ Na França, que adotara novo código em 1975, um diploma de 1991² dá feição também nova à execução,

1 Na Espanha, a Lei nº 34, de 6.8.1984, modificou em vários pontos a *Ley de Enjuiciamiento Civil* — e, notadamente, reformulando o “juicio de menor cuantia” (convertido em procedimento padrão, graças à elevação dos limites de valor entre os quais é cabível o respectivo emprego), instituiu autêntica “audiência preliminar”, embora sem denominação específica. Em Portugal, à margem de projetos de reforma geral do processo civil — os quais têm passado por marchas e contramarchas —, a Lei nº 31, de 29.8.1986, deu nova disciplina ao júízo arbitral, e o Dec.-lei nº 211, de 14.6.1991, criou um procedimento simplificado para causas que as partes ajuízem mediante petição conjunta.

2 Lei nº 91-650, de 9.7.1991, complementada por um decreto de 31.7.1992.

* Texto de conferência pronunciada em 20.6.1995, no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado em Brasília.

** Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

matéria de que aquele não cuidará. Acolhe o processo civil inglês inovações que o distanciam, de certo ponto de vista, do modelo clássico do *Adversary system*.³ O *codice di procedura civile* italiano passa por alterações de monta, em obra que, por sinal, demorou bastante a concretizar-se por inteiro.⁴ A própria Áustria, que muitos suporiam, com boas razões, satisfeita de possuir, desde 1895, ordenamento processual tão apurado ao ângulo técnico quanto socialmente avançado, modifica-o em ponto central, a disciplina da audiência preliminar.⁵ E bem se pode imaginar, na falta de dados precisos, o vulto das mudanças que se vêm operando no leste, após o vendaval que ali revirou as instituições e redesenhou tantas fronteiras nacionais.

Não é mais estável o clima no continente americano. Impressiona a lista dos códigos recentes: Panamá, 1984; Venezuela, 1985; Uruguai e Paraguai, 1988; Costa Rica, 1989; Peru, 1992. No Brasil, se não se substitui o estatuto de 1973, procede-se, em todo caso, a ampla revisão de seu texto,⁶ enquanto outros diplomas — com realce para a própria Constituição da República de 1988 — revolvem o solo do processo civil e o recobrem de plantas novas.⁷

Tão intenso movimento legislativo reflete obviamente a pressão de transformações políticas, sociais, econômicas, que buscam exprimir-se nos vários setores do ordenamento jurídico. Nem sempre é secundário, na dinâmica desse processo, o papel mediador da doutrina mais sensível às renovadas necessidades

3 Vide a respeito JOLOWICZ, *L'amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles*, no vol. coletivo *La giustizia civile nei paesi comunitari* (ed. por Fazzalari), Pádua, 1994, págs. 112/4; mais extensamente, do mesmo autor, *A reforma do processo civil inglês: Uma derrogação ao adversary system?*, trad. de Barbosa Moreira, in *Revista Forense*, vol. 328, págs. 61 e segs.

4 A Lei nº 353, de 26.11.1990, consagrou "provvedimenti urgenti per il processo civile", e a Lei nº 374, de 21.11.1991, instituiu o "giudice di pace". Sucessivos diplomas adiaram a entrada em vigor de certo número de disposições de ambas essas leis; só em data recentíssima se completou o ciclo.

5 *Zivilverfahrens-Novelle* de 1983, especialmente a 4ª alínea acrescentada ao § 243, a qual tornou facultativa, ante determinados pressupostos, a realização da audiência.

6 Merecem realce nos últimos anos: a Lei nº 8.455, de 24.2.1992, que alterou o regime da prova pericial; a Lei nº 8.710, de 24.9.1993, referente à forma da citação; a Lei nº 8.718, de 14.10.1993, que permitiu o aditamento do pedido antes da citação; a Lei nº 8.898, de 29.6.1994, que simplificou a liquidação da sentença; as Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13.12.1994, que introduziram modificações, respectivamente, no sistema de recursos, em duas ações de procedimento especial (consignação em pagamento e usucapião), nos processos de conhecimento e cautelar, e no processo de execução.

7 Não se podem deixar de mencionar, ao propósito: a Lei nº 7.347, de 24.7.1985, que disciplinou a ação civil pública; a Lei nº 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); a Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor); a Lei nº 8.397, de 6.1.1992, que instituiu medida cautelar fiscal; a Lei nº 8.437, de 30.6.1992, que restringiu o cabimento de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

e aspirações, das quais ela se faz intérprete junto às instâncias políticas: ninguém desconhecerá a relevância que vem assumindo, entre nós, a ação de juristas empenhados em sugerir ao legislador iniciativas reformistas e em oferecer-lhe subsídios concretos para a realização da tarefa. A ciência jurídica decerto não é o motor da história, nem poderia arrogar-se tal condição sem justificar pronta suspeita de paranóia; mas pode colaborar, e tem colaborado, para dar régua e compasso a mais de um movimento de repercussão profunda nos destinos da humanidade. Seria de estranhar que não tivesse aqui uma palavra importante a dizer.

2. Compreensivelmente grande é a variedade de formas e cores de que se reveste o espetáculo das mudanças — diferentes que são, de um para outro caso, as circunstâncias, e cambiante a direção em que sopram os ventos ideológicos, conforme sói ocorrer em sociedades pluralísticas. Não se mostra difícil, todavia, descobrir uma constante: o propósito de elevar o nível do serviço judiciário. Generalizou-se a convicção de que o desempenho dos órgãos da Justiça não vem correspondendo às demandas e expectativas, ampliadas a cada instante, das populações de hoje. Terão, pois, as reformas processuais, onde quer e como quer que se empreendam, uma fonte comum de inspiração no desígnio de pôr o funcionamento do mecanismo jurisdicional em plano mais compatível com aquelas expectativas e demandas.

É natural que nos sintamos impelidos a tentar identificar nos movimentos reformadores as linhas mestras que lhes dêem coerência interna: e, se estamos interessados em comparações mais abrangentes, os pontos de convergência das várias trajetórias. Tal esforço dificilmente ficará sem recompensa: harmonias e paralelismos não raro saltarão, por assim dizer, aos olhos do observador. Maior curiosidade lhe despertarão, no entanto, descobertas de outro tipo. Ele talvez capte, aqui e ali, a impressão de serem não apenas distintos, mas ao menos aparentemente contrários, os rumos em que se movem, na sua contemporânea evolução, os ordenamentos processuais. Verificará, por exemplo, que o mesmo desejo de maior eficiência conduz, num lugar, ao reforço da oralidade, e noutro à respectiva atenuação. Assim é que o Uruguai, na esteira do Código-tipo ibero-americano, opta por um modelo de procedimento marcadamente oral, em que ocupa lugar de relevo a audiência preliminar, poucos anos depois que a Áustria renunciava à obrigatoriedade da sua *erste Tagsatzung*, decantada em prosa e verso, por quase um século, como sinal emblemático da excelência do sistema concebido pelo gênio de Franz Klein. Impossível deixar de ver um desafio à reflexão comparatista no fato de que os dois países hajam escolhido caminhos contrastantes para perseguir fins análogos.

E não é só o confronto entre ordenamentos diversos que oferece ao observador matéria para cogitações desse gênero. Ela se depara, com certa freqüência, no interior de um mesmo e único sistema jurídico. A disposição para aperfeiçoar

a máquina da Justiça estimula o legislador processual a pôr mãos à obra da reforma; e eis que, no bojo desta, aparece uma intrigante mistura de coisas — quando nada à primeira vista — não só heterogêneas, senão francamente dispartadas. Bem se entende que, diante de fenômenos assim, a curiosidade do observador suba de ponto e ameace converter-se em autêntica estranheza.

3. Para ilustrar aqui a exposição, lancemos os olhos à paisagem do moderno direito processual civil brasileiro. A Constituição de 1988, a que já se aludiu, marcou nesse campo inflexão relevante. Com efeito, nenhuma das nossas anteriores cartas políticas havia mostrado igual preocupação com as garantias das partes: se a elas se referiam, era em regra com alcance restrito ao território do processo penal. Nesses diplomas, nada se encontrava de comparável ao elenco ora disperso, às vezes até com alguma redundância, por tantos incisos do art. 5º. Aí se consagram em termos expressos, além da inafastabilidade do controle judicial — estendida, aliás, à simples “ameaça a direito”, individual ou coletivo (inciso XXXV; confira-se a rubrica do capítulo) —, o princípio do juiz natural (incisos XXXVII e LIII), o do “devido processo legal” (inciso LIV), o do “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV), o da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas (inciso LX), o da assistência aos necessitados (inciso LXXIV). Relação imponente, à qual é oportuno acrescentar a obrigatoriedade, sancionada no art. 93, inciso IX, da motivação de todas as decisões do Poder Judiciário.⁸ Desse conjunto de disposições emerge o “garantismo” como um dogma fundamental do direito pátrio, solenemente proclamado no mais alto nível normativo.

Ao mesmo tempo, contudo, faz-se notar grande empenho de simplificação processual. Ele cintila na Constituição mesma, que determinou à União e aos Estados — exemplo sugestivo — criar juizados especiais para o julgamento e a execução de determinado tipo de causas, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitido até, em hipóteses legalmente previstas, o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, nº I). No plano infraconstitucional, não soará exagerada a afirmação de que a maior parte das alterações da legislação processual no curso dos últimos anos se inspirou sobretudo na vontade de simplificar, ou — para usarmos palavra mais moderna — desburocratizar o processo. Na sucessão de leis que modificaram, de 1992 para cá, o Código de Processo Civil, é traço constante a supressão ou redução de formalidades, a adoção de procedimentos mais singelos e expeditos. Basta

⁸ Sobre toda essa matéria, vide, entre outros: ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, S. Paulo, 1989; NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, S. Paulo, 1992; BARBOSA MOREIRA, *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne*, in *Festschrift für Karl Heinz Schwab*, Munique, 1990, ou in *Temas de Direito Processual* (5ª série), S. Paulo, 1994.

recordar a reforma da disciplina da perícia, da citação, da liquidação de sentença, da ação de usucapião...

Pois bem: foi sempre clara, ao longo dos séculos, a noção de que a simplicidade do procedimento, em linha de princípio, varia na razão inversa da extensão das garantias. Quanto mais forte o intuito de assegurar aos litigantes o gozo de certos direitos, tanto mais premente a necessidade de abrir-lhes o ensejo de manifestar-se, de participar da atividade processual, de fiscalizar-lhe a regularidade; e correlatamente a de fazer respeitar, no itinerário do feito, linhas rigorosas e solenes. A diminuição da complexidade muita vez impõe que se tratem determinados problemas com menor delicadeza, que se despreze tal ou qual exigência da etiqueta. Para ficarmos num exemplo importante, a compressão do contraditório é freqüentemente condição *sine qua non* da viabilidade de projetos simplificadores. Ora, quando, num mesmo momento histórico, o legislador se empenha em dar igual ênfase à preservação das garantias e à simplificação do procedimento, assume o risco de fazer brotar, no espírito de algum observador desprevenido, a suspeita de estar querendo acender simultaneamente uma vela a Deus e outra a Satanás...

Dado também capaz de alimentar a perplexidade desse hipotético observador é a insistência com que se vem preconizando a utilização dos chamados meios alternativos de resolução de litígios — ADR, na abreviada e bastante difundida denominação inglesa. O fenômeno está longe de restringir-se ao Brasil; até se pode dizer, ao contrário, que o nosso país parece um tanto atrasado no acolhimento da proposta, em comparação com outros onde ela tem obtido recepção calorosa.⁹ Aos titulares de interesses conflitantes apontam-se caminhos distintos, de preferência extrajudiciais, dotados, consoante se afirma, de vantagens nada desprezíveis sobre a utilização, nos moldes habituais, dos serviços da Justiça estatal — que assim se aliviaria, por sinal, de parte de sua carga de trabalho. Por tais caminhos poderia chegar-se mais depressa e com

⁹ A começar, aliás, pela própria conciliação *judicial*, matéria em que (ao menos antes da introdução da audiência de conciliação por força da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, acerca de cuja aplicação não se dispõe ainda de dados significativos) as estimativas mais otimísticas empalidecem decerto em confronto com o panorama norte-americano: efetivamente, nos Estados Unidos, segundo fonte fidedigna, mais de 90% das causas civis não chegam ao *trial*, em razão de acordo entre as partes (HAZARD — TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonha, 1993, pág. 122). Para uma visão abrangente do fenômeno das ADR naquele país, vide, por exemplo, GOLDBERG — SANDER — ROGERS, *Dispute Resolution — Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2ª ed., Boston — Toronto — Londres, 1992, com abundantes indicações bibliográficas. Rica informação de direito comparado em CAPPELLETTI, *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça* (relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, em 1992), trad. de Barbosa Moreira, in *Revista Forense*, vol. 326, págs. 121 e segs.

menores gastos à composição do conflito, em termos — acrescenta-se — de melhor adequação que a sentença do juiz a não poucas hipóteses, notadamente àquelas em que se defrontam pessoas compelidas pelas circunstâncias a continuar, não obstante o litígio e mesmo depois dele, convivendo em família, no local de residência ou no ambiente profissional. Fala-se, ao propósito, de “Justiça coexistencial”¹⁰, e gaba-se a excelência dos procedimentos a ela peculiares: mediação, conciliação, arbitragem.

O paralelo entre os méritos e deméritos do processo judicial dominante em nossa tradição e das diferentes modalidades de ADR já tem suscitado, e provavelmente não deixará tão cedo de suscitar, opiniões ao menos parcialmente discordantes. De alguns dos argumentos com que se apregoa a superioridade das ADR não se afigura descabido questionar a objetividade: ninguém ignora, por exemplo, que o juízo arbitral, em muitos casos, acaba por ser tão caro e demorado quanto o exercício da ação perante os órgãos estatais.¹¹ Isso de modo nenhum desaconselha, por si só, tentativas de estimular o uso dos meios alternativos, cujas vantagens muitas vezes serão com certeza reais. É mister, simplesmente, que encaremos o problema com dose salutar de relativismo e não nos deixemos empolgar por entusiasmos desmedidos, que, aqui como alhures, ameaçam dissolver-se em amargas frustrações.

Seja como for, o que agora nos interessa não é proceder a um confronto nessa perspectiva, e menos ainda pronunciar um veredicto — que no Brasil, além de tudo, seria flagrantemente prematuro, à vista da relativa escassez de dados concretos, sabido como é que a arbitragem, com eventual ressalva para litígios atinentes ao comércio internacional, constitui entre nós fenômeno de ocorrência bastante rara. Preocupa-nos apenas, neste momento, uma conjectura sobre a possível reação daquele mesmo desprevenido observador, quando percebesse o afã com que se sugere a adoção de meios alternativos de solução de litígios e recordasse, do mesmo passo, a posição do “garantismo” como artigo básico do vigente credo processual. Ao observador não deixará de acudir, com efeito, que é difícil, quiçá impossível, optar por certo gênero de ADR sem renunciar, em medida maior ou menor, quando nada a algumas das garantias cuja preservação se reputa indispensável na esfera judicial.¹² De outra sorte,

raciocinará ele, não se torna fácil saber a que ficariam reduzidas as decantadas vantagens da rapidez e da informalidade. Uma de duas, pensará com seus botões: ou se abandonam determinados escrúpulos “garantísticos” na regulamentação dos meios alternativos, ou talvez não sobrem muitas razões de ordem prática para preferi-los ao processo tradicional. E concluirá que pretender assegurar naqueles o que neste se vê de mais precioso é algo assim como querer comer o bolo e, ao mesmo tempo, guardá-lo...

Mas não terminam aí os motivos que poderiam contribuir para inquietar o nosso hipotético observador. De um lado, ele verifica que as reformas legislativas dos últimos anos propendem, de modo geral, a dar maior relevo à participação dos órgãos públicos no processo civil. No direito pátrio, o fenômeno é gritante, e por mais de um aspecto, vêem-se consideravelmente reforçados e ampliados os poderes do juiz na direção, não apenas formal, mas também material, do pleito¹³; sobretudo depois das reformas levadas a cabo em 1994, cresce para o órgão judicial, em variados tópicos, a margem de discricão, enquanto aumenta o número de hipóteses em que se lhe abre a possibilidade de atuar de ofício, e até de decidir fora dos limites dos *petita partium*.¹⁴ Além disso, alarga-se em medida notável o âmbito de atividade do Ministério Público, investido por sucessivos diplomas legais de legitimação para agir em juízo na defesa de direitos e interesses que nem sempre ultrapassam as divisas do terreno privado.¹⁵ Se o observador quisesse valer-se de nomenclatura clássica, embora

poderiam faltar, pelo menos em parte, as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário”.

13 Empregam-se na doutrina de língua alemã as expressões “formelle Prozessleitung” (direção formal) e “materielle Prozessleitung” (direção material) para designar, respectivamente, a atividade do juiz na condução do feito em seu curso exterior e no tratamento da matéria em que se baseará o julgamento: assim, v.g., FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Viena, 1990, págs. 412/3, onde não se deixa de assinalar a relatividade da distinção.

14 Vejam-se, por exemplo, os arts. 461, §§ 4º e 5º (na redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994; cf., já anteriormente, o art. 84, §§ 4º e 5º, do Código de Defesa do Consumidor, do qual se mutuaram ambos os dispositivos), 601, *caput*, 644 e 645 (na redação da Lei nº 8.953, também de 13.12.1994). O poder de impor multas *ex officio* é outorgado ao juiz em mais de um diploma recente, v.g.: Lei nº 7.347, cit., art. 11; Lei nº 8.069, cit., art. 213, § 2º; Lei nº 8.078, cit., art. 84, § 1º.

15 V.g.: Constituição da República de 5.10.1988, art. 129, nº III; Lei nº 7.347, cit., art. 5º, *caput*; Lei nº 7.853, de 24.10.1989, art. 3º; Lei nº 7.912, de 7.12.1989, art. 1º; Lei nº 8.078, cit., art. 82, *caput*, nº I; Lei nº 8.560, de 29.12.1992, art. 2º, § 4º; Lei nº 8.884, de 12.6.1994, art. 29. Sobre o alcance literalmente desmesurado desta última norma, vide a nossa crítica em *Os novos rumos do processo civil brasileiro*, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 47, págs. 14/5, ou in *Ajuris*, nº 62, pág. 183: Vai-se manifestando, de resto, certa reação contra as tentativas de ampliar a área de atuação do Ministério Público a casos em que estão em jogo direitos ou interesses individuais disponíveis: vejam-se na juris-

10 Assim, CAPPELLETTI, *trab. cit.*, págs. 125/6.

11 Cuida de assinalá-lo, em data recente, autor insuspeito de prevenção contra o instituto: CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem internacional* (relatório brasileiro para o congresso internacional de Direito Processual de Taormina, setembro de 1995), in *Revista Forense*, vol. 329, pág. 26.

12 Conforme reconhece CAPPELLETTI, *trab. cit.*, pág. 125, “é quase inevitável que faltem aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e treino de que dispõem os juízes ordinários”. Prossegue o autor: “E aos próprios procedimentos

nem sempre isenta de ambigüidade, poderia dizer que o processo civil brasileiro se vai colorindo, em áreas a cada dia mais extensas, de tonalidades inquisitórias; ou, para evitar mal-entendidos, que nele a componente publicística vai tendendo a ocupar espaço após espaço e a deixar campo restrito para o jogo do poder de disposição dos particulares.

Paralelamente, o observador ouve falar, com grande insistência, de privatização. Se dela só ouvisse falar em matéria econômica, não se impressionaria tanto: entre outras razões, porque pouco entende, por hipótese, de economia — no que, aliás, não se distingue da imensa maioria dos mortais, sem exclusão, a julgar por tantos episódios, dos economistas de profissão... O observador, porém, ouve falar de privatização a respeito da Justiça, e ei-lo mergulhado em reflexões sobre a maneira, e sobre a possibilidade mesma, de harmonizar tal proposta com a registrada tendência à inquisitividade. Nem o ajuda muito, antes ameaça pô-lo ainda mais perplexo, a percepção de que, neste contexto, o termo privatização vai sendo empregado em acepções diversas: ora se quer designar com ele a constante elevação da quantidade de litígios que, em vários países, se vêem submetidos a instâncias extrajudiciais¹⁶; ora se alude à conveniência, afirmada em setores de incontestável autoridade científica, de incrementar a participação de pessoas leigas, de cidadãos comuns, nos organismos judicantes; ora, até, à crescente e generalizada freqüência com que se atribui legitimidade a associações privadas ou a indivíduos para vindicar em juízo a proteção de interesses coletivos e difusos¹⁷. Fica o observador a conjecturar se um belo dia não ouvirá a expressão usada ainda noutro sentido, o de delegação ou concessão pura e simples do serviço público da Justiça a alguma empresa privada...¹⁸

prudência, por exemplo, os Acórdãos do TJMG, de 11.11.1993, Apelação nº 3.814/1, in *Revista Forense*, vol. 329, pág. 288, onde se negou legitimidade ao órgão para reclamar do Município de Contagem e de determinada empresa o ressarcimento dos danos sofridos pelas vítimas de desmoronamento de terras; e do STJ, de 2.5.1994, R. Esp. nº 46.130, in *D.J.* de 20.6.1994, pág. 16.062, que adotou posição igual em matéria de fiscalização da cobrança de mensalidades escolares.

¹⁶ Por exemplo: JOHNSON, JR., relatório norte-americano (sob o título *Preserving Justice in an Era of Global Economic Competition*) cerca do tema *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure*, para *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, de 1992, no vol. assim intitulado, Tóquio, 1993, págs. 216 e segs.

¹⁷ CAPPELLETTI, trab. cit., pág. 129, emprega a expressão nos dois últimos significados que se indicam no texto. Permitimo-nos considerar menos próprio o uso no derradeiro sentido: quando o ordenamento legitima pessoas físicas ou jurídicas (de direito privado) à defesa judicial de interesses coletivos e/ou difusos, o que nos parece ocorrer, antes que *privatização* da atividade judicial, é *publicização* da atividade dessas pessoas — equiparadas, para o fim específico de que se cuida, a entidades públicas.

¹⁸ É impossível adivinhar como reagiria ele se lesse a frase irônica de STORME, nas “observações conclusivas” da sessão do Simpósio de Tóquio dedicada ao tema a que alude a nota 16,

Ao nosso personagem ocorre formular para si mesmo dilemas impostos, a seu ver, pela observação de toda essa gama de fenômenos. Que é, afinal de contas — pergunta-se, um tanto ansioso —, que importa mais: assegurar a estrita observância das garantias das partes, e em especial das ligadas ao contraditório, ou simplificar os procedimentos? Deve imprimir-se ao processo civil caráter cada vez mais publicístico, ou, em consonância com diretrizes prestigiosas noutros domínios, reduzir-se nele a presença, ou quando menos o peso, dos órgãos estatais? Para essas e outras indagações sente o desconcertado observador dificuldade em achar respostas tranquilizadoras.

4. Pois bem: imagine-se que nos dispuséssemos a socorrer, em semelhante emergência, o observador. Salvo melhor juízo, conviria que começássemos pela sugestão de reconsiderar, antes de mais nada, o modo pelo qual equaciona o problema. Se os dilemas que ele formula se afiguram insolúveis, será decerto porque a realidade não se deixa aprisionar em fórmulas assim. Cuida-se, na verdade, de falsos dilemas. O observador dá a impressão de esperar que a ciência e a política processual se comprimam em ambiente de opções estreitas e definitivas; teríamos sempre, inexorável e irrevogavelmente, de escolher entre dois alvitres, encarados como opostos, e em tudo e por tudo inconciliáveis: ou isto, ou aquilo. Mas assim se condena o processo a melancólico empobrecimento de perspectivas. Hipertrofia-se tal dado, ou tal necessidade, e expulsam-se no campo visual dados e necessidades que nos solicitariam, legitimamente, noutro sentido. Desse jeito, entretanto, nenhum mecanismo se arma que seja capaz de acomodar a opulenta diversidade do real.

Nalguns casos, maior atenção aos próprios textos, normativos e científicos, pouparia ao observador boa dose de ansiedade. Sua leitura, aqui e ali, é clarissimamente incompleta e, por isso, despistadora. A Carta de 1988 não exige a instituição de “juizados especiais”, onde se observe procedimento “oral e sumaríssimo”, senão para as causas cíveis “de menor complexidade”: o legislador constituinte há de ter-se advertido de que o melhor regime para litígios singelos pode não ser o melhor regime para litígios complicados. Trata-se de uma verdade óbvia, tão óbvia quanto a de que, se não se podem evitar por completo quaisquer inconvenientes, e se faz imperioso aceitar um de dois males, o mal menor nem sempre será o mesmo em todas as espécies de processos, e por conseguinte tampouco será o mesmo o bem a que precisaremos tolerar algum detrimento. O desvelo para com a garantia do contraditório, se quiser manter-se nos limites da sensatez, não chegará ao extremo de repelir em termos absolutos a eventualidade de certas compressões, indispensáveis à boa realização da justiça. A menos que haja perdido todo o senso de proporção, o maior

supra: “I fear the day when, on entering a court, we read above the entrance door: “Today judgments will be rendered by this Court by courtesy of Coca-Cola”... (vol. cit., pág. 277).

entusiasta das ADR não se animará a sustentar que a conciliação extrajudicial seja em qualquer assunto, e sob quaisquer condições, preferível ao julgamento por juiz estatal, assim como a inclinação publicística mais acentuada não impedirá ninguém de reconhecer a valia dos serviços que organismos conciliatórios extrajudiciais podem prestar no âmbito compatível com sua capacitação.

O remédio tem de ajustar-se às particulares características da enfermidade. Não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa.¹⁹ A falsa crença, explícita ou implícita, em semelhante possibilidade foi um subproduto indesejável da excessiva ênfase que certa corrente de pensamento pretendeu dar à idéia da autonomia do direito processual, como se a preocupação — em si, legítima e necessária — de distingui-lo do direito material houvesse de traduzir-se em soberana indiferença do processo às peculiaridades da matéria sobre que verse.

Seria de presumir-se evidentiíssimo para todos que a função instrumental do processo implica, por força, adaptação do instrumento às variáveis circunstâncias do meio em que ele é posto a funcionar. Não se há de estranhar que, em lugares diferentes e em diferentes momentos, as opções também difiram, para colocar em realce ora um, ora outro artigo do credo processual. Nem sempre permanecerá a mesma a proposição merecedora de ser grafada em tipo maior e de ser lida em mais enérgico tom de voz. O que não se deve fazer, em caso algum, é cancelar do texto as proposições restantes: bem pode acontecer que, amanhã ou depois, venhamos a sentir a necessidade de convocá-las, cada qual por sua vez, a ocupar a posição de prioridade. Por mais distantes entre si que se localizem determinadas idéias, e por mais difícil que nos pareça, aqui e agora, a respectiva coexistência pacífica, será temerário apagar em definitivo da memória de nossos computadores mentais aquela que destoe da moda do dia: não fica jamais excluído que de uma hora para outra precisemos entronizá-la, ou reentronizá-la, no lugar de honra do sistema. É oportuno recordar a famosa palavra de Bossuet acerca de problema bem mais transcendente, o da conciliação entre o livre-arbítrio do homem e o governo providencial do mundo: embora incapaz de divisar o elo que liga e harmoniza as duas realidades, não é lícito ao espírito humano repelir nenhuma delas; cumpre-lhe, pura e simplesmente, *tenir les deux bouts de la chaîne*.

No universo processual — se nos permitem repetir o que já dissemos alhures —, há pouco espaço para absolutos, e muito para a interação recíproca

19 Com razão PROTO PISANT, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pág. 11: no próprio campo estritamente judicial, “non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro varianti combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio”.

de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos.²⁰ Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização. Como advertia o filósofo, nada pior que um bom princípio mal aplicado; e é fora de dúvida que aplicamos mal um princípio quando o pomos em prática sem levar em conta os outros princípios que lhe servem de contrapeso e com ele precisam conjugar-se para assegurar o equilíbrio do conjunto.

Um dos erros mais graves de determinado tipo de dogmatismo foi — e é — o de descrever o mundo em preto e branco, ignorando os matizes variadíssimos que medeiam entre esses dois extremos. Felizmente tomamos consciência de quão infecundo é, do ponto de vista científico, transformar em *oposição* toda e qualquer *distinção*, a começar pela distinção mesma, fundamental para o nosso labor, entre as entidades a que os anglo-saxônios atribuem as denominações de *substance e procedure*.²¹ A nitidez dos conceitos, com o conseqüente emprego de terminologia precisa, é sem dúvida valor inestimável, digno da mais cuidadosa preservação. Evitemos, no entanto, supor que a realidade sempre se deixe cortar em fatias perfeitamente diferenciáveis. A vida é mais rica e mais complexa que qualquer representação conceptual. Quanta tinta se derramou no afã de apontar o traço discretivo essencial entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária! Tal qual o amor, na ópera verdiana, aos olhos do apaixonado Alfredo²², para certa doutrina constituía a questão, a um só tempo, *croce e delizia*. Hoje, sem negar todo interesse ao problema, aprendemos a equacioná-lo

20 Em termos genéricos, acentua CAPPELLETTI, no prefácio ao volume *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, págs. XIII/XIV, que “the world of humans is not denied by, but rather composed of, the coexistence of contradictory values, principles, institutions and processes”; e acrescenta que “none of these values and principles is absolute and categorical, and each must be adapted to, and limited by, other principles and values”. Caberia, naturalmente, em certa medida, uma ressalva quanto a princípios e valores religiosos, para os que professam alguma religião (e, em certa medida, nos domínios da filosofia e da ética). De qualquer modo, será aí, e não alhures, que a sede de absoluto, peculiar à alma humana, há de procurar com que saciar-se.

21 Sobre a necessidade de relativizar o binômio direito — processo, *vide*, na mais recente literatura pátria, CANDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 3ª ed., S. Paulo, 1993, págs. 271/2, e, na sua esteira, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, S. Paulo, 1995, págs. 13, 15 e segs., e *passim*. Parece-nos francamente excessivo, por outro lado, aludir a um “retorno a la primitiva unidad”, como na Espanha fazia, já há quase vinte anos, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, pág. 11 — o qual, note-se, linhas abaixo atenuava bastante o alcance da expressão, ao excluir, em termos expressos, que semelhante perspectiva significasse “menoscabo de la autonomía de nuestra ciencia”.

22 “Un di felice, eterea/ Mi balenaste innante,/ E da quel di tremante/ Vissi d’ignoto amor./ Di quell’amor ch’e palpito/ Dell’universo intero./ Misterioso, altero./ Croce e delizia al cor” (*La Traviata*, libreto de Francesco M. Piave, música de Giuseppe Verdi, 1ª ato, cena 3ª).

em termos menos categóricos: sabemos que se cuida, afinal, de terrenos não apenas contíguos, mas contínuos, e que há uma faixa cinzenta onde nem a mais requintada cartografia será capaz de informar-nos com exatidão de que lado estamos da linha divisória.²³

Nada disso, vale repisar, tem sabor de novidade, e com certeza soará acaciano a ouvidos afeitos a discursos do gênero. Mas é precisamente o óbvio que às vezes temos dificuldade em enxergar: ninguém vê com clareza a ponta do próprio nariz... Insista-se, pois, no óbvio, com o imprescindível pedido de desculpas pelo tédio que a nossa insistência possa causar.

5. E convenhamos: um exame de consciência mais detido provavelmente nos levará a confessar que juristas e legisladores nem sempre conseguem resistir impávidos à tentação da unilateralidade. Devemos estar conscientes do risco, que a todo instante corremos, de nos deixarmos deslumbrar pelo entusiasmo quando descobrimos, ou julgamos descobrir, uma das dimensões do real, e em conseqüência já não termos olhos para as outras dimensões, sem as quais a imagem que se nos depara é como a que se colhe em espelho deformante.²⁴

Ou muito nos enganamos, ou um exemplo de incidência nessa casta de erros encontra-se na rígida disciplina adotada pela Constituição de 1988 em matéria de provas ilícitamente adquiridas, cuja utilização o art. 5º, inciso LVI, proíbe em termos peremptórios, endurecendo em grau máximo as articulações de um sistema que, à vista só do art. 332 do Código, ainda comportava alguma elasticidade. A opção talvez se explique pelo ângulo histórico. Vivíamos hora de compreensível reação contra abusos do regime autoritário pouco antes extinto. Exaltavam-se os valores relacionados com a defesa da liberdade pessoal, da privacidade, da segurança contra indébitas intromissões. Viu-se com clareza esse lado do problema; com tamanha clareza, que, ofuscados, tomamos a parte pelo todo, e não levamos na devida conta necessidades igualmente legítimas, sacrificadas por aquela rigidez. Desequilíbrio-se a balança em favor de uma das partes; privou-se a outra, em mais de um caso, de toda e qualquer possibilidade de exercício frutífero do direito de ação ou de defesa. Paradoxalmente, aqui não se confiou na prudência do órgão judicial, a cujo critério fora preferível, ao nosso ver, deixar a apreciação de cada espécie, à luz do princípio da

23 Na doutrina alemã, há quem, com grande autoridade, proclame o malogro da ciência para proceder a uma demarcação precisa das áreas da *streitiger Gerichtsbarkeit* (jurisdição contenciosa) e da *freiwilliger Gerichtsbarkeit* (jurisdição voluntária); escreve com efeito JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 24ª ed., Munique, 1993, pág. 12: “Eine umfassende begriffliche Abgrenzung beider Gebiete ist bis heute nicht gelungen (Até hoje não se conseguiu fazer uma completa delimitação conceptual dos dois territórios)”.

24 Não se despreza impunemente a advertência de CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Nápoles, 1965, pág. 682, segundo a qual “la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni”.

proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*)²⁵, tantas vezes aplicado pela jurisprudência alemã, inclusive com relação ao processo penal.²⁶

Nem se argumente com a previsão, constante do inciso XII, de que seja dado ao juiz, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, autorizar a interceptação de comunicações telefônicas. Antes de mais nada, o texto parece fundar o entendimento de que, fora do estrito campo de incidência da cláusula final, tem absoluto, incompatível com qualquer temperamento, a proteção conferida ao sigilo. E, no que particularmente interessa aqui, o pretense contrapeso ao veto do inciso LVI é de manifesta insuficiência. Não se entende o motivo pelo qual a possibilidade de autorizar-se a interceptação fica excluída *a priori*, mesmo por obra do legislador, noutros tipos de comunicação, por exemplo na correspondência: é deveras estranho que, mediante autorização judicial, se possa tornar admissível a escuta de conversa entre duas pessoas por telefone, não, porém, a apreensão de carta que uma delas dirija à outra! Tampouco se compreende a limitação da possibilidade aos “fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, em desarmonia com tantas outras disposições constitucionais que põem com acerto em pé de igualdade as várias classes de processos. Nenhum dos dois pecados, vale registrar, cometeu a Constituição italiana de 1948 — também ela insuspeita de autoritarismo, e elaborada em circunstâncias parcialmente análogas às nossas, pouco depois da vitória sobre o fascismo; ali, o dispositivo correspondente (art. 15) reza com simplicidade e sem discriminações arbitrárias: “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione può*

25 Como preconizava, na doutrina anterior à vigente Carta, MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, s/d, vol. IV-1, págs. 82/3. *Aliter*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Provas ilícitas*, in *O processo em sua unidade — II*, Rio de Janeiro, 1984, pág. 177, em cuja opinião o critério da proporcionalidade, “ainda que não inteiramente inaceitável”, seria “perigoso”, visto que “de natureza subjetiva, passível por isso mesmo de aberrações e insegurança”. Mas a subjetividade parece ineliminável do comportamento do juiz, *sujeito* que é, e não há modo de impedir que lhe influencie as valorações e decisões. Para conjurar de vez semelhante “perigo”, precisaríamos atribuir a *objetos* (computadores?) as funções hoje exercidas pelos julgadores de carne e osso — ou, quando menos (o que já seria impraticável) retirar dos textos legais todos os conceitos jurídicos indeterminados e subtrair aos órgãos judiciais até a mais mínima parcela de discricção. Quanto às eventuais “aberrações”, pode-se conjecturar se não serão mais numerosas e mais graves as que se originem da recusa sistemática e incondicional a tomar em consideração um elemento de prova de alto valor, quiçá decisivo, para a formação do convencimento do juiz, só porque obtido por meio pouco ortodoxo — às vezes, o único ao alcance do interessado.

26 Assinale-se que, na Alemanha, a melhor doutrina continua fiel à orientação que rejeita ambas as soluções extremas (admissibilidade *ou* então inadmissibilidade, *em qualquer caso*, da prova ilícitamente obtida): *vide*, na literatura recente, ROSENBERG — SCHWAB — GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., Munique, 1993, pág. 642.

avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge". Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, força é convir que a cópia saiu bem pior que o original. Quisemos ser mais realistas que o rei; e, surdos à exortação de Bossuet, largamos uma das pontas da corrente...

Permitam-nos ainda uma ligeira mirada, e será a última. Diante de empreendimentos reformadores como o agora em curso no Brasil, é inevitável que se dividem as expectativas. Deve-se contar aqui com duas reações opostas e simétricas. De um lado, verão talvez alguns, na alteração de meia dúzia de artigos, ou na inclusão de dois ou três parágrafos, a promessa de milagres portentosos; de outro lado, não faltarão os que abanem a cabeça, de cenho franzido, e decretem, alto e bom som, que nada adianta mexer nas leis, porque o *x* do problema reside exclusivamente nos homens incumbidos de trazê-las ao plano do concreto. O cândido otimismo dos primeiros conduz, de modo inevitável, à mais profunda decepção: a norma jurídica não tem, com efeito, em si e por si, o poder de transfigurar a realidade. O pessimismo apriorístico dos segundos leva, também fatalmente, ao desespero: sendo a condição humana o que é, não parece verossímil a hipótese de virmos a contar, em qualquer ponto do futuro, com uma safra de "cavaleiros sem medo e sem mácula" bastantes para desempenhar de maneira impecável todas as funções que o ordenamento atribui a juízes, advogados e outras categorias ligadas ao processo. Entre esses dois extremos, deve haver lugar para uma avaliação menos pretensiosa, que se satisfaça com verificar que a reforma legislativa abre, aqui e ali, perspectivas de melhora — parcial, sem dúvida; modesta, se quiserem —, e que jamais se esqueça de que algum progresso, pequeno que seja, é sempre melhor que nenhum.

Afinal de contas, ainda que um dia, por feliz (e altamente improvável) conjugação de fatores, fôssemos capazes de montar um sistema processual perfeitamente equilibrado e de confiar-lhe o funcionamento a operadores de inexcusável competência, probidade e zelo, nem assim poderíamos considerarnos dispensados, em definitivo, de qualquer preocupação ulterior com o assunto. A solução mesma dos problemas antigos sem sombra de dúvida geraria novos problemas. Quando percebesse que o mecanismo passara a dar boa conta do recado, a comunidade — pode-se vaticinar sem temor de erro — logo começaria, por sua vez, a solicitá-lo com maior frequência; e, se a demanda crescesse continuamente, esta ou aquela peça da máquina terminaria por acusar o desgaste. Adverte com razão um escritor norte-americano: "*Building a court system is like building a road. The better the road, the more the traffic*"²⁷. Ora, não é

27 A citação é de NEELY, *Why Courts Don't Work*, Nova Iorque, 1983, pág. 58, e foi colhida em MC CORMICK, *Canada's Courts*, Toronto, 1994, pág. 44.

fácil evitar que o aumento do tráfego piore de novo as condições da estrada, e por conseguinte venha a tornar imprescindíveis, mais cedo ou mais tarde, novas obras de reforma...

Isso nos sugere, acima de tudo, boa dose de comedimento em nossas proposições e em nossas valorações, positivas ou negativas que sejam. Convém que ajustemos a inteligência e a fala ao clima de relativismo que, como se buscou enfatizar, caracteriza o *habitat* das coisas do processo. Poupe os fáceis cânticos de um triunfalismo ingênuo, mas também certas tonitruâncias dramáticas, adequadas porventura ao anúncio do Apocalipse. Ouçamos o conselho que nos dá Beethoven,²⁸ pela voz do barítono, na sinfonia imortal: "*O Freunde, nicht diese Töne!*". Amigos, nada de exageros: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. O processo, e o direito, e a própria vida não se constroem à força de opções sempre radicais, e menos ainda de golpes espetaculares, senão com a paciência de combinar elementos heterogêneos e tentar costurá-los, sem grande alarde, sem demasiada ambição, num conjunto quanto possível harmônico. Será pouco, talvez; mas é o máximo a que podemos aspirar neste mundo.

28 Como se sabe, é de autoria de Schiller o poema ("Ode à Alegria") cantado pelo coro e pelos solistas no quarto movimento da Nona Sinfonia. O recitativo inicial, contudo, foi escrito pelo próprio compositor: Vide ERNESTO DE LA GUARDIA, *Las sinfonias de Beethoven*, 4ª ed., Buenos Aires, s/d (mas 1952), pág. 424, nota 1.

O ESTADO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL*

GERALDO TADEU MOREIRA MONTEIRO

I) INTRODUÇÃO; II) BREVE HISTÓRICO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: Origens remotas; Primeiras tentativas; A instituição; Consolidação e Desenvolvimento. III) PROBLEMAS ATUAIS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: O Campo Discursivo; O Ensino da Sociologia do Direito; A pesquisa sócio-jurídica. IV) CONCLUSÃO.

I) INTRODUÇÃO

Realizar um “état des lieux” da Sociologia do Direito no Brasil, como postulamos neste artigo, é uma tarefa duplamente arriscada. Em primeiro lugar, pelas características de dispersão e de desarticulação que têm caracterizado até aqui o campo da sociologia do direito. Em segundo lugar, por representar uma temerária incursão de um “recém-chegado” neste campo discursivo. Animaram-me, no entanto, por um lado, a imprudência e, por outro, o ardor do debate e a suposição de que, justamente pela condição de “novato”, isto é, por deter menor “capital acumulado” dentro deste campo, pudesse suscitar algumas novas abordagens do mesmo problema.

Serão meus objetivos neste trabalho fazer uma constatação da situação atual da Sociologia do Direito em seus aspectos teóricos, metodológicos e institucionais, arrolando especialmente seus problemas, mostrar a persistência de certos entraves à institucionalização e ao desenvolvimento da disciplina, indicando origens e mecanismos de estorvo para, finalizando, discutir suas perspectivas e apontar caminhos para o seu desenvolvimento.

* Texto originalmente preparado para a reunião do Conpendi-RJ, em 27 de abril de 1995, no Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Não seria possível, contudo, discutir embasadamente a situação atual se não nos déssemos o labor de inseri-la em sua continuidade histórica. Assim, um breve olhar sobre seu passado institucional precederá a abordagem das questões hodiernas.

II) BREVE HISTÓRICO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL

A cultura jurídica liberal no Brasil sofre, desde seus albores, a crítica ao seu formalismo¹.

A implantação do Estado e de suas instituições jurídicas na América Latina² obedeceu a um padrão de imposição de uma jurisdição real sobre uma “terra incógnita”. Em todo o continente, “a consolidação e institucionalização do domínio imperial acompanhava-se do aparecimento de um tipo de política centralista, civil, burocrática e legalista” (VÉLIZ, 1984:22). Como no-lo afirma Raymundo Faoro, “não havia, a rigor, direito civil, nem direito comercial, mas direito administrativo” (1973, vol. 1:66) no período colonial. É no padrão de implantação da ordem metropolitana na América Hispânica e no Brasil que se deve buscar as razões para o reconhecido descolamento entre a realidade social e o Direito nesse continente. A cultura política autoritária, burocrática e legalista, forjada desde os primórdios da ocupação do território brasileiro pelos portugueses, ver-se-á secundada pela dominação ideológica do Catolicismo, com o qual formará um sistema de domínio em cujo tripé — para repetir a

1 Bernardo Pereira de Vasconcellos, criticando, já em 1826, o ensino dispensado na Universidade de Coimbra, em cujos moldes foram criados os cursos jurídicos no Brasil, asseverava: “estudei direito público naquela Universidade e por fim saí um bárbaro, foi-me preciso até desaprender. Ensinaram-me (...) que os portugueses foram dados em dote ao Senhor Dom Afonso I, como se dão escravos em dotes de bestas (...) Ali não se admitem correspondência com outras academias, ali não se conferem graus senão àqueles que estudaram o ranço de seus compêndios; ali estava aberta continuamente uma inquisição pronta a chamar às chamadas todo aquele que tivesse a desgraça de reconhecer qualquer verdade ou na religião, ou na jurisprudência ou na política”, *apud* VENÂNCIO FILHO, Alberto (1977:22).

2 No dizer de Marcos T. Kaplan, “o fato de que um poder político-administrativo supercentralizado, como superestrutura do sistema da exploração colonial, tenha pretendido dirigir até os menores detalhes uma realidade complexa e distinta, traz conseqüências para a própria burocracia. Por um lado, este fato contribui para conferir à burocracia real suas características de peso e lentidão; por outro, *origina e reforça o conflito entre a norma e a prática*, generalizando a evasão, e cria a necessidade de expandir e fortalecer permanentemente o aparato burocrático *indispensável à aceitação e cumprimento das leis...*” (1974:62 — grifos nossos). Ver, ainda, Faoro: “(...) numa estrutura de predomínio absoluto das interferências estatais, a realidade jurídica será sempre uma sombra do poder político, altaneiro, incontrastável, ameaçador” (1976-67 — ver especialmente pp. 115-120 e 141/146, vol. 1). Sobre o sistema jurídico colonial na América Hispana, PARRY, J.H. (1966: 191-211).

expressão de Tobias Barreto — coloca-se o advogado “para ser, ao lado dos padres e dos soldados, uma Guarda de Honra do Throno e do Altar”³. Esses fatores, aliados ao tardio processo de industrialização e à incipiente diferenciação social, inibiram eficazmente durante quatro séculos qualquer veleidade de um verdadeiro pensamento social autóctone⁴.

A Sociologia do Direito no Brasil não se inicia, como se tem suposto, com a Escola do Recife. Em seus autores, nomeadamente Tobias Barreto e Sílvio Romero, não existe propriamente “estudo sociológico”, mas tão-somente um clamor pelo “contacto com a praxe”, como dizia aquele primeiro. De acordo com Florestan Fernandes, esta concepção de “estudo sociológico” é a mais simples e mais generalizada e o torna “equivalente de qualquer sorte de reflexão sistemática sobre temas ou problemas sociais no Brasil” (1977:56), contribuindo na realidade para inibir o desenvolvimento de uma sociologia como disciplina autônoma.

Nesta mesma linha inscrevem-se os primeiros vislumbres de Pontes de Miranda, interessado na integração dos pressupostos racionalistas e positivistas da Sociologia de Auguste Comte ao estudo do Direito. Para Pontes, entretanto, Sociologia e o Direito têm objetivos diferentes e lógicas distintas, comunicando-se apenas exteriormente⁵. Esta idéia revela ainda uma concepção da sociologia como “ciência auxiliar” do Direito, cuja importância é medida por critérios axiológicos enquanto à sua utilidade para o jurista. Podemos afirmar que, de Pontes de Miranda, restou-nos apenas o chamamento aos juristas para que considerassem as relações sociais como “os elementos reais” com os quais trabalham, e não mais do que isso.

Há muito mais Sociologia do Direito nas sagazes críticas de Oliveira Vianna, que condenava categoricamente o “idealismo utópico” das elites brasileiras e seu descaso pela realidade social⁶. Em capítulo consagrado ao estudo

3 Sobre uma nova intuição do Direito”, in *Questões vigentes de Philosophia e de Direito*, Pernambuco, Livraria Fluminense-Editora, 1888, p. 113.

4 Fazer retroceder, como pensa Djacir Menezes (1950, vol. 2:198-199), a reflexão social no Brasil aos *Sermões* do Padre Antonio Vieira pouco acrescenta à compreensão das condições de surgimento de uma reflexão científica sobre a realidade brasileira. Esta concepção é, na verdade, reveladora de um assentado preconceito contra o verdadeiro estudo sociológico (ver FERNANDES, Florestan, 1977:55-60).

5 Ver Pontes de Miranda (1972:96-98.)

6 “Na sua obsessão de sumariarem o que de mais alto existe nos ideais da civilização ocidental, estes estupendos edificadores obstinam-se — por ignorância ou por sistema — em não contar com as condições reais da sociedade que pretendem organizar. Legislam para abstrações (...) uma entidade abstrata, este homem utopia: o Cidadão, esplêndido boneco metafísico armado de molas idealmente perfeitas e precisas, a mover-se rectilíneo e impecável, sem atritos nem contrachocos, dentro das categorias lógicas do Dever” (OLIVEIRA VIANNA, *Pequenos estudos*, p. 145 *apud* (1987:19).

das “Instituições do Direito Público Costumeiro Brasileiro”, adverte os legisladores que, “no Parlamento e nas Universidades, organizam e constroem sistemas constitucionais para o nosso povo” (1987, vol. 1:156), a respeito da lógica da ação coletiva que contorce a prática das instituições jurídicas oficiais. Em sua visão, as práticas sociais a que se refere “não são criações improvisadas (...) formaram-se lentamente, sob a ação dos séculos, têm uma história social e coletiva, uma gênese cientificamente determinável” (*id., ibid.*). Oliveira Vianna reclama para os estudos do direito o mesmo método das ciências sociais para que se possa “estudar a vida do direito (...) com a mesma objetividade com que Lévy-Bruhl estudou as funções mentais nas sociedades primitivas” (1987, vol. 1:27). Em que pese sua extensa pesquisa bibliográfica e até monográfica, o autor esbarra nos escolhos da abordagem histórico-sociográfica, produzindo uma sociologia de segunda mão e eminentemente conservadora.

Uma segunda geração preocupar-se-á fundamentalmente em produzir livros de caráter filosófico ou propedêutico, enciclopédicos. Nessas obras, buscava-se apresentar as teorias sociológicas sobre o Direito, distinguir Sociologia do Direito de Ciência do Direito, classificar os diferentes tipos de normas e relacionar o Direito com diversas instituições sociais, tais como a Família, a Religião ou o Poder Político⁷. Estes autores cumpriram uma importante função de sistematizar e pôr à disposição do público brasileiro o conteúdo das discussões teóricas que então se travavam a respeito dos “fatores externos” ao Direito, considerando este último como um “fato social”. Entretanto, sua perspectiva estritamente formalista contribuía para limitar o escopo da disciplina, assim como para a confusão da abordagem sociológica com as visões concorrentes da filosofia e da dogmática jurídica.

Somente a partir de 1963-1964, com a implantação da Sociologia do Direito nos cursos de pós-graduação em Direito da Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife, assistiremos ao início da institucionalização acadêmica desta disciplina. Em seguida, instalou-a a Universidade de Pernambuco em seus cursos de Mestrado em Ciências Sociais e em Direito. Desde 1972, quando tornou-se obrigatória a cadeira de Sociologia nos curso de graduação em Direito, seguiram-se a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e a Universidade de Brasília que instituíram, em 1973, a Sociologia Jurídica como disciplina eletiva para o Bacharelado e como obrigatória para o Mestrado. Desde então, generalizou-se gradativamente a disciplina pelos cursos de Direito, a despeito de seu caráter não

7 Trata-se dos livros de QUEIROZ LIMA, Eusébio de (1922), *Princípios de Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro, e de MORAES, Evaristo de (1950), *O Problema de uma Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos.

obrigatório. Implantaram-na, em nível de pós-graduação, as Universidades Federais de Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná, além da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, dentre outras.⁸

Com a criação dos centros universitários de formação e de pesquisa, consolidou-se a Sociologia uma disciplina acadêmica dotada de certos contornos. O modelo para sua generalização foi fornecido pelas escolas do Recife, nas quais o direito é visto como um fenômeno social, onde estuda-se o conhecimento empírico do sentimento de justiça e de equidade, a composição social do direito e formas coercíveis, a relação direito e sociedade e o estudo da do Direito e da mudança social. Nos anos 70, surgem três manuais, os dois primeiros chamados *Sociologia do Direito*, de autoria de Néelson Saldanha e de Miranda Rosa, e especialmente o livro de Cláudio Souto, cujo mérito é de tentar delimitar o campo epistemológico da Sociologia do Direito⁹.

Os frutos dessas primeiras tentativas só virão, entretanto, com os anos 1980 e a criação do núcleo de estudos jurídicos da ALMED, a Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito, da Nova Escola Jurídica (NAIR) e da constituição do GT Direito e Sociedade no âmbito da ANPOCS. O significado da criação da ALMED por Luis Alberto Warat, assim como da NAIR, idealizada por Roberto Lyra, é o da busca de uma teorização acerca das funções políticas e ideológicas do discurso jurídico tradicional como instrumento de dominação. O Grupo de Trabalho *Direito e Sociedade* da ANPOCS, criado em 1979 por iniciativa sobretudo de Joaquim Falcão, consistiu num *locus* de intercâmbio entre cientistas sociais e juristas (que respondiam, estes últimos, por mais de 70% de seu efetivo) e de aproximação entre os métodos e técnicas das ciências e pesquisa jurídica. Tratava-se de recuperar o direito como objeto de estudo pelas ciências sociais, assim como uma melhor compreensão da relação entre a Ordem Legal e a realidade social que lhe subjaz¹⁰. A despeito da sua “falta de organicidade” o GT Direito e Sociedade teve uma significativa produção, contribuindo decisivamente para a adoção, pelos juristas-sociólogos, das teorias sociológicas e das técnicas de pesquisa disponíveis no campo das

8 Cf. SOUTO, Cláudio & Solange, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos, pp. 56-58.

9 Trata-se dos seguintes manuais: MIRANDA ROSA, Felipe Augusto (1970), *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar, pp. 39-53; SALDANHA, Néelson, *Sociologia do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 39-54 e SOUTO, Cláudio (1971), *Introdução ao Direito como ciência social*, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Universitário, pp. 9-30.

10 Cf. WARAT, Luis Alberto, “A produção crítica do saber jurídico”, in PLASTINO, Carlos (org.), *A Crítica do Direito*. Rio de Janeiro, Graal e LYRA FILHO, Roberto (1982), *O Que é Direito*, São Paulo, brasiliense, pp. 100-112.

ciências sociais. A criação desse grupo de pesquisa¹¹ possibilitou o surgimento de uma interface dos temas jurídicos e das teorias e métodos sociológicos, deixando para trás o viés histórico-sociográfico, teorizante e impressionista que até então prevalecia nos estudos que se intitulavam sócio-jurídicos. A constituição de um campo discursivo, relativamente autônomo, da sociologia do direito no Brasil, só ocorre com o aparecimento desses *loci* institucionais de intercâmbio de pesquisas, de teorias e de experiências. Por maior que seja o capital cultural de cada um dos pioneiros aqui citados, não há ciência alguma sem a configuração de um campo discursivo dotado de regras próprias e de interlocutores autorizados (por essas regras) a *dizer* a ciência. A falta de interlocutores freqüentemente conduz os pioneiros de uma disciplina ao *abuso de direito*, a saber, leva-os à tentação de ocupar as terras devolutas do campo discursivo mediante a pura intuição ou pela simples aplicação de princípios filosóficos à análise dos objetos sociais. Assim, a formação dos grupos de pesquisa aqui lembrados, inobstante sua falta de organicidade e sua efemeridade, representa um marco no processo de construção do campo discursivo da sociologia do direito brasileira.

III) PROBLEMAS ATUAIS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL

Após o rápido inventário do desenvolvimento da Sociologia do Direito no Brasil, cumpre-nos discutir seu estado atual, seus problemas, entendidos estes como os temas ou aspectos que carecem de definições claras. Em primeiro lugar, tangenciaremos o problema da definição do seu campo discursivo. Em seguida, passaremos à consideração dos problemas relativos ao ensino da disciplina para, finalizando esta parte, discorrer sobre a situação da pesquisa na Sociologia do Direito brasileira.

O Campo Discursivo

Podemos identificar, neste item, três problemas maiores: a inserção epistêmica e institucional da Sociologia do Direito, a indefinição dos marcos conceituais da disciplina, a ausência de teorização e de instrumental operacional.

A *inserção epistêmica* da Sociologia do Direito consiste em saber situá-la no âmbito das Ciências Sociais em geral e especialmente do Direito como Ciência Social. É entendimento consolidado hoje em dia que a disciplina é um ramo, uma especialização, da Sociologia Geral. Todavia, o seu objeto de estudo

11 Para uma exposição minuciosa da gênese e do desenvolvimento do GT Direito e Sociedade, ver JUNQUEIRA, Eliane, JUNQUEIRA (1993:11-14).

apresenta-se como um discurso altamente sofisticado e desenvolvido, incrustado numa tradição multissecular, encimando uma instituição social da mais alta complexidade. Estes fatores exigem do cientista social e estudioso do Direito um conhecimento “de dentro” da dinâmica dessa instituição, do funcionamento do discurso jurídico e dos seus pressupostos filosóficos. Não lhe basta a visão dos comportamentos observáveis dos atores jurídicos sem uma compreensão dos princípios que informam o raciocínio jurídico¹². A inteligência dos condicionamentos externos ao Direito não prescinde da apreensão do significado dos seus conceitos para a atuação dos operadores jurídicos. Assim, mesmo como braço da Sociologia Geral, submetida portanto aos seus métodos, conceitos e teorias, o estudo da Sociologia do Direito requer que se-lhe estabeleça a interface com o pensamento jurídico.

Por outro lado, paradoxalmente, tem sido no ambiente francamente hostil das Faculdades de Direito que a Sociologia do Direito tem podido realizar sua *inserção institucional*. Não se trata aqui propriamente de um problema epistêmico ou mesmo organizacional, mas essencialmente de um problema político¹³, visto que a abertura do Direito a uma Sociologia do Direito autônoma indica, como veremos adiante, a assunção de uma diretriz política de crítica ao Poder. A Sociologia do Direito como “disciplina auxiliar” tende a corroborar o Poder ao “explicar” os fundamentos do *controle social*, ao passo que a perspectiva de uma sociologia do direito autônoma conduz a uma relativização dos fundamentos de legitimidade do Poder¹⁴. O desinteresse dos cursos de graduação em Ciências Sociais pela Sociologia do Direito ainda está por demandar explicação, muito embora revele, prática e não só teoricamente, que a distância que se forjou entre as duas perspectivas não é de exclusiva responsabilidade dos juristas.

A *indefinição dos marcos conceituais* consiste na dificuldade de demarcar o campo da Sociologia do Direito relativamente a outras formas de abordagem do Direito. Felizmente, nos dias que correm, estão destruídas as largas passa-

12 A discussão sobre a oposição entre ponto de vista interno e ponto de vista externo tem sido substituída pela discussão em torno da articulação necessária entre os pontos de vista num campo interdisciplinar que reúna as perspectivas da sociologia, da psicologia e da dogmática jurídicas e que dissipe a dicotomia entre fundador e fundado (ver OST, Fañçois & KERCHOVE, Michel vander, 1992: 188-190).

13 Na França, apesar de constituir-se em área de estudos de grandes intelectuais, como Georges Gurvitch e Jean Carbonnier, o descrédito dos juristas em relação à Sociologia jurídica dificultou, por largo tempo, a constituição de uma disciplina realmente autônoma (ver ARNAUD, André-Jean, “Sociologie et Droit: rapports savants, rapports politiques, notes brèves” in CHAZEL, François & COMMAILLE, Jacques, 1992:81 e ss.).

14 O problema de uma perspectiva crítica por parte da sociologia do direito reside sempre na discussão sobre os fundamentos de legitimidade de um sistema social e político. Ver COMMAILLE, Jacques (1994:22-30).

relas que conduziam a Sociologia do Direito à Filosofia Jusnaturalista ou ao Humanismo Racionalista. Não obstante, persistem confusões quanto às relações da Sociologia do Direito com outras formas de reflexão jurídica. Atualmente, parece-me que um dos grandes desafios da Sociologia do Direito é justamente o de apartar-se da chamada “teoria crítica do direito”. Esta proposta não significa uma radical separação, uma total negação, mas apenas (o que já será difícil) colocar-se “à parte” desta corrente do Direito. Como lembra Eliane Junqueira (1993:49), a sociologia jurídica brasileira desenvolve-se estreitamente vinculada ao movimento crítico, por razões que interessam tanto a um quanto ao outro. Criticar o discurso jurídico equivale essencialmente a contextualizá-lo exteriormente, isto é, resgatar seus liames societários, os interesses concretos que estão ocultos na ideologia do Direito. Neste caso, a sociologia do direito é esteio de legitimidade da teoria crítica do direito. Quanto à sociologia do direito, a centralidade que lhe atribuí a Teoria Crítica, como modo privilegiado de “desvelamento” dos mecanismos de dominação legítima-a em suas pretensões institucionais. Trata-se, evidentemente, de uma aliança política de relevo. Porém, enquanto não pudermos estabelecer as diferenças entre ambos, demonstrando que *Sociologia do Direito não é sinônimo de movimento crítico*, não saberemos distinguir nossos próprios objetivos enquanto sociólogo do direito. A Teoria Crítica do Direito é, não custa lembrar, uma *teoria* do Direito, ou seja, um campo de síntese interdisciplinar que estuda, a partir de uma abordagem global, o fenômeno jurídico em sua razão de ser, suas finalidades, seus conceitos fundamentais e sua metodologia (ver KERCHOE, M. Van, “Théorie Générale du Droit”, in ARNAUD, A.-J. (org.), 1993:610-613).

Da mesma maneira, a Sociologia do Direito *não é sinônimo de Direito Alternativo*, embora se possa falar, com Edmundo Lima de Arruda, Jr., de uma “Sociologia Jurídica Alternativa” que se apresenta como “crítica fora dos padrões sistêmicos (...) histórica, dialética”, como “uma opção política, de esquerda” e como “não acadêmica [isto é] articulada, na instância jurídica e fora dela (...) com os movimentos populares” (1993:19/20). O Direito Alternativo é um termo polissêmico que inclui desde as experiências de juridicidade alternativa, tanto estatais quanto societárias, até o movimento teórico que rejeita a centralidade da Ordem Positiva na regulação jurídica. Este movimento de idéias, “comprometido com a democratização do espaço jurídico” (CLÈVE, Clemerson Merlim, “Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo”, in ARRUDA, Edmundo Lima (org.), vol. I, 1992:100), mantém com a Sociologia do Direito uma relação de grande afinidade. A experiência latino-americana, em sua particularidade, com as gritantes desigualdades sociais a par do aparecimento e a consolidação dos movimentos sociais no cenário político e jurídico, praticamente impõe aos sociólogos juristas uma postura engajada, dificultando dissociar opção teórica de opção política. Entretanto, a postulação

de uma sociologia jurídica “pró-classe dos trabalhadores”, condicionada a “um *minimum* de inserção sócio-política” (ARRUDA Jr., Edmundo, 1993:23), implica, com sinais trocados, nos mesmos problemas que a sociologia do direito conservadora, a saber, na fixação arbitrária e inquestionável de critérios de legitimidade da pesquisa sócio-jurídica que transcendem a própria lógica da pesquisa científica. E *last but not least* importa saber também *quem* é instância legítima para fixar esses critérios.

Em suma, sem buscar empurrar a Sociologia Jurídica para uma posição antialternativa ou acrítica, queremos realçar a importância de se permitir a esta disciplina sua “autopoiese”, sua auto-regulação, sua autonomização em relação às injunções políticas e sociais¹⁵. A Sociologia do Direito, irmã da Teoria Crítica e do Direito Alternativo, não lhes equivale, não lhes substitui.

Urge, enfim, que os nossos centros de formação e pesquisa se detenham na pesquisa teórica tanto quanto na empírica¹⁶. É notória a escassez de teorias gerais sobre o Direito no Brasil e mesmo de “teorias de médio alcance”, de que nos fala Merton, as quais nos permitam o conhecimento geral da natureza e das funções específicas do Direito na Sociedade brasileira. Como consequência, não temos conseguido forjar um instrumental conceitual aplicado. Entendemos por isto um cabedal de conceitos operacionais, extraídos da reflexão teórica e da pesquisa empírica que se revelem eficazes para a compreensão *sociológica* das práticas jurídicas ou do funcionamento real de institutos jurídicos específicos. A título de exemplo, podemos citar o conceito de *pluralismo jurídico*, tal como desenvolvido e aplicado por Boaventura de Sousa Santos à sociedade contemporânea (1995:124-127). Com este conceito, o autor busca o entendimento de uma situação específica do Direito na contemporaneidade e que se inscreve numa “teoria geral do Estado e do Direito na sociedade capitalista”. Em outras palavras, o conceito em questão insere-se numa teoria *geral*, não só permitindo a pesquisa e a análise empírica, mas principalmente apreendendo essas últimas no âmbito de uma interpretação geral da natureza e da função dos fenômenos pesquisados. A escassez de real teorização do Direito e do Estado

15 O tema da “*inserção social*” da Sociologia do Direito releva de uma discussão bem mais complexa a respeito da “responsabilidade social do cientista” e, mais geralmente, da relação entre saber científico e sociedade, o que nos demandaria um outro artigo. Sem querer evadir este tema, ressaltamos que os limites às injunções ideológicas, políticas ou sociais no trabalho científico dizem respeito à própria lógica da produção deste tipo de saber. Este último, aliás, não é um mero discurso ideológico que se trata de desvendar e denunciar.

16 Jean Carbonnier observa o corte que se instituiu na França entre a pesquisa empírica, quase sempre fora das bibliografias, e a pesquisa teórica, única disponível, o que explica, segundo ele, que “a história da sociologia do direito (...) tenha sido acima de tudo uma história das doutrinas” (1994:147).

na sociedade brasileira constitui-se hoje num dos principais obstáculos ao progresso da sociologia do direito no país.

O Ensino da Sociologia do Direito

A interdependência dos problemas leva-nos, de imediato, a considerar o ensino da Sociologia do Direito. Recordemos que, embora não desenvolvendo o tema do Ensino Jurídico no Brasil, com suas deficiências mais conhecidas, mas apreciando particularmente o ensino de uma disciplina, não estamos desvinculando este último de seu contexto geral. Acrescem aos problemas gerais do Ensino Jurídico os óbices próprios ao ensino da Sociologia do Direito.

Em primeiro lugar, chamaremos a atenção para os objetivos e para o conteúdo da disciplina para, em tempo, atacar a questão das suas condições de viabilização. No que diz respeito, portanto, aos objetivos, a Sociologia do Direito tem, erradamente, buscado, em oposição às disciplinas profissionalizantes, a via da estrita “humanização”, incorrendo na maior parte dos casos, num mero “humanismo”. A indefinição dos limites e do tipo de abordagem próprios à Sociologia Jurídica existe e persiste tanto dentre os professores e pesquisadores quanto dentre os estudantes, como mostrou Eliane Junqueira (1993:53-57). A Sociologia do Direito só se consolidará como disciplina de algum interesse quando souber apresentar seus trunfos profissionais, isto é, quando puder demonstrar a estudantes e professores os *meios* de que dispõe e os *resultados* aos quais chegou na compreensão das práticas jurídicas, ou do funcionamento dos institutos jurídicos.

Hoje em dia, não estão fixados ainda, entre os professores de Sociologia do Direito, que ênfase se deve dar a esta disciplina no contexto maior dos cursos jurídicos. Oscilando entre a “clínica geral, isto é, o inventário das generalidades e das curiosidades, e a estéril abstração (discussão de teorias e de conceitos sem referência e situações concretas), os programas de Sociologia do Direito perdem o rumo da objetividade e findam por desmotivar os estudantes. Esta falta de consenso quanto aos objetivos da disciplina reflete-se na diversidade de ementas e de conteúdos programáticos que, em geral, são ou claramente irrealizáveis porque extensos e enciclopédicos, ou profundamente desinteressantes porque eminentemente teóricos.

Em relação às suas condições de viabilização, carece a Sociologia do Direito de docentes especializados, de material apropriado e de uma inserção curricular apropriada. A carência de centros de formação associada à generalização da Sociologia do Direito nos cursos de graduação (especialmente a partir da Portaria MEC nº 1.866/94), acaba colocando os alunos nas mãos de curiosos ou de ociosos que, em geral, safam-se pelo recurso a manuais ultrapassados ou a uma erudição anacrônica. Infelizmente, são ainda poucos — e, por isso

mesmo, onipresentes — os especialistas na matéria. A especialização advém, na maioria dos casos, do interesse ou necessidade pessoal (o mercado educacional é inelástico) e de uma certa dose de autodidatismo. De outra parte, apresentam-se aqueles que detêm apenas a formação básica e que, sem dominar as categorias do discurso jurídico, limitam-se a exposições genéricas e exteriores de seus efeitos como “fato social”¹⁷.

Na mesma linha, os manuais disponíveis apresentam dificuldades insuperáveis para a maioria dos alunos de graduação. Os livros são feitos por especialistas para especialistas, o que o torna inviável a sua utilização direta em sala de aula, pela ênfase nas discussões teóricas, pelo uso excessivo do “jargão sociológico” ou pela inclusão de temas de ordem teórica ou metodológica, não somente estranhos às áreas de interesse dos estudantes, bem como muito além de seu horizonte de possibilidades intelectuais.

Outras dificuldades maiores encontram-se na inserção curricular da disciplina. Colocada, sabe-se lá por quem e sabe-se ainda menos com que critério — quase sempre nos dois primeiros períodos do curso jurídico, os temas e os conceitos da Sociologia do Direito tendem a dissolver-se com o distanciamento no tempo em relação ao término do curso. As discussões mais pontuais e as análises concretas da prática do Direito não repercutem plenamente entre os estudantes, de vez que estes são ainda, em sua maior parte, ignorantes dos principais institutos jurídicos e de seus processos. Isto sem contar com a inserção semanal das aulas de Sociologia do Direito, normalmente às sextas-feiras, o que podemos afirmar com razoável grau de certeza, não é casual.

A Pesquisa sócio-jurídica

Se a situação do ensino da Sociologia do Direito é grave, a da pesquisa é francamente trágica. Para José Eduardo Faria e Celso Campilongo, “a pesquisa empírica — e mesmo a produção teórica — nas faculdades de Direito praticamente inexistem” (1991:44). Aqui, ainda, há aspectos ligados ao conteúdo da pesquisa e outros relativos às suas condições indiretas de consecução. No primeiro caso, estão as definições quanto ao caráter “sociológico” da pesquisa jurídica e quanto à diversidade encontrada no interior de um número restrito de linhas de pesquisa. No segundo, são as questões institucionais que constituem problemas.

Se não existe política de financiamento oficial para a “pesquisa jurídica”, tal fato decorre da sua inanição nas faculdades de direito. Com efeito, o jurista típico não consegue ultrapassar a mera pesquisa bibliográfica ou a enquete

¹⁷ Segundo expressão de FARIA, José Eduardo & CAMPILONGO, Celso (1991), *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, p. 49.

jurisprudencial. Os juristas não sabem pesquisar nos moldes da ciência simplesmente porque nunca foram preparados para fazê-lo. Jamais constituiu preocupação dos juristas o estudo da metodologia de pesquisa, senhores que sempre se consideraram de um método próprio, a metodologia jurídica. Esta última, que se credencia como uma parte da lógica que objetiva o estudo dos diferentes métodos de elaboração e de aplicação do direito, pertence tanto à ciência quanto à técnica do direito. A pesquisa em Sociologia do Direito deve, de saída, desconsiderar o método jurídico e se assumir resolutamente como sociológica. Trata-se, assim, de uma “pesquisa sociológica do Direito” que deve privilegiar os métodos próprios à Sociologia, como a entrevista, o questionário, a análise estatística, a observação direta e a pesquisa de opinião. É possível — e até fundamental — desenvolver-se uma “sociologia da metodologia jurídica”, muito próxima da epistemologia jurídica, sem que se caia na promiscuidade de se tomar uma pela outra.

Observando as linhas de pesquisa elencadas por Eliane Junqueira (1993:77-82), evidencia-se uma grande diversidade de projetos e de linhas no interior de um leque relativamente restrito de temáticas: administração da justiça, acesso à Justiça, o Poder Judiciário, os autores jurídicos, violência e criminalidade, o pluralismo jurídico, as formas societárias de resolução de conflitos e o papel dos movimentos sociais. Não resta dúvida que tal concentração é benéfica na medida em que delinea uma área, um campo de interesse, e que permite a confluência dos métodos com as temáticas que definem na prática as diferentes especializações das ciências sociais.

No que tange aos aspectos institucionais, três são as mais graves carências da Sociologia do Direito no Brasil: a escassez de centros de pesquisa e de formação, a escassez de associações regionais ou nacionais e a escassez de periódicos especializados.

Além do CEDEC (Centro de Estudos da Cultura Contemporânea), da Fundação Joaquim Nabuco, do CEDISO (Centro de Estudos de Direito e Sociedade) da USP, do Instituto de Direito Alternativo da UFSC e do Núcleo de Estudos da Paz e dos Direitos Humanos da Universidade de Brasília, existem os centros de produção sócio-jurídica independente, isso é, não vinculados a instituições acadêmicas, como a OAB, o Apoio Jurídico Popular (AJUP), de extensa produção, e o GAJOP. Recentemente, no Rio de Janeiro, vieram juntar-se a este rol o Programa Cidadania e Direitos Humanos, promotor do Curso de Direito Social, o PIED (Programa Integrado de Estudos em Filosofia e Sociologia do Direito), ambos da Faculdade de Direito da UERJ, e o NEDS (Núcleo de Estudos em Direito Social) da Faculdade de Direito Cândido Mendes (Centro). Embora a lista já pareça extensa, desmentindo a afirmação inicial, é de se considerar que esses centros concentram-se em somente algumas cidades, em uns poucos espaços institucionais e, freqüentemente, compõem-se das mesmas pessoas.

No entanto, apesar do empenho quixotesco de pesquisadores e até da sensibilidade de alguns administradores, a precariedade das condições de trabalho nesses centros de pesquisa tem dificultado o intercâmbio entre seus pesquisadores. Não existem associações nacionais ou mesmo regionais de sociologia do direito. O GT Sociologia do Direito da ANPOCS, que exerceu durante seus anos de vida o papel de canal de intercâmbio, faleceu sem deixar herdeiros. A finalidade de uma associação deste tipo não se resume obviamente ao intercâmbio acadêmico, mas principalmente ao trabalho político de sensibilização das instituições educacionais, dos órgãos de fomento à pesquisa, do Poder Judiciário, entre outros, para a importância da Sociologia do Direito na formação dos juristas e na compreensão das condições práticas de elaboração e de aplicação do Direito.

A ausência de periódicos especializados nos condena, na melhor das hipóteses, à insinuação — e, assim, à diluição — em publicações tradicionais ou, na pior delas, ao silêncio. As revistas disponíveis não se concentram na Sociologia do Direito por razões até mesmo de ordem financeira e até política. Ultimamente, destacamos apenas o surgimento no cenário intelectual de uma publicação, senão propriamente especializada, pelo menos sensível à Sociologia do Direito, a revista *Estado, Direito, Sociedade* do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

A infra-estrutura institucional de que carece a Sociologia do Direito no Brasil reflete e agrava a sua fragilidade e a sua dispersão. Já se disse que não se faz omelete sem ovos, o que parece judicioso se atentarmos às dificuldades materiais dos programas de estudos em Sociologia do Direito no Brasil. No entanto, a omelete também não se faz sem técnica, ou seja, não se produz Sociologia do Direito apenas com mesas, cadeiras acolchoadas e computadores de última geração; é preciso ter “massa crítica”. Por último, não se consomem omeletes sem fome, uma fome específica, isto é, sem se gerar uma demanda para o saber sociológico do direito. Essas são os fatores que condicionam a “economia da Sociologia do Direito”, sua produção, circulação e distribuição. Resta-nos, em conclusão, apontar algumas perspectivas e alguns caminhos para o desenvolvimento da pesquisa sócio-jurídica no Brasil.

CONCLUSÃO

Em seguida a este rápido e sucinto balanço dos problemas atuais da Sociologia do Direito no Brasil, cabe-nos apontar resumidamente os caminhos para a sua superação. As soluções propostas são de três ordens: teórica, metodológica e institucional.

Em relação aos aspectos teóricos, a Sociologia do Direito precisa, inicialmente, encerrar sua “fase heróica”. Isto significa que, hoje em dia, a afirmação

da disciplina nos currículos jurídicos em todo o país não traz maiores problemas. Se, em 1991, José Eduardo Faria e Celso Campilongo ainda constatavam um quadro “arredio, quando não frontalmente adverso ao ensino da Sociologia Jurídica” (1991:32), Eliane Junqueira relaciona, dois anos mais tarde, a mudança da correlação de forças no interior das faculdades de direito com a chegada de professores mais jovens, mestres ou doutores, assim como as transformações sociais da década de oitenta (1993:52-53) como os fatores que determinam a aceitação da disciplina nos cursos de Direito. Nos dias de hoje, especialmente após a portaria 1.866/94 do Ministério da Educação, que determinou, para o novo currículo mínimo, a inclusão da Sociologia Jurídica, qualquer hostilidade ao ensino desta disciplina aparece como passavelmente anacrônica.

Ao superar sua fase heróica, a Sociologia do Direito deixa para trás seus moinhos de vento para dedicar-se às suas reais batalhas, a teorização e a delimitação do seu campo discursivo. Em nosso artigo, temos sido, é verdade, bastante críticos quanto ao viés teorizante da Sociologia do Direito no Brasil. A teorização que se quer, entretanto, não é a estéril transposição de modelos e sua exposição abstrata. Urge-nos uma teorização fecunda que emergja das nossas condições históricas e sociais, que consagre uma verdadeira análise da vida jurídica no Brasil. Note-se bem, não estamos falando de uma ausência de teorização¹⁸, mas de sua relativa escassez. Este caminho, felizmente, parece que se tem imposto nos recentes trabalhos de Sociologia do Direito no Brasil, o que contribuirá brevemente para a delimitação do campo da matéria. Entretanto, este estabelecimento de limites não pode ser feito aprioristicamente a partir de um modelo, mas *na e pela* dinâmica que a disciplina forjar para si própria.

Contudo, à Sociologia do Direito, em razão da estreita dependência entre suas carências teóricas e suas deficiências metodológicas, impõe-se uma decidida ênfase na metodologia da pesquisa científica. Discutimos acima a confusão acerca da metodologia a empregar nas pesquisas sócio-jurídicas. Aqui, resta-nos dizer que sem metodologia apropriada não há pesquisa, e sem pesquisa empírica não há teorização concreta. A formulação de conceitos operacionais só advirá desta preocupação com uma teorização eficaz. Outra importante diretriz concerne à ampliação das áreas de interesse do sociólogo do direito. É evidente que o leitor atento desconfiará de uma contradição com nossa afirmação a respeito da delimitação do campo do saber sócio-jurídico, mas um espraiamento como o que propomos só escapa da armadilha da dispersão quando guiado por uma bússola teórica e metodológica devidamente magnetizada. Munido de um capital de conceitos teóricos e de instrumentos metodológicos seguros e com-

18 Não se pode esquecer dos trabalhos de pesquisa empírica de João Baptista Herkenhoff (1993), de José Ribas Vieira (1995), e as análises teóricas de José Eduardo Faria (1991) e de Beatriz di Giorgi et alii (1995), entre outros.

provados, o sociólogo do direito não tem por que evitar temas tão densos quanto a família, os efeitos sociais da tributação, o direito costumeiro no comércio, o estudo dos contratos informais, as implicações sociais e políticas do processo, a luta pelos direitos sociais, o Código de Defesa do Consumidor e a nova cultura cívico-jurídica, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente e as instituições policiais, entre outros, citados aqui de forma propositalmente aleatória.

Estes caminhos aqui descritos só poderão ser trilhados na medida em que forem conquistados, no interior das universidades, certas soluções institucionais. São elas, a criação de *loci* de pesquisa que reúnam, em permanente diálogo, pesquisadores, sociólogos ou leigos interessados em dominar o “olhar sociológico”; a criação de grupos de trabalho interdisciplinar e interinstitucionais, agrupando estudiosos de áreas afins e de diferentes universidades; da criação desses centros, devem derivar programas de formação especializada visando a preparação de pesquisadores e, particular e urgentemente, de docentes; por fim, criação de associações de acadêmicos que favoreçam não somente o intercâmbio teórico, mas sobretudo político, como explicamos acima.

Deste “état des lieux” que vimos de esboçar não deve resultar uma impressão de pessimismo, tantos aparentam ser os problemas da Sociologia do Direito aqui elencados. Ao contrário, estas reflexões precisam, por um lado, servir de alerta aos incautos e curiosos que ainda abundam, mas, por outro lado, deixam entrever sua superação. Com este balanço quisemos destacar, com particular relevo, a variedade dos obstáculos com que se defronta a Sociologia do Direito no Brasil, assim como a interdependência que os reforça e aprofunda.

Com efeito, nos últimos anos, reforçaram-se a especialização, a formação, a criação de espaços institucionais, a produção de pesquisas empíricas, o que nos antecipa um futuro digno para a Sociologia do Direito no Brasil. Mas a superação dos enormes obstáculos aqui enumerados dependerá sobretudo do poder de sensibilização e de mobilização que puderem demonstrar os sociólogos do direito; e isto dependerá unicamente da nossa *competência*.

BIBLIOGRAFIA

- ARNAUD, André-Jean (org.) (1993), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2ª edição.
- ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (1993), *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, São Paulo, Ed. Acadêmica.
- _____. (org.) (1992), *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 2 vols.
- CARBONNIER, Jean (1994), *Sociologie Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige, 2ª edição.

CHACON, Vamireh (1977), *História das Idéias Sociológicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo.

CHAZEL, François & COMMAILLE, Jacques (org.) (1991), *Normes Juridiques et Régulation Sociale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, coll. Droit et Société.

COELHO, Luiz Fernando (1991), *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2ª edição.

COMMAILLE, Jacques (1994), *L'esprit Sociologique des Lois. Pour une sociologie politique du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Droit, Éthique, Société.

DI GIORGI, Beatriz, CAMPILONGO, Celso & PIOVESAN, Flávia (org.) (1995) *Direito, Cidadania e Justiça. Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

FAORO, Raymundo (1976), *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, Porto Alegre, Editora Globo, 2 vols., 2ª edição.

FARIA, José Eduardo (1991), *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

FARIA, José Eduardo & CAMPILONGO, Celso (1991), *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor.

FERNANDES, Florestan (1977), *A Sociologia no Brasil. Contribuição para o estudo de sua formação e desenvolvimento*, Petrópolis, Vozes.

GURVITCH, Georges & MOORE, Wilbert (1945), *Twentieth Century Sociology*, New York, The Philosophical Library, 2 vols.

HERKENHOFF, João Baptista (1993), *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho (1993), *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

KAPLAN, Marcos T. (1974), *A Formação do Estado Nacional na América Latina*, Rio de Janeiro, Livraria Eldorado.

MACHADO NETO, A.L. (1984), *Sociologia Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 5ª edição.

MORAES FILHO, Evaristo de (1950), *O Problema de uma Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos.

OLIVEIRA VIANNA (1987), *Instituições Políticas Brasileiras*, São Paulo, Ed. Itatiaia.

OST, François & KERCHOVE, Michel van der (1992), *Le Droit ou les Paradoxes du Jeu*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. les voies du droit.

PARRY, J.H. (1966), *The Spanish Seaborne Empire*, Londres, Hutchinson of London.

PONTES DE MIRANDA (1972), *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, Borsoi, 2 tomos.

QUEIROZ LIMA, (1922), *Princípios para uma Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro.

RIBAS VIEIRA, José (1995), *Teoria do Estado. A Regulação Jurídica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

SALDANHA, Nelson (1980), *Sociologia do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Editora Cortez.

SOUTO, Cláudio & Solange (1981), *Sociologia do Direito*, São Paulo, Livraria Técnica e Científica.

VÉLIZ, Claudio (1984) *La Tradición Centralista de América Latina*, Barcelona, Ariel Editorial.

VENÂNCIO FILHO, Alberto (1977), *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Ed. Pioneira.

TOLERÂNCIA E MODERNIDADE
A perspectiva de Marcuse¹ revisitada

JORGE COELHO SOARES*

Introdução à perplexidade do nosso tempo

Se o século XIX foi o século da esperança, da crença extremada e emotiva na possibilidade, na inevitabilidade do progresso social, o fruto maduro de forças históricas cujo motor e direção apontavam para um futuro sempre melhor, o mesmo não se pode dizer do século que a este se seguiu.

O “breve século XX”, como Hobsbawn² o chamou, vem se caracterizando por uma perda gradativa da confiança nesta “herança”. Tem sido, até aqui, um século de inquietude e desilusão, de uma amplificação crescente do “mal-estar na civilização”. É o século da dúvida tomada com método existencial, da confrontação e das convulsões que recendem cada vez mais a apocalipse. O século XX faz-nos ver e sentir que vivemos num momento crucial da história da humanidade. Ao mesmo tempo que experimentamos o sentimento de que “tudo é possível” — em função de um desenvolvimento técnico acelerado —, temos a sensação de que usufruímos sempre pouco de tudo. Há neste século uma sensação incômoda de que há um descompasso cada vez maior entre a vida imaginada e a vida real.

Tem sido também, paradoxalmente, um século pontuado de “olhares enlouquecidamente líricos”, dos que decidiram se entregar a tarefa de pensar o inédito do seu tempo, dos que abriram mão de resgatar um suposto passado “perdido”, idealmente construído e acalentado como eterno modelo. Foram

¹ HERBERT MARCUSE (1898-1979). Filósofo alemão e um dos integrantes da chamada Escola de Frankfurt ou Teoria Crítica da Sociedade.

² HOBSBAWN, A era dos Extremos, 1995.

* Professor Mestrado em Direito da Cidade — UERJ.

estes militantes do desejo e da esperança que recolocaram velhas questões, não movidos necessariamente pela “astúcia da razão”, mas principalmente por uma original “astúcia do sentimento”, a que permite produzir ao mesmo tempo, quer as ilusões líricas do viver, quer a superação da anemia corrosiva da existência neste auge da modernidade.

Entre estas velhas/novas questões, uma vem sempre se apresentando de forma persistente, sistemática e extremamente angustiante. É uma questão “arcaica”, que vem sendo resgatada e recomposta desde a freudiana “horda primitiva”. O seu caráter de urgência, porém, vêm se acentuando numa progressão que comprime cada vez mais o tempo e abole postergações possíveis e viáveis que poderiam ter sido feitas em outras épocas da história humana. Nestas, o tempo era mais elástico, fluía com mais lentidão, e a morte, mais do que uma possibilidade concreta “global”, tinha estreitos limites de circunscrição.

A questão a que me refiro é aquela cuja resposta permitiria apontar na direção da solução do velho impasse entre o destino individual e o da sociedade, entre o destino do ser humano como subjetividade individual onidesejante e o da *Sociedade*, esta suposta reunião harmônica de individualidades, dos que se vêem à si mesmos partilhando um destino comum. É uma resposta que precisa amalgamar, por uma química fraterna e amorosa, os desejos, esperanças e utopias dos que decidem viver este destino comum. É também uma resposta para cuja elaboração depende de toda a *tolerância* que couber em um coração bem informado. É essa nossa única chance de, diante da Esfinge da Modernidade, conseguir responder a seus enigmas.

A morte anunciada: da modernidade: a consciência feliz

Podemos iniciar com uma afirmativa categórica, à guisa de provocação: o “Grande Enigma” da modernidade é consequência direta e indissolúvel do seu projeto civilizatório. Este projeto, iniciado no século passado e desdobrado aceleradamente no decorrer deste século, se auto-atribuída ostensivamente três características distintivas: universalidade, individualidade e autonomia. A primeira indicando que este projeto visava a todos os indivíduos, independente de suas particularidades étnicas, culturais, bem como de quaisquer barreiras nacionais. A individualidade apontando para o fato de que estas pessoas seriam vistas como seres humanos *concretos*, individualizadas nos seus interesses, particularizadas nos seus desejos e necessidades. Individualidade que iria se contrapor a uma percepção desses seres humanos como uma coletividade, amalgamados na concepção de massa, onde cada um e todos se dissolveriam. E por último a autonomia indicando que estes seres humanos poderiam decidir livremente o seu destino e que estariam dispostos, por um movimento próprio e refratável, a levar às últimas consequências a máxima com que Kant definiu a liberdade intelectual: “Sapere aude” (Ousar saber).

Infelizmente tal projeto, utópico em sua essência, não se realizou. Como bem enfatizou Rouanet em obra recentíssima “esse projeto civilizatório está fazendo água por todos os lados”³. E esta crise foi assim por ele resumida:

“A individualidade submerge cada vez mais no anonimato do conformismo e da sociedade de consumo: não se trata tanto de pensar os pensamentos que todos pensam, mas de comprar os videocassetes que todos compram, nos aviões charter em que todos voam para Miami.

A autonomia intelectual, baseada na visão secular do mundo, está sendo explodida pelo reencantamento do mundo, que repõe os duendes em circulação, organiza congressos de bruxas, associa-se ao guia Michelin para facilitar peregrinações esotéricas a Santiago de Compostela e fornece horóscopos eletrônicos a texanos domiciliados no Tibet.

*A autonomia política é negada por ditaduras ou transformada numa coreografia eleitoral encenada de quatro em quatro anos. A autonomia econômica é uma mentira sádica para os três terços do gênero humano que vivem em condições de pobreza absoluta.”*⁴

Vivemos, apesar disso e talvez exatamente por isso, no reinado da “consciência feliz”, expressão utilizada por Marcuse no início da década de 60 para caracterizar o que acontecia nas sociedades industriais avançadas e que mantém a sua capacidade de exprimir as contradições do momento presente, não tendo perdido a sua força original como conceito que ilumina, que desvela a realidade. Atualmente — tal como na década de 60, e acreditamos com intensidade maior — no reinado da “consciência feliz”, o real continua sendo considerado como racional desde que se encarregue de suprir as necessidades criadas por ele mesmo visando a sua própria manutenção, retroalimentando desejos e carências artificialmente produzidos, refletindo um conformismo que é uma das mais perversas facetas da racionalidade tecnológica, traduzida aí em comportamentos sociais. Neste “reino”, portanto, tudo funciona perfeitamente bem sem provocar qualquer estranheza.

*“Tudo funciona! E o estranho é justamente que tudo funcione, que a funcionalidade conduza sempre para maior funcionalização”*⁵.

Nele nascemos e morremos de forma racional e produtivamente, ou seja, admitindo que a destruição sistemática da natureza é o preço do progresso da mesma forma que a “morte é o preço da vida” e que renunciar aos desejos e trabalhar incessantemente são os pré-requisitos da satisfação e do prazer. Tra-

3 ROUANET, 1993, p. 9.

4 *Id.*, *Ibid.*, p. 10.

5 HEIDEGGER, 1977, p. 80.

balhamos portanto exaustivamente para nos livrar dos efeitos perversos de tanto trabalhar, postergando em cada dia a satisfação do desejo que se reprime para um futuro incerto, satisfação essa que talvez pudesse ser obtida no presente. Muitas vezes também quando satisfazemos o desejo descobrimos que o mesmo passou a ser o desejo “equivocado”; já há, então, outros “novos” recém-criados pela sociedade, esperando para serem por nós desejados. E as sociedades industriais avançadas se dedicaram incansavelmente no sentido de aperfeiçoar seus esquemas de controle e manipulação sobre os desejos de cada cidadão, já agora não mais vistos como individualidades mas simplesmente como massa. Massa não mais entendida como sinônimo de coletividade que, mesmo sob controle e manipulação partilham um destino comum, mas algo à imagem e semelhança dos conjuntos matemáticos que estabelecem interseções entre si, mas que se afastam cada vez mais desta área que os une. Há em todos os elementos/indivíduos que compõem este conjunto/massa, uma ilusão de intimidade por uma ação que aproxima os corpos mas que repele as subjetividades. Jurandir Freire Costa, recentemente, lembrava em artigo que “cada dia somos levados a crer que

“humanos como nós” são apenas aqueles com nossos hábitos de consumo, nossos estilos paroquiais de vida, nossas características físicas, nossas preferências sexuais etc...

Estamos nos convertendo a uma sociedade de “minorias”, que discriminam ou são discriminadas, mas que se mostram igualmente incapazes de entender que um mundo humano, como o que conhecemos, só pode existir enquanto durar a idéia de “homem”.

Além de “unidimensionais”, como dizia Marcuse, estamos nos tornando “parciais e parcializados” na maneira como construímos nossa identidade”⁶.

Neste contexto, de controle e manipulação institucionalizados — onde a meta é aplinar consciências, a partir de um modelo único de normalidade, expressão de um “apartheid” do simbólico e do desejo — os agentes de publicidade passam então a moldar o universo de comunicação no qual pensamentos e comportamentos conformistas “unidimensionais” passam a se exprimir. É aí o domínio da “razão cínica”, conceito criado por Peter Sloterdijk⁷ para designar esta visão de mundo, onde se “procura fazer da realidade existente instância normativa da realidade ideal”⁸.

6 COSTA, Jurandir Freire. “Desiguais na vida e na morte”. *Jornal Folha de São Paulo*, 22 de maio de 1994, Caderno Mais, p. 15.

7 SLOTERDIJK, *Crítica de la Razón Cínica*, 1989.

8 COSTA, J.F. “Narcisismo em Tempos Sombrios”. In BIRMAN, J. (Coord.). *Percursos na História da Psicanálise*, p. 167.

Da militância política ao controle ideológico: a última palavra

É portanto “na palavra” e através dela — que estrutura o discurso nos seres humanos e que por sua vez reflete um pensamento “estruturante” — que podemos demarcar alguns limites que balizam a fronteira entre o reino da consciência feliz e um “outro reino”, menos feliz provavelmente mas certamente mais lúcido. Marcuse aponta a possibilidade de se estabelecer entre estes reinos uma crucial diferença, que se refletiria num contraste entre os modos de pensar dialético/bidimensionais e os modos de pensar unidimensionais/hábitos de pensar “sociais”, legitimados sob a aparência de normas de “bem pensar”.

“Nas formas predominantes da palavra o contraste aparece entre os modos de pensar dialéticos bidimensionais e o comportamento tecnológico ou “hábitos de pensar sociais”.”⁹

Nestes “hábitos” a tensão entre a aparência e a essência tende a desaparecer e a autonomia de pensar criticamente passa a ser substituída pelo conformismo que se expressa impositivamente numa imitação onde cada um, acreditando estar demarcando o território de sua individualidade, está simplesmente fazendo eco da voz e do silêncio de pensar de todos. Neste momento elementos mágicos autoritários e rituais invadem a palavra e a linguagem e aí estabelecem o seu domínio. Neste momento as mediações derivadas de uma avaliação cognitiva são substituídas por uma “identificação imediata da razão e do fato, da verdade e da verdade estabelecida, da essência e da existência, da coisa e sua função”¹⁰.

Há nisto uma armadilha cognitiva e emocional que produz seus efeitos perversos. Nesta armadilha, muito bem desenhada, o consumo hedonista é a grande isca; igualmente sedutores para o ser humano são também a possibilidade de pertencer a um grupo, o grau de aprovação do mesmo para as suas ações, dando a ele a sensação de que é parte de alguma coisa, que faz sentido e que produz sentido para a sua existência. Uma das possíveis vítimas para esta armadilha — vítimas certas de uma lógica petrificada — são os indivíduos que mergulham numa “militância” política, obstinada, bem-intencionada, envolvida por altos princípios e valores morais elevados mas, ao mesmo tempo “cega”, não somente para ver o “outro” mas, principalmente, de si mesma. Marcuse percebeu a gravidade deste processo e o apontou, quer no sistema capitalista — que facilita a emergência do mesmo pela sua própria lógica interna — quer nos sistemas comunistas de sua época, onde a antiga e atualmente destruída URSS era a expressão máxima. Ao apontar isto, já no fim da década de 50, como falha essencial no sistema soviético onde, segundo ele, havia uma “per-

9 MARCUSE, 1967, p. 93.

10 *Id., ibid.*, p. 93.

sistência do totalitarismo”¹¹, desvelou o que não era para ser percebido, fez as perguntas “erradas” para as quais esta sociedade não sabia responder. Recolheu então como fruto, o que afinal seria perfeitamente previsível à luz das suas reflexões anteriores, o ódio, a desconfiança e o desprezo de boa parte do que se poderia denominar de “*esquerda militante institucionalizada*”. Passaram a desconfiar do seu discurso e associá-lo à “direita”, que já nutria por ele um desprezo desde sempre. Esse ódio denso, da direita e de boa parte da esquerda, que acompanhou Marcuse até a morte, talvez em essência possa ser atribuído ao fato de que tendo ele aprendido com seu mestre Heidegger — de quem foi aluno entre 1928 e 1933 — que “a linguagem é a casa do ser e em sua habitação mora o homem”¹², a palavra não deve ficar na mão dos que cegamente militam no que se convencionou chamar de “direita” ou “esquerda”. O desabafo recente do poeta Manoel de Barros,

“*Vi que a palavra é uma coisa que não pode ficar na boca de militantes sob pena de morrer por clichê*”¹³

bem poderia ter sido subscrito por Marcuse, porque com absoluta certeza se deriva do conjunto de suas reflexões.

Eliminar portanto a contradição possível no discurso, introduzir elementos mágicos, autoritários e rituais e substituir as mediações que podem se derivar de uma avaliação cognitiva caracterizaria em essência uma “*militância cega*” e ao mesmo tempo seria a mais pura expressão de um raciocínio tecnológico onde não se deixa — ou pelo menos é esse o objetivo — nenhum espaço entre o nome das coisas e suas funções. Este espaço que poderia produzir uma tensão é eliminado, em nome da clareza, da absoluta racionalidade que acaba por produzir uma linguagem funcional, abreviada e unificada. É um instrumento perfeito para gestar e ao mesmo tempo exprimir o que Marcuse designou como pensamento unidimensional. Nele “a palavra se torna clichê, e como tal governa a palavra ou escrita; assim, a comunicação evita o desenvolvimento genuíno do significado”.

Há neste processo de funcionalização da linguagem uma condensação de significado que possui uma clara conotação política. Os nomes atribuídos às coisas não são exclusivamente “indicativos de sua maneira de funcionar mas sua maneira (real) de funcionar também define e “fecha” o significado da coisa, excluindo outras maneiras de funcionar”¹⁴.

11 Id., 1963, p. 08.

12 HEIDEGGER, 1967, p. 24.

13 Parte de um poema inédito escrito pelo poeta Manoel de Barros publicado pela *Folha de São Paulo*. Referência na bibliografia.

14. MARCUSE, 1967, p. 95.

Surgem então as proposições analíticas autovalidantes, verdadeiras fórmulas mágico-rituais, que ao serem repetidas a exaustão na mente do receptor, acabam tendo o poder de desencadear por implicação direta um conjunto específico de atributos, que ocorre quando o termo é utilizado. A palavra deixa de se mover em direção a uma possível diferença qualitativa e se deixa enredar em sinônimos e tautologias, que imobilizam o seu significado amordaçando assim o falante. Este por não se sentir silenciado, pois que “fala”, não percebe que nele há um silêncio que está na própria fala. Lefebvre dizia que “abaixo da linguagem há silêncio, certo silêncio” e “acima da linguagem há outro silêncio”¹⁵. Creio que também poderíamos pensar num silêncio que se faz presente na linguagem, aprisionada no seu sentido único pelo pensamento unidimensional, silenciada dos seus possíveis significados, pois que ao eleger um deles como o único, elimino e tiro a “voz” de todos os outros.

Nesse momento o conceito ritualizado é tornado imune a contradição. Não importa se liberdade é servidão ou se por democracia estamos nos referindo a uma ditadura, que pode ser chamada como no Peru atual de “ditablanda”, implicando aí um senso de humor negro, que qualquer ditadura sem perceber é capaz de elaborar, ou democracia “relativa” — caso do Brasil no período de chumbo da ditadura militar. Qualquer outra percepção destes termos é impedida pela definição “fechada” que estes conceitos passam a ter “em termos dos poderes que moldam o respectivo universo da locução”¹⁶.

Disto resulta uma linguagem que nos remete a qualquer sistema totalitário do nosso século, os quais, se são desencadeados por forças históricas diferenciadas, mantêm entre si notáveis semelhanças quanto às formas de manipulação e controle que envolvem a linguagem e suas possibilidades por vezes insuspeitadas¹⁷.

Os novos sofistas e o pensamento unidimensional

Este pensamento “unidimensional”¹⁸, produzido de forma metódica pelos

15 LEFEBVRE, *Metafilosofia*, p. 128.

16 MARCUSE, 1967, p. 96.

17 Vide, por exemplo, H. Arendt, 1989.

18 Marcuse designou como unidimensionais “as idéias, as aspirações e os objetivos que por seu conteúdo transcendem o universo estabelecido da palavra e da ação (e que são) repelidos ou reduzidos a termos deste universo” (Marcuse, 1967, p. 32).

Segundo ele, os homens sempre estruturaram sua vida, quer no plano da consciência quer no do comportamento, a partir de uma “dupla dimensão”: *adaptação à realidade*, tal como ela é, e *superação* desta mesma realidade, aspirando assim a um mundo “me hor”. O “pensar utópico”

que Marcuse chamou de “elaboradores da política” e dos que dominam os meios de comunicação de massa, visa a produzir essencialmente indivíduos cujo universo da palavra seja povoado principalmente de hipóteses autovalidadoras. Estas, pela repetição de forma sistemática e monopolista, se tornam gradativamente prescrições impositivas de condutas. Nestes indivíduos, então, poder-se-á perceber que a linguagem passa a testemunhar uma identificação e unificação, uma produção sistemática de um pensamento domado cujo alcance e poder de crítica estão *a priori* determinados e portanto sob controle. Estar *no* controle implica, basicamente, em estabelecer níveis cada vez mais elevados de previsibilidade sobre os possíveis comportamentos do “objeto” a ser controlado. Tudo o que é “excêntrico” — portanto fora do centro de controle — perturba e danifica a lógica racional de um sistema que evita a todo custo a diferença; quando ela surge e a “excentricidade” se manifesta, ele prefere lidar com ela através de categorias patologizantes, neutralizando-a assim.

Os meios de comunicação de massa atuam portanto no sentido da uniformização dos pensamentos, sentimentos e ações. Submete a *linguagem* a um tratamento estandardizado, restringindo as suas possibilidades de produzir um outro discurso, procurando torná-la totalmente funcional, mesmo que para isto lhe custe sofismar como regra. Neste sentido somos também, como membros das chamadas sociedades industriais avançadas, provavelmente os grandes e verdadeiros herdeiros do pensamento sofista, numa escala sem precedentes. Estabelecemos normas de “bem pensar” e usamos todo o poder da tecnologia moderna através dos meios de comunicação e do sistema educacional para afastar automaticamente — e na maioria das vezes com facilidade — formas alternativas de pensar e de agir, refutando-as como falsas. Há que se fazer porém uma distinção. Em sua luta contra os sofistas, Platão percebeu que “a arte de conduzir as almas mediante discursos”¹⁹ não se relacionava com a verdade mas visava somente atingir as opiniões dos adversários a serem “derrotados”. Tais opiniões, mutáveis por sua própria natureza e portanto efêmeras em sua essência, serão “verdadeiras pelo espaço de tempo que assim parecerem”²⁰. A verdade aí ocupa — e Platão demonstrou isso em toda a sua obra — uma posição muito instável, já que a massa/multidão poderá ser persuadida se não desenvolverem defesas, que chamaríamos modernamente de cognitivas, contra o pensamento falseado. Aceitarão e defenderão opiniões totalmente equivocadas e, o que é pior, envolvidas por uma aura de boa intenção, construída à sua volta

é, em Marcuse, inerente à condição humana, que almeja naturalmente a plenitude e felicidade. O homem “numa só dimensão” (unidimensional) abre mão deste pensar e reduz o seu mundo e se reduz ao primeiro termo desta relação bidimensional.

¹⁹ PLATÃO, 1969, p. 873.

²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 913.

como escudo protetor, cuja origem é a crença honesta de estar defendendo o justo e o certo. Pode-se, porém, apontar uma grande diferença entre o argumento dos sofistas antigos e dos modernos sofistas, facilmente encontráveis nas atividades políticas e jurídicas, nos meios de comunicação e dominando grandes áreas do sistema educacional, como arautos da boa nova, de um “admirável mundo novo”, da nossa modernidade: os antigos sofistas se satisfaziam com a vitória efêmera do argumento, mesmo sacrificando a verdade, mas os modernos sofistas querem ir além; desejam e quase sempre conseguem perpetuar a si próprios, mesmo que isto custe mudar a *própria realidade*. Os primeiros destruíram “a dignidade do pensamento humano, enquanto estes destroem a dignidade da ação humana”²¹. Temos agora que lidar com um tipo novo de sofista, não somente aqueles manipuladores da lógica com quem Sócrates/Platão se defrontavam mas também com os

“modernos manipuladores dos fatos, que destroem a própria história e sua inteligibilidade, colocada em perigo sempre que os fatos deixam de ser considerados parte integrante do mundo passado e presente, para serem indevidamente usados a fim de demonstrar esta ou aquela opinião.”²²

Perguntas incômodas passam a ser então descartadas, não mais como “impertinentes” — o que a elas daria automaticamente uma força que a sociedade almeja esvair —, mas ao serem formuladas são imediatamente rotuladas de “irrelevantes”, que remetem a coisas que por não terem “relevo” não merecem ser percebidas. Há desta forma perguntas certas a serem feitas, pois para elas já há respostas estandardizadas; já para “certas” perguntas que colocam por vezes o homem diante de um abismo, que é o seu destino, a sociedade reage desqualificando a questão e anulando desta forma magicamente o possível efeito que poderia exercer.

Se listássemos algumas das questões que nos afligiram (e afligem) no passado e/ou no presente e as submetêssemos aos sofistas modernos, eles não hesitariam em apontar uma saída, uma resposta firme e decidida, sem titubeio ou dúvida. A seguir, seriam capazes de “prová-la” irrefutavelmente.

Na sociedade em que vivemos é preciso um certo tipo de desprendimento derivado de um outro pensar, aliado a uma imensa dose de coragem de não ser exatamente igual a todos, demarcando assim o seu espaço da diferença e de si mesmo, para poder dizer como Heidegger o fez diante da questão decisiva de apontar um sistema político que se coadune com a técnica: “Para esta pergunta não tenho resposta” (Heidegger, p. 78). Eis em resumo, na resposta de Heidegger, a única saída que *não* tomaria o pensamento sofista/unidimensional, no qual a sociedade ultra-racionalizada contemporânea se fez herdeira. Ela implica

²¹ ARENDT, *op. cit.*, p. 29.

²² *Id.*, *ibid.*, p. 29.

em dúvida, tensão e incerteza diante do real. Isto é intolerável numa sociedade racionalizada ao extremo, onde tudo representa uma função, e cada coisa ou pensamento tem que estar no lugar certo, no exato cruzamento de coordenadas previamente traçadas. Para ela, esta resposta certamente poderá se explicar pela “fraqueza” do pensador. No caso concreto citado, poderia aduzir também que, vindo a afirmativa, como é o caso, de um filósofo, que há uma enorme diferença entre o pensar e o agir, entre o mundo das idéias e o mundo real, que precisa ser “vivido”. Filósofos seriam, assim, por esta lógica desqualificadora, uma outra categoria de seres vivos, desprezíveis por natureza aos olhos dos que, imersos *no* mundo, realmente “vivem”. Apesar da inutilidade da resposta, para quem sofisma, o próprio Heidegger respondeu certa vez a esta mesma questão: “Pensar não é inatividade. É em si mesmo um agir que está em diálogo com o destino do mundo”²³. Perda de tempo, porém. Sofistas não ouvem senão a lógica dos seus argumentos.

Tolerância, Tolerâncias: o “idola fori”²⁴ da modernidade

Não há, portanto, para Marcuse tanto como para Bacon, um mercado “livre de idéias, embora se possa apontar a metáfora do mercado como possuidora de uma representação perfeitamente adequada a qualquer sociedade. Estabelece porém, particularmente, com a sociedade capitalista uma estreita vinculação de afinidade semântica, pois que nos remete à representação de um espaço simbólico regido pelas leis da oferta e da procura, da compra e da venda, de negócios e negociações, o que afinal é a essência e razão de ser do Capitalismo.

23 HEIDEGGER, 1977, p. 84.

24 *Idola Fori* foi uma expressão utilizada por Francis Bacon (1561-1626) na sua “Teoria dos Idola” descrita na obra “*Novum Organum*”. Acreditava ele que através dela poderia compreender o que deforma e dificulta a atividade intelectual do homem e o que não lhe permite conhecer o que existe, tal como é; iluminando a origem e ação destes fatores, poderia ajudar a realizar com mais pureza o processo do conhecimento. Para conhecer a natureza, sua ordem e suas leis, bastaria que o homem mantivesse sempre limpo o espelho de sua *razão* — em essência, uma idéia cara a todo frankfurtiano. Para ele, o espírito humano poderia ser comparado a um espelho curvo, capaz de deformar e impedir a percepção da verdadeira imagem, que refletiria a própria Natureza.

Segundo ele, as causas mais comuns que nos desviam de uma percepção e explicação correta da natureza são as quatro espécies de ídolos ou “falsas divindades”: *Idola Tribus* (ídolos da tribo/ do gênero humano), *Idola Specus* (ídolos da Caverna), *Idola Teatri* (ídolos do teatro) e *Idola Fori* (ídolos do comércio ou do mercado).

A partir da perspectiva de Bacon, os ídolos podem ter uma dupla origem: interna e externa. Ou já nascem com os indivíduos, fazendo parte de sua própria natureza, enquanto pertencentes ao gênero humano, ou nele se introduzem a partir do meio exterior.

Marcuse opõe então, com igual veemência, à tolerância repressora uma “*intolerância liberadora*” cujo *telos* é a verdade que, como Freud já assinalara em 1933, “simplesmente não pode ser tolerante, não admite conciliações ou limitações”²⁵.

Para Marcuse, esta tolerância a ser atingida se lhe afigura como “prática e idéias subversivas e libertadoras”²⁶, através das quais será possível delinear um futuro para a humanidade como um todo. A tolerância, então, não seria mais uma das possíveis opções para viabilizar este projeto de futuro. Ela seria para ele a única que possibilita esta concretização e, por isto, um fim em si mesma. Em Marcuse o “Eu Penso” da citação de Kant se transforma em “Eu Tolerando”, e passa a expressar o ato que determina a possibilidade da própria existência de cada um e viabiliza a dos demais seres humanos. Nisto se inclui também recordar para preservar as possibilidades históricas, rompendo a solidez da opressão e abrindo um espaço para que a sociedade se reconheça não somente pelo que é ou faz, mas pelo que foi ou fez.

Tolerar porém não é, marcuseanamente, aceitar toda e qualquer idéia como expressão de uma suposta liberdade total que não poderia, sob hipótese alguma, sofrer qualquer limitação sob pena de, ao fazê-lo, negar a cada um e a todos um direito inalienável. Em Marcuse, ao contrário do que se pode pensar por uma leitura superficial de suas idéias, a tolerância “pura” está maculada até o âmago. Esta mácula ocorre se a ele não agregarmos, segundo a tradição de uma análise marxista, que Marcuse seguia — porém sem a ortodoxia do militante engajado — a idéia de *verdade*²⁷. Esta noção de verdade que Marcuse defendia repele, com veemência, a intolerância ininteligente. A partir daí deduz-se que nem todas as idéias são para ele igualmente verdadeiras e por conseguinte nem todos igualmente toleráveis. “Tolerar todas significa degradar cada uma delas”²⁸.

No pós-escrito de 68 ao texto original “Tolerância Repressiva”, Marcuse propunha como estratégia de ação o que ele denominou de “tolerância discriminatória” a ser exercida por minorias “radicais”²⁹, militantemente intolerantes e desobedientes às normas de conduta que toleram a destruição e a repressão.

25 FREUD, 1976, p. 195.

26 *Id.*, *ibid.*, p. 87.

27 A noção objetiva de verdade para Marcuse é derivada de uma inteligência crítica que repele como ignomínia todo o pensar que, não tendo se dobrado sobre si mesmo para se descobrir como uma das possibilidades de pensar a realidade, se apresenta como a verdade pronta a ser consumida e imposta ostensivamente como a “única”. Para ele, esta noção objetiva de verdade será a única possibilidade de salvar a sociedade de censores e comissários do povo, vigilantes da ordem estabelecida, onipresentes em qualquer sociedade não democrática.

28 JACOBY, 1977, p. 8.

29 O termo “radical” é aqui usado por Marcuse não num sentido que comumente se lhe atribui,

Só assim, segundo ele, se poderia fazer frente a um projeto civilizatório da modernidade que no seu “mercado das idéias” “vende” a todos nós, sujeitos desta modernidade, a crença numa possibilidade de uma autonomia ilimitada e de uma construção e preservação de uma individualidade que sustentaria nossa liberdade de pensar e agir, incluindo aí um seguro contra a infelicidade. Estamos, porém, num “mercado” e há sempre um preço a ser pago; ele inclui a subjugação das consciências, que não permite qualquer dissensão eficaz; inclui também a anulação de qualquer possibilidade de um progresso *na* consciência da liberdade pelo exercício desta mesma liberdade de pensar e/ou agir.

A manutenção da lucidez exigiria então cada vez mais deste homem da modernidade um esforço para o qual ele, na maioria das vezes, não se sente preparado; isto implicará obrigatoriamente em novas e dolorosas negociações neste “mercado”. Os sujeitos da modernidade irão contrapor, cada vez mais, um pouco menos de si mesmo, um “eu mínimo”³⁰, contraído num núcleo defensivo, que tentará sustentar um mínimo de equilíbrio emocional. Haverá, então, um estado permanente de tensão e de luta iminente entre forças antagônicas. Nesta luta, a palavra será o ponto de partida e de chegada. Será ao mesmo tempo a possibilidade de libertação e o fio da tessitura da escravidão.

E a luta se desenrolará como se estivéssemos num teatro, onde os atores e o público fossem levados a pensar que o texto está sendo escrito de improviso, onde cada ator a partir de si e do seu potencial poderá escrever o seu papel e representá-lo. Porém, sem que a maioria o percebesse, houve um trabalho lento e corrosivo das possibilidades e alternativas de escrever estes papéis, trabalho este produzido desde o nascimento e endossado por todas as instituições, como a família e a escola, encarregadas de conduzir cada ator ao seu papel predeterminado. E quando o pano finalmente se levanta, cada ator só consegue recitar uma fala petrificada, num conjunto previsível — e portanto controlável — de possibilidades. Mais lamentável ainda e verdadeiramente dramático — o que será enfatizado por Marcuse, leitor atento de Marx — é então a constatação de que cada ator, estando no “palco”, passará a defender como suas cada uma das idéias por ele “recitadas”.

É portanto na “palavra do ator”, não de qualquer ator mas daqueles que junto a outros formam uma minoria militante, que Marcuse depositou suas esperanças. Nela passou a residir, para ele, a possibilidade de subverter as demais falas.

implicando gesto de inflexibilidade e intransigência, mas numa tentativa de retomar o sentido da frase do jovem Marx, que afirmara certa vez que ser radical é ir à raiz das coisas, e na raiz está o próprio homem.

³⁰ LASCH, 1986, p. 9.

Eis aí para Marcuse o grande enigma da modernidade. Diante da Esfinge do seu tempo este homem, parte de um projeto claudicante de modernidade, tenta responder a crucial questão: quais os limites da tolerância que demarcam o território entre a “consciência feliz” de uma outra possibilidade de consciência, em que a felicidade se definiria por outros parâmetros?

A Esfinge observa com ironia este homem, pobre mortal, e lhe adverte: — Se deres a resposta errada serás rápida e inexoravelmente devorado por mim; se porém deres as respostas certas, serás devorado também, mas nesse caso Kronos tomará o meu lugar nesta tarefa. E conclui com desdém: — Descobrir a diferença entre as duas possibilidades e também parte integrante do enigma.

BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da Natureza*. Coleção Os Pensadores, vol. XIII, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BARROS, Manoel de. “O Militante”. Poema inédito publicado pelo *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno MAIS, folha 06, em 14/11/93.
- COSTA, J.F. “Narcisismo em Tempos Sombrios”. In BIRMAN, J. (Coord.). *Percursos na História da Psicanálise*. Rio de Janeiro: Taurus, 1988.
- . “Desiguais na vida e na morte”. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mais, 22 de maio de 1994.
- FREUD, Sigmund. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Vol. XXII. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- HEIDEGGER, M. “Heidegger e a Política. O caso de 1933” (Entrevista-testamento de Martin Heidegger). In *Tempo Brasileiro*, nº 50, julho-setembro, 1977.
- HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos. O breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JACOBY, Russel. *Amnésia Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- LASCH, Christopher. *O Mínimo Eu — Sobrevivência psíquica em tempos difíceis*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LEFEBVRE, Henri. *Metafilosofia — Prolegômenos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.
- MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- . *O Fim da Utopia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- . *Vers La Libérations. Au-Dela de l'Homme Unidimensionnel*. Paris: Éditions de Minuit, 1969.
- PLATÃO. “Teeteto, o de la ciencia”, in *Platón — Obras Completas*. Madrid: Aguilar, 1969.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. SP: Companhia das Letras, 1993.
- SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la Razón Cínica*. 2 V. Madrid: Taurus, 1989.

A PRESENÇA DE WITTGENSTEIN NO PENSAMENTO DO AINDA SÉCULO XX

PAULO CONDORCET BARBOSA FERREIRA*

Ouvimos sempre essa mesma observação: que a filosofia não faz nenhum progresso propriamente dito, que os mesmos problemas filosóficos que já ocupavam os gregos continuam a nos ocupar (...). Ora, (a) razão é que nossa língua permaneceu idêntica a si mesma e nos desvia sempre para as mesmas questões. Enquanto houver um verbo “ser” que pareça funcionar como funcionam “comer” e “beber”, enquanto houver os adjetivos “idêntico”, “verdadeiro”, “falso”, “possível”, enquanto se falar de um fluxo do tempo e de uma extensão do espaço etc. etc. os homens acabarão sempre por se ver de novo às voltas com as mesmas dificuldades enigmáticas e por contemplar fixamente aquilo de que nenhuma explicação parece poder resultar (Wittgenstein, 1980).

O tema há muito germina em nosso espírito. Por certo não se desconhece a sua inquietante “fibrilação”. Wittgenstein emerge de uma época de esplendor nervoso, a Viena de seu tempo, “laboratório de pesquisa para a destruição do mundo” (Kraus, 1964), afinal, berço do sionismo e do nazismo, local em que Freud formulou a Psicanálise, Klimt, Schiele e Kokoschka fundaram o Jugendstil, Schönberg desencadeou a música atonal e Adolf Loos criou uma arquitetura fria e cruamente funcional... o novo surgia, assim, dialeticamente, do velho... o século XIX passava o bastão para o século XX.

Seria trivial afirmar que o mais jovem rebento do clã dos Wittgenstein

* Professor Titular da UERJ, Docente-livre e Adjunto da UFRJ, Chefe do Departamento de Teoria do Direito da FD da UFRJ, membro do Instituto Brasileiro de Filosofia — seção RJ, e membro do IAB.

tenha nascido e crescido em uma hora de transição. Que momento histórico, público ou privado, deixou de ser transiente? Durante os sessenta e dois anos de sua prodigiosa presença no mundo (26.04.89 a 29.04.51), Wittgenstein publicou uma única obra — o *Tractatus logico-philosophicus* —, escrita em parte na frente de batalha, em parte como prisioneiro de guerra na Primeira Conflagração mundial. Em estilo aforismático, sentencioso, “versicular”, com um certo quê de bíblico, esse sintético livrinho é rigorosamente numerado de forma a denunciar os vínculos de subordinação entre as proposições aí dispostas e, também, simultaneamente, exibe o pendor de seu autor como engenheiro e matemático.

Prefaciada e prestigiada por Russel, a obra foi entusiasticamente tida como a bíblia do *Weiner Kreis* e, graças à filosofia neopositivista de Schlick, Carnap e Waismann, ganha poderoso influxo nos círculos mais altos do pensar da época. Wittgenstein, ainda bastante jovem, passa a desfrutar de reconhecimento incommum. Desde 1911 ele já fora admitido nas esferas filosóficas de Cambridge, raramente franqueadas.

Mas, na medida em que a euforia e o êxito encontram-se na derradeira linha de seu *Tractatus*, a premonitória conclusão “do que não se pode falar, deve-se calar” é, quem sabe, a extrapolação do enunciado filosófico para atingir a condição privada de ser de seu autor e expressão que, por capricho do destino, veio a ser tão célebre para Wittgenstein como “o resto é silêncio” o foi para Shakespeare. Impõe-se aí uma inegável e dramática semelhança entre estes dois gênios. Seguem-se daí em diante, como corolário do dever de silenciar, “os anos perdidos”, dilatado período em que o filósofo, pessoa de ansiosa instabilidade e sempre erodida, mergulha em momentos de desnorteante incompreensão. Longas e solitárias fugas pela Noruega. Mestre-escola em vilarejos na Baixa-Áustria. Jardineiro no Mosteiro de Hüteldorf. Enfermeiro e padoleiro. Em ato insólito, renuncia a sua colossal herança e ensaja com isso generosas doações “mecenais” aos poetas Rilke e Trakl. Só após esta perlongada imersão é que aflora a luz da vida profissional convivente com a apresentação do seu *Tractatus* como tese de doutorado em Cambridge, em 1929, com plena obtenção do título.

A etapa da euforia e do apoio de Russel e de Keynes, que fez possível triunfar uma obra heterodoxa a obter uma acolhida acadêmica tão rápida e duradoura em áreas tão impregnadas de tradição, vai rapidamente perdendo seu impeto.

O próprio filósofo como que renega seu inicial breviário e abre-se para revisões e investigações tidas até então como inaceitáveis. Previdente, o “tractariano” permite que suas *Investigações Filosóficas* só sejam publicadas postumamente. Russel, espantado, então declara: “Wittgenstein malbaratou seu talento e se curvou diante do senso comum...”

O I Wittgenstein sai de cena e o II Wittgenstein lança seu novo discurso: cabia clarificar a linguagem, depurá-la de seu *uso* perverso. Seus críticos o acusam ora de positivismo ora de niilismo terapêutico. “Ao contrário do que costuma dizer, para Wittgenstein, se o mundo se apresenta pela linguagem é porque esta falha em representá-lo por inteiro” (Giannotti, 1995). Mas, há mais conexão que o contrário disso entre a primeira parte de sua obra (*Tractatus*) e a segunda (*Investigações*). O trabalho intelectual, mesmo tomando outros rumos, prossegue sendo como um *continuum*. “Há uma visão simplista de que um Wittgenstein bipartido, um Wittgenstein I e um Wittgenstein II, seja a chave para a interpretação do seu trabalho” (Haller, 1990). “É difícil acreditar que a atitude de Wittgenstein fosse assim tão simplista quanto Russel sugere” (Monk, 1995). O ex-aluno austríaco do matemático inglês dos *Principia Mathematica* “acreditava que é preciso ser uma criatura de impulso” como todos os gênios o são. O rompimento era necessário e inevitável. As afinidades teóricas e afetivas foram superadas por divergências doutrinárias mais fundas. Dito isto, desde já incumbe afirmar que o que se costuma conhecer pelo I Wittgenstein possui etapas tão bem definidas quanto fontes seguras. A gestação de seu *Tractatus* tem como pressupostos as Notas ditadas a Moore na Noruega em abril de 1914, o Diário (*Notebooks*) que se estende de 1914 a 1916, as Notas sobre a Lógica que datam de setembro de 1913 e o conteúdo das cartas trocadas com Russel, que ocupam um período de 1914 a 1920. Qual destes textos deitou mais raízes na cristalização do *Tractatus*? O tema mais importante é o dos debates sobre o logicismo, ou seja, o do intento de fundamentar a Matemática através da Lógica. Frege e Russel são os dois grandes representantes desse movimento, por um período que se estende do último terço do século XIX ao primeiro do século XX. Em 1908, Wittgenstein chega a Manchester para continuar a aprimorar seus estudos sobre os aviões a jato, então em fase inicial, e, a partir daí, passa a interessar-se pelos problemas filosóficos de fundamentação matemática. Encontra-se então com Russel, e esse o aconselha a procurar Frege em Jena.

O que se esboça como ponto de entrechoque entre, pelo menos, duas correntes? O filósofo austríaco vai desabrochar como tal apenas depois que chegou a Inglaterra? E só então é que vai despertar graças a Russel, Keynes e Whitehead? Ou se deve dar igual crédito à corrente que privilegia sua origem e berço na germanidade?

Wittgenstein não chegará assim *in albis* à primitiva Albion, mas já apetrechado pelo criticismo especulativo de Kant e sem deixar de aí incluir Schopenhauer e sobretudo Nietzsche. A lista é heterodoxa e até inusitada, incluindo Tolstoi com seu misticismo, e, se ela se mostrar insuficiente, acrescentar-se-ão dois vultos de inquestionável referencial, Freud e Weininger no espaço da sexualidade. Para encerrar o contributo não inglês, Kierkegaard com sua reli-

giosidade. Esclarecer a gênese de um grande homem importa captar a sua essência épica mais nos fins que nos meios, é algo ciclópico. A questão da formação de um filósofo, poeta ou artista mergulha em espaços e vertentes de laboriosas suposições. Não é mesmo surpreendente na situação em foco argüir que no universo wittgenstiano estavam abrigados problemas éticos ao lado dos quais o interesse pela lógica como possibilidade de linguagem significativa atinge especial atenção. A própria linguagem nem mesmo ela seria para ele o grande tema! Mas, na verdade teria sido o continuador em outro plano, de Kierkegaard, e até mesmo de Heidegger, e, ao longe, suas interrogações se enlaçam com as de Platão e de Kant.

Há, desse modo, um único Wittgenstein, primeiro, continental, de língua alemã, e, depois, ilhéu, de língua inglesa. Tanto é assim, que os contatos com o alemão Frege e o inglês Russel foram decisivos para o filósofo e para a estruturação de sua obra especulativa. É, porém, hora de nos atermos a essa obra, o *Tractatus*: “*Alle Philosophie ist Sprachkritik*” (4.0031). “Toda minha tarefa consiste em explicar a natureza da proposição”. Seria assim a Proposição (*Der Satz*) sua denominação. Mas, por sugestão de Moore, invocando o *Tractatus Theologicus-Politicus* de Spinoza, o texto de Wittgenstein se consagrou com o nome por todos conhecido. Que faz com que um segmento lingüístico venha a ser uma proposição? Que é o que ocorre para que, ao emitir certas palavras, possa dizer-se algo, comunicar a terceiros que sucede tal e tal coisa? Essa é a missão capital de Wittgenstein. A proposição será pois uma representação (*picture/Bild*), modelo ou quadro da realidade. É aquilo que nos é dado *conhecêr*. Em seu Diário encontra-se: “Quem vive no presente vive sem medo e expectativas.” Admitindo o concurso de Frege e de Russel, Wittgenstein depõe ainda: “Sim, meu trabalho se estendeu desde os fundamentos da lógica até a essência do mundo.”

Já é hora de tocar nesse *locus minoris resistentiae*, que não há como não reconhecer. A presença de Frege no *Tractatus* impõe-se de forma decisiva em tríplice aspecto: lógico, matemático e lingüístico. Em 1879, Frege redige sua Conceitografia em que revela o intento de remediar os defeitos de qualquer fórmula ou prova que não seja plenamente controlável.

Não há como medir que presença pode ter sido mais poderosa, se a de Frege se a de Russel no *Tractatus*. Entretanto, “é sabido que o *Tractatus* se dirigia mais a artistas e intelectuais vienenses como Kraus e Loos, engajados num projeto de moralização da arte, que Wittgenstein aprovava que a Russel ou a Frege” (Chauviré, 1991). Diz Wittgenstein em correspondência: “O sentido (de meu livro) é ético (...). Traça, a partir do interior, por assim dizer, os limites da ética.”

O *Tractatus* culmina numa ética de silêncio forçado. A área do indizível abriga todas as manifestações metafísicas, ontológicas e estéticas de Wittgenstein.

“Pese a todos reproches lanzados por Wittgenstein contra *las doctrinas metafísicas la suya no es propiamente una negación, sino más bien un nuevo modo de hacer metafísica*” (Delgado, 1986).

Nos anos trinta, Wittgenstein volta-se para a Gramática. Em suas *Investigações Filosóficas*, afirma. “Uma nuvem de Filosofia numa gota de Gramática”. Inicia-se aí uma outra marcante quadra na vida e na obra do filósofo austríaco. O papel da Gramática é determinar antecedentemente o que tem e o que não tem sentido. Introduce a noção chave de paradigma, renunciando desde então a noção de objeto, que era nuclear no *Tractatus*. O que, porém, vai caracterizar fortemente as *Investigações Filosóficas* são os “jogos de linguagem”, “ares de família” e “formas de vida”. Da Ontologia se passa à Lógica. Esta é, aliás, a outra extremidade da Teoria da Representação. No início das *Investigações Filosóficas*, os aludidos jogos foram apresentados pelo seu autor como modelos reduzidos que ilustravam modalidades muito simplificadas de funcionamento da linguagem. O exemplo mais contundente encontra-se nas duas primeiras páginas do seu “caderno marrom” e se refere aos jogos artificialmente inventados pelos pedreiros, nos quais, v.g., a palavra ladrilho é em especial posta em relevo. Esses jogos são, assim, livres criações do espírito e da vontade, independentes mas orientados por regras. As *Investigações Filosóficas* se compõem de matéria muito mais complexa que o *Tractatus*. Em contraste com este, elas não são sistematizadas mas, conforme o seu autor afirma no prefácio, desenrolam-se intencionalmente como se fossem um “álbum de recortes”. O próprio filósofo expõe aí o paradoxo implícito em toda a Teoria da Linguagem: “uma Teoria da Linguagem só pode ser tratada dentro da própria Linguagem. Como, assim, então, investigar a linguagem com a linguagem?” E o que restaria empreender sem o seu concurso?

Para o pensador vienense, a caracterização da linguagem encontra-se na noção de “jogos de linguagem”. Nas nossas atividades cotidianas, empregamos inúmeros “jogos de linguagem” — tantos quantos forem necessários —, jogos esses que nos servem para conversar, indagar, declarar, tagarelar, fazer queixas, passar pitos. Mas há ainda razão para perguntar: o que é um “jogo de linguagem”? Qual a unidade ou o traço comum existente entre os diversos “jogos de linguagem”? Wittgenstein lança mão de uma metáfora para explicar: a semelhança entre os diversos “jogos de linguagem” é uma simples semelhança de família como aquela que se estabelece entre consangüíneos, aparentados ou afins. E, sem ser ainda mais uma vez fatigante, o que é um “jogo de linguagem”?

É através deles que as palavras adquirem sentido no inter-relacionamento que então se trava, mas o miolo da questão está no *uso* que delas é feito. Refutado por ter privilegiado o fator *uso*, o filósofo não se perturbou e, amainada a grita nas *Investigações*, ficou sedimentado que os “jogos de linguagem” são o somatório de possibilidade que determinadas palavras possuem em certas situações, e não em outras.

Apenas como intento e sem causar ônus ou percalços maiores, deixa-se aberta a porta para descobrir, identificar, “inventar”, ou sentir algum ter-que-ver, uma tênue aproximação, um parentesco, quem sabe um “ar de família”, entre os “jogos de linguagem” e o estilo ou linguagem da estrutura normativa do *ius*. Havendo ou não motivações maiores, sendo ou não possível estabelecer elos ou afinidades entre a *Filosofia da Linguagem* de Wittgenstein e a da *Logica del Razonable* de Recasens-Siches ou a da *Lógica Deontica* de Von Right, tão afinado com Wittgenstein por ser seu amigo, testamentário literário e confidente e por ter acompanhado-o até à tumba. Resta, pois, reavivar estes vínculos.

QUESTÕES METODOLÓGICAS PARA O DIREITO

RICARDO NERY FALBO*

No limiar do terceiro milênio, o direito, objeto da Ciência Jurídica, não se conhece a si próprio por entre as instâncias que percorre: legal, teórica, social e jurisprudencial. Ainda não encerra conhecimento construído em moldes ou matrizes da Filosofia e das Ciências Humanas deste fim de século. Não dispõe de teoria que dê conta dos níveis legal e jurisprudencial em que opera. Em conseqüência dessa falta de articulação interna ao conhecimento jurídico, sua relação com o social — instância em que se aplica o direito — está fragilizada e, quando se efetiva, se faz apoiada na autoridade pura, mais do que na razão cognitiva. Suas estruturas de conhecimento requerem, pois, transformações urgentes, não apenas para acompanhar outros saberes mas sobretudo porque, enquanto conhecimento, é aplicado nas sociedades democráticas do presente e nelas será também aplicado no futuro. No entanto, para transformar o atual modo de conhecer, o direito precisa conhecer-se, já que não é possível transformar aquilo que desconhece. Operando as aludidas instâncias com fenomenologias específicas, distintas umas das outras, sem se darem conta delas próprias, torna-se impossível obter conceituações a elas pertinentes. Do mesmo modo, essas diferentes fenomenologias não permitem a elaboração de metaconceitos ou metainterpretações capazes de instituir o conhecimento jurídico como um só e o mesmo para entrar e sair de cada instância com a identidade imaculada.

A título ilustrativo, como expressão da instância legal, toma-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente —, que oferece condições favoráveis para explorar um modo de olhar o direito neste trabalho. A natureza da indagação “Criança e Adolescente: quem são?” revela

* Professor de Sociologia Jurídica da UERJ, Professor de Introdução ao Estudo do Direito da UFRJ e das Faculdades Cândido Mendes.

preocupação quanto ao conhecimento daquilo que possa essencialmente caracterizar o universo infanto-juvenil. Nesse sentido, o modelo conceptual tipológico consagrado no art. 1º do Estatuto define Criança como sendo a pessoa de 0 a 12 anos de idade incompletos e Adolescente, aquela entre 12 e 18 anos de idade. Desse modo, garante-se, especificamente, a separação daqueles que podem e daqueles que não podem trabalhar. O critério natural de diferenciação por idade operacionaliza o sistema que é a lei estatutária em seu art. 60, que dispõe sobre a proibição do trabalho a menor de 14 anos de idade, a não ser na hipótese de aprendiz. Ao adotar a Doutrina de Proteção Integral consagrada pela Constituição Federal, o Estatuto harmoniza-se com a ética planetária segundo a qual o trabalho infanto-juvenil constitui excepcionalidade como direito, cria formalmente para a Criança e o Adolescente a condição de tutelados pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo poder público e, assim, ao prever direitos, reconhece um certo tipo de cidadania (menor ou tutelada) para a Criança e o Adolescente. Garante, ainda, a generalização de sentido único para as categorias empíricas Criança e Adolescente, a despeito de suas diferenças decorrentes de seu *status* sócio-econômico, como, por exemplo, o viés da renda familiar, como ponto específico da interpretação daquela realidade. Esse poder de dissimulação que exerce o Estatuto impõe a representação do universo de seu discurso como sendo legítima e reifica a diversidade social em sentido unívoco. Por outro lado, se se considera a definição do conceito de comunidade em termos sócio-culturais, dos quais depende a identificação ou a identidade de seus atores, a Criança e o Adolescente são, portanto, a comunidade. Mas, a julgar pela prevalência do critério de diferenciação natural por idade sobre as diferenças das Crianças e dos Adolescentes em seu *locus* comunitário, a especificidade social cede mais uma vez diante da generalidade legal. Os conceitos abstratos do *sujeito de direito* e do *direito do sujeito* na lei em questão supõem, fora dela, homogeneização da realidade social e a uniformização, portanto, dentro dela, do conhecimento desta mesma realidade, sem qualquer possibilidade de contradição ou oposição interna conseqüente que diga respeito ao social por eles representado. O Estatuto, assim, não se vê a si próprio como representação ou conhecimento aproximado do real sob certo ponto de vista privilegiado porque particular.

Lugar das normas jurídicas, o Estatuto permite seja estabelecido diálogo com a instância teórica, da qual depende a própria ciência em sua dinâmica, sendo ela subsidiada por Hans Kelsen, autor que elaborou teoria consistente da norma e que ainda exerce influência marcante tanto na prática intelectual como na aplicação do direito. Preocupado em saber o que é e como é o direito, Kelsen afirma que seu estudo científico implica, apenas, a compreensão de sua estrutura e de sua natureza. Submetida a um processo de depuração de elementos que, por pertencerem a outras ciências, são estranhos a ela, a Ciência Jurídica tem

como objeto de conhecimento tão-somente a norma jurídica enquanto proposições classificatórias da consciência e dos fatos sociais. É a norma que confere significação jurídica ao mundo dos fatos, naturais e sociais, e o seu valor independe do seu conteúdo, posto que qualquer conteúdo pode converter-se em conteúdo das normas jurídicas. Sua validade depende da *forma* determinada com base na qual foi a norma prescrita. Esta forma é a norma hipotética fundamental, que atribui juridicidade ao material empírico, a qual, não sendo elaborada por qualquer processo jurídico, pois este é por ela determinado, não tem vigência como norma jurídica positiva. Sendo instituidora, ela própria não é instituída. Não sendo instituída, revela existência natural e assim se manifesta como força da qual dependem os ordenamentos positivos, e é esta força natural que determina a validade das normas jurídicas. Como categoria *a priori*, a *Grundnorm* desponta como norma objetiva instituidora do direito como objeto do conhecimento jurídico depurado de qualquer influência subjetiva. O estatuto de cientificidade do direito tem, assim, na forma que generaliza pela objetividade categoria intrínseca que expurga as particularidades da realidade social (valores, ideais, interesses) para cobri-la com vestes de idéias universais e imutáveis. Esta forma cartesiana de lidar com o social revela procedimento metodológico arbitrário e de alcance duvidoso, sobretudo quando se trata de modificar a realidade social mediante seu prévio conhecimento. Tal procedimento é garantia, para o teórico do direito, de segurança jurídica, isto é, o mínimo de mudança no sistema conceptual de modo a garantir a possibilidade de previsão para aplicação das normas jurídicas a situações particulares e concretas. Desse modo, a segurança jurídica é promovida como certeza do conteúdo que define tanto o *direito do sujeito como o sujeito do direito*.

Ao lado das representações simbólicas que a lei e a teoria fazem enquanto realidade jurídica, esta mesma realidade é representada no contexto social onde é vivida por seus agentes como forma de expressão de autoconhecimento, como definição do conceito que tem de si mesma. A sociedade, onde se encontra o contingente populacional de crianças e adolescentes, identifica e revela, com base em tais critérios e relações, unidades de identidade infanto-juvenil que legitimam a construção de suas categorias de nível empírico. Como principal critério cultural garantidor da identificação das diferenças e, por conseguinte, da constituição das categorias homogêneas de crianças e adolescentes, destaca-se, no âmbito do presente trabalho, o valor social do trabalho infanto-juvenil em sua representação pelas Crianças e Adolescentes trabalhadores (eu acho que isso que eu faço é trabalho, os homens (a polícia) é que acham que não; É bom trabalhar porque assim a gente não dá preocupação para a mãe, e é bom aproveitar desde criança para chegar adulto já sabendo trabalhar; Nós queremos que nos deixem trabalhar um pouco. Se é crime a gente trabalhar, eu vou continuar a beber, é o único jeito. Quando bebo diminuo meu sofrimento.),

pelas famílias destas Crianças e Adolescentes (Eu não estou trabalhando, quem me ajuda mesmo são eles (os filhos); É com o dinheiro das crianças que eu vivo. Ainda mais que eu não tenho ajuda de ninguém.) e pelas famílias onde o trabalho é atividade realizada com exclusividade pelos adultos como forma de sua manutenção (Eu já tenho um menino fixo aqui na feira, que toda semana ajuda nas compras; E é muito preferível que estejam exercendo a atividade de vendedores ambulantes que praticando atos anti-sociais.). Como forma básica de relação de produção, auxiliar na configuração do universo infanto-juvenil formado de sujeitos de direito, destaca-se a relação não-capitalista trabalho autônomo de rua, como o dos vendedores ambulantes e dos prestadores de serviço. O conceito de trabalho autônomo não-capitalista aqui utilizado circunscreve-se aos limites das atividades geradoras de remuneração sem vínculo empregatício e liga-se intimamente ao conceito de estratégia de sobrevivência, como forma por meio da qual o trabalhador infanto-juvenil organiza seu espaço de trabalho e as atividades que nela desenvolve para obter o que é necessário à sua subsistência e/ou à de sua família. A rua aqui é definida como espaço econômico organizado não-capitalista onde a Criança e o Adolescente desenvolvem atividades remuneradas fora da relação capital-trabalho assalariado, para garantir a sua sobrevivência e/ou a de sua família. A rua se caracteriza essencialmente como mercado informal da economia e, portanto, para a ideologia dominante do sistema de produção, como espaço marginal. Logo, a visão dominante segundo a qual o trabalho infanto-juvenil de rua é atividade marginal decorre de percepção que não considera o problema como questão estrutural inerente ao sistema capitalista de produção. Aborda-se o “funcional” como resultado de processo homogêneo de socialização em todas as famílias e o “disfuncional”, portanto, como falência da socialização, pela qual responde a própria família. Não se concebe a heterogeneidade estrutural dos grupos familiares em função das diferentes formas de inserção no sistema de produção e consumo. As famílias organizam-se diferentemente, na medida em que não pertencem elas a uma mesma e única classe social.

A realidade jurídica comporta também o enfoque jurisprudencial. A realidade social não é uma mesma e única realidade, total e uniforme, objeto de representações generalizantes pacíficas e definitivas. No plano do cumprimento das normas legais, a voz legal de comando de comportamentos e de formas de organização social nem sempre se faz ouvir num mesmo sentido e numa mesma direção. Isto porque, não sendo a concreção da vontade geral de um povo, a lei positiva traduz, freqüentemente, valores e interesses do setor social que, de fato, exerce o poder. Os conflitos abertos entre indivíduos e grupos, pela inobservância das normas legais, tornam-se, então, freqüentes, rompem com certa ordem social, ou impedem sua instauração e manutenção, e exigem o concurso de juízes e tribunais para a restauração da circunstância que se fez problema.

Pela via da interpretação do direito-norma vigente, juízes e tribunais, na busca de solução ou de composição dos conflitos submetidos a sua apreciação como caso concreto, procuram realizar o fim prático de dizer o direito para esse mesmo caso. Tradicionalmente, a interpretação e a aplicação do direito, na linha de concepções legalistas e mecânicas e no âmbito da Ciência Jurídica, prendem-se à idéia de que direito e lei jurídica constituem uma mesma e única realidade, e que, portanto, todo o direito de um povo se situa em proposições jurídicas formais, tal como o direito do Estado. Hodiernamente, no âmbito de uma Ciência Jurídica revascularizada e revitalizada pelo desenvolvimento técnico-científico em diversos domínios sociais, a ordem jurídica vigente passa a contar com um novo sistema de referências. Os fatos se revoltam contra os códigos, e a imutabilidade da lei apenas é concebida numa sociedade estática. Às práticas do exegetismo sucedem-se, ou com elas passam a coexistir, até onde isso for possível, práticas interpretativas comprometidas com a realidade e a autoridade dos fatos concretos. Num sentido (o positivismo legal) ou noutro (o realismo social) caminham juízes e tribunais no exercício da jurisdição. E a representação que fazem da realidade jurídica quanto ao *sujeito de direito* e ao *direito do sujeito* concretiza-se em seus julgados, cuja fundamentação nem sempre se apóia na doutrina tradicional e na forma legal. Pela natureza da solução ou composição judiciária dos conflitos na área do trabalho infanto-juvenil (legalista ou realista), objetiva-se não delinear o perfil do Judiciário quanto à questão menorista, e sim conhecer até que ponto é pertinente, ou não, a articulação de modo harmônico da generalidade e da especificidade das decisões de juízes e tribunais com a generalidade e especificidade do âmbito dos planos teórico, legal e social em face dos conceitos classificatórios *sujeito de direito* (Criança e Adolescente) e *direito do sujeito* (o trabalho ou a proibição do trabalho como direito). Os julgados sucessivos e harmônicos dos tribunais — a Jurisprudência —, como revelação da realidade jurídica em função do exercício da jurisdição, são reproduções representativas da referida realidade que se constituem indutivamente por força da pluralidade de casos concretos formalmente observados no curso de seus processos. Nisto consiste a especificidade da Jurisprudência — forma de revelação do direito com base na autoridade dos fatos processados. A generalidade da norma construída pela via do exercício da jurisdição no âmbito dos tribunais é almejada no curso de um processo tendente à uniformização da jurisprudência. Este resultado, no entanto, é produzido pelo “voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal”, conforme dispõe o art. 479 do Código de Processo Civil brasileiro. Fica claro, portanto, que a uniformização da jurisprudência resulta do entendimento dominante quanto ao direito para o caso concreto, entendimento esse que, pelo princípio do livre convencionamento, não tem força de lei sobre os juízes que não votaram a favor da norma jurisprudencial nem sobre os demais tribunais. Logo, a generalidade do direito

jurisprudencial limita-se às convicções que norteiam o poder-dever de decisão dos juízes e tribunais. Para proteger o menor da exploração, violência ou abuso, a Constituição Federal dispõe como *direito*, em seu art. 7º, XXXIII, “proibição (...) de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz”. Nesse sentido protetivo, caminhou a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 402, ao rezar que “ao menor de 12 (doze) anos é proibido o trabalho”, e, no Parágrafo Único deste artigo, que “o trabalho do menor reger-se-á pelas disposições” naquela Lei contidas, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 60 e 61). E nesse passo têm seguido juízes e tribunais. Por outro lado, realizado o trabalho, com o descumprimento das normas legais, não deixa o menor de fazer *jus* aos benefícios que decorrem de acidentes verificados durante o trabalho. A proibição legal do trabalho, ao menos quanto aos benefícios acidentários, não constitui negação do trabalho como realidade de fato. No entanto, juízes do 1º Grau de Jurisdição têm, de fato, aplicado o supracitado dispositivo constitucional não para proteger o menor, e sim contra ele. Desconhecendo vínculo empregatício pela violação do supracitado preceito constitucional, não reconhecem o direito de ação de menor trabalhador. O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão conhece recurso e dá-lhe provimento no sentido de o Juiz de 1º Grau de Jurisdição de Balsas julgar o feito. Entende o Tribunal Estadual que, não obstante a proibição legal, (...) a realidade e a situação de penúria em que vive grande parte das famílias brasileiras obriga este menor (...) a ingressar precocemente no mundo do trabalho desqualificado e de baixo salário (...) para garantir sua própria subsistência e a de seus familiares. “Rejeita ainda o Tribunal a alegação de não ter havido vínculo empregatício porque havia aprendizagem. Mesmo na hipótese de aprendizagem, sustenta que tal condição (relação aprendiz/empresa) constitui verdadeiro contrato de trabalho, uma vez que “o trabalhador aprendiz está sujeito às prestações que todo empregado deve para com o seu empregador, como este tem para com ele as que normalmente correspondem à sua posição (...)” O menor de 14 anos não é, pois, carecedor da ação, e deve o Estado (art. 4º do Estatuto), pela tutela jurisdicional, protegê-lo “contra o patrão inescrupuloso que, visando mascarar a relação de emprego, lesa não só a criança em seus direitos internacionalmente reconhecidos, como o Fisco, ao não efetuar o pagamento dos impostos decorrentes do contrato de trabalho. “Admite-se a relação de trabalho, apesar da proibição legal, “porquanto sendo inseparável a força de trabalho do trabalhador, torna-se impossível a restituição do serviço a quem o prestou”, afinal, o trabalhador é o verdadeiro produtor de bens e prestador de serviços. Além do quê, “o não reconhecimento dos direitos decorrentes do pacto laboral importaria em gratificar o empregador infrator, que se locupletaria com a ilegalidade cometida.” É o que se depreende da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pode-se talvez afirmar que as

referidas jurisprudências estejam modelando a idéia de cidadania do menor em torno do reconhecimento de direitos, embora garantidos estes pela violação de direito que, se observado, não geraria, para o menor, nenhum direito na área trabalhista, a não ser o direito de não trabalhar.

Genericamente, objetivou-se descrever e explicar as classificações das categorias Menor Trabalhador e Trabalho do Menor pela generalidade que iguala desiguais e pela especificidade que desiguala iguais, bem como mostrar a evidência de medida de inadequação que daí decorre. Especificamente, pretendeu-se questionar a suposição de que as categorias do plano teórico determinam as categorias do plano legal e que estas categorias correspondam satisfatoriamente às categorias das realidades social e jurisprudencial. Justamente porque não explicita o mundo como conhece a realidade que tenciona regular e proteger, o Estatuto apresenta-se coisificado e, assim, confunde o objeto real com o seu objeto de conhecimento e regulamentação. Se usadas outras leis ou outras teorias da norma, as dificuldades de articulação entre os níveis persistiriam. Isto porque qualquer teoria da norma encerra construção de conhecimento sobre normas jurídicas expressas em leis que resultam do modo como as situações que vão regular são vistas pelos legisladores. Seus pontos de vista sobre a matéria são discutidos e depois decididos mediante votação pelo Legislativo. De aí resulta que a norma já contém um ponto de vista, uma interpretação sobre o seu conteúdo, que deve ser aplicado. A natureza do conhecimento presente na teoria da norma é distinta do conhecimento usado para fazê-la, o que reforça a tendência de a teoria afastar-se das normas concretas inseridas em leis. A correção dessa tendência poderia ser feita pela interpretação da norma, conforme indica a teoria, mas a interpretação enfrenta a dificuldade de manter a mesma unidade de significados nas diferentes instâncias da realidade jurídica. Embora a dogmática jurídica desempenhe a função de assegurar unidade interpretativa, ela não resiste ao percurso por níveis distintos da realidade jurídica, nem às diferenciações concretas que se apresentam na vida em sociedade. Sobretudo na vida social, onde o Direito se aplica sobre atores, focalizados como sujeitos do direito pela realidade jurídica, a quebra da unidade interpretativa permite apreciar a multiplicidade de interpretações. Deste modo, ante a impossibilidade de a unidade ser mantida entre a teoria, a lei, a jurisprudência e a realidade social, toma lugar a multiplicidade de interpretações que não explicitam critérios interpretativos. A ausência desses critérios para realidades diferenciadas abre espaços para procedimentos fundados em ideologias e no ocultamento de arbítrios que passam a permear o Direito e que vêm sendo identificados como violência simbólica. A debilidade da unidade interpretativa transforma-se, então, em força destinada a esconder as razões da multiplicidade interpretativa, que envolve tanto a prática intelectual como a aplicação do

Direito. Em suma, a condição de “modernos” que os profissionais do direito atribuem a si próprios decorre do fato de estarem tratando de questões atuais, e não porque melhoraram a qualidade do conhecimento jurídico. Na verdade, discutem as conseqüências dos avanços técnico-científicos exatamente do mesmo modo como faziam antes desses avanços.

O CURRÍCULO MÍNIMO DO CURSO DE DIREITO: CONTEÚDO E FUNÇÃO DAS DISCIPLINAS FUNDAMENTAIS¹

VICENTE BARRETO*

O novo currículo mínimo do curso de direito, estabelecido pela Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, procura superar algumas deficiências do currículo anterior, ao introduzir, como disciplinas básicas obrigatórias, disciplinas eminentemente teóricas. Reconhece-se, depois de mais de vinte anos de vigência do antigo currículo, a necessidade de serem recuperadas disciplinas que foram sacrificadas em nome de pretensas necessidades tecno-pragmáticas. Destacam-se, entre as novas disciplinas, a adoção da Filosofia Geral, da Filosofia do Direito, a restauração da Teoria do Estado, ainda que ligada à ciência política, e o desdobramento da sociologia, em geral e jurídica. Para que se possa compreender o alcance das inovações, e os seus limites, no processo de renovação dos estudos jurídicos no Brasil, torna-se necessário situar o contexto intelectual e cultural, onde ocorrem estas mudanças legais.

Desde o célebre parecer de Rui Barbosa, em 1877, sobre o ensino secundário e superior, a questão da natureza do ensino do direito tem desafiado juristas e educadores. Os cursos de direito sofreram sucessivas reformas, que obedeceram mais a elaborações teóricas, repercutindo modismos, do que às reais exigências na formação de profissionais das diversas categorias profissionais da área jurídica. Essas reformas oscilaram entre dois pólos simplificadores da questão do ensino jurídico: de um lado, os defensores de um ensino teórico, e do outro, os partidários do ensino prático, voltado para formar práticos jurídicos. Os primeiros sustentavam o primado da teoria sobre a prática, caracterizando-se na sua forma mais extremada, pelo culto da oratória; os segundos, identificando

¹ Texto da comunicação apresentada no *Seminário Regional sobre o Ensino de Graduação em Direito*, realizado na Universidade Gama Filho, em 3 de outubro de 1995.

* Professor da Universidade do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho.

o ensino da teoria com o discurso vazio, alienado das reais necessidades do mercado de trabalho, e, dessa forma, sacrificando a teoria em favor de um ensino e uma prática jurídica casuísticos.

O parecer de Rui Barbosa desenvolveu uma crítica articulada do caráter abstrato do ensino de então e propunha a sua modificação, procurando fazer com que os direitos e deveres estudados deixassem de ser, para os alunos, “puros entes de razão”. Compreendia Rui Barbosa que se tornava necessária uma reorganização dos estudos jurídicos com o objetivo de formar profissionais do direito; isto porque, como escreveu Alberto Venâncio Filho, “ser estudante de direito era, pois, sobretudo, dedicar-se ao jornalismo, fazer literatura, especialmente a poesia, consagrar-se ao teatro, ser bom orador, participar dos grêmios literários e políticos, das sociedades secretas e das lojas maçônicas”².

Tornava-se, portanto, imprescindível que os estudos jurídicos incorporassem os progressos havidos nas demais ciências sociais. Sustentava Rui Barbosa a necessidade de “substituir a ideologia, isto é, o culto da abstração, da frase, da hipótese, pelos resultados da investigação experimental do método científico”. Rui Barbosa sugeria, de forma pioneira no Brasil, a adoção da sociologia como disciplina obrigatória nos cursos de direito, justificando-se nos seguintes termos: “ao direito natural, pois, que é a metafísica, antepomos a sociologia, ainda não rigorosamente científica, é certo, na maior parte de seus resultados, mas científica nos seus processos, nos seus intuítos, na sua influência sobre o desenvolvimento da inteligência humana e a orientação dos estudos superiores”³.

A preocupação de Rui Barbosa em tornar o ensino jurídico mais voltado para a realidade social e econômica refletia mudanças na sociedade brasileira, que começava a deixar de ser agrícola e iniciava seus passos no caminho da industrialização. O parecer de Rui Barbosa foi o responsável por procurar introduzir na cultura jurídica brasileira o fato social, como sendo relevante para o fenômeno jurídico. O entendimento de que o direito existia na sociedade e, portanto, a sociologia deveria ter um lugar no universo mental do jurista, veio como resposta ao idealismo predominante na cultura jurídica brasileira do século XIX, que somente seria rompido por esse chamado à realidade, do qual o parecer de Rui Barbosa é um exemplo.

O fato social seria erigido, entretanto, pelo cientificismo e o positivismo, característicos da cultura brasileira do final do século passado, como o funda-

2 Alberto Venâncio Filho, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1977, p. 136. Para uma interessante análise do pensamento de Rui Barbosa sobre o ensino jurídico, ver, do mesmo autor, “O Ensino Jurídico nos Pareceres de Rui Barbosa”, em *Estudos Universitários*, Revista da Universidade Federal de Pernambuco, v.9, n. 1, pp. 5-18, jan./março 1969.

3 Rui Barbosa, “Reforma do Ensino Secundário e Superior”, em *Obras Completas de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1942, vol. IX, pp. 105-106.

mento das ciências sociais. A moderna sociologia trouxe para a ciência jurídica brasileira uma vertente epistemológica, que se contrapôs ao espírito positivista dominante. A cultura jurídica brasileira do início do século XX iria, assim, ter dois eixos temáticos fundamentais: o entendimento do direito como fruto do ordenamento estatal e o direito considerado como produto do fato social e econômico.

Essas duas concepções sobre a natureza do direito influenciaram, desde então, os debates a respeito do ensino jurídico e refletiram a própria crise do direito na sociedade contemporânea. A recente reforma do currículo dos cursos jurídicos representa, nesse contexto, a última etapa no processo de definição do tipo de ensino, que melhor atenda às demandas da sociedade contemporânea. Para que se possa dimensionar as virtualidades e os limites do novo currículo mínimo, torna-se, portanto, necessário analisar, em linhas gerais, como a introdução do conceito de fato social nas reflexões dos juristas contribuiu para a crise da ordem jurídica e, em consequência, do ensino do direito.

A cultura contemporânea erigiu o fato social como um valor superior, incontestável, diante do qual nada pode e deve ser feito. Pretendeu-se, mesmo, tornar a sociologia como a ciência que permitiria não somente a medida do fato social, mas, também, e, principalmente, tornar possível a sua previsão. O fato, como escreveu o pensador francês, Jacques Ellul, tornou-se valor hegemônico: “o fato é a única prova decisiva, o fato tornou-se razão, o fato é um absoluto: não se pode ir contra os fatos, é inútil discutir em presença do fato etc., crenças perfeitamente irracionais, certamente compreensíveis numa sociedade técnica, mas indefensáveis racionalmente”⁴.

No quadro do direito, a hegemonia do fato apareceu sob três formas distintas, encontradas na aplicação da norma jurídica, na expectativa dos estudantes, quanto ao curso jurídico, e, também, nos rumos da pesquisa e da natureza do ensino. A hegemonia do fato social, nas ciências sociais, repercutiu no direito em três situações distintas:

I. na aplicação da norma, quando ocorre conflito entre o fato e a norma jurídica, o sentimento comum tende a dar razão ao fato. Essa, aliás, é uma reação compreensível em vista da tradição do idealismo jurídico, onde a regra do direito era a única realidade para o jurista. Em virtude da força avassaladora do fato social, e da debilidade da ciência do direito em lidar com essa nova realidade, explica-se o espírito dominante, durante as últimas décadas, na cátedra, nas letras e na prática jurídica, de que o que conta é o problema da aplicabilidade da norma jurídica. Cabe ao jurista, nessa perspectiva, dobrar o direito diante do fato, não procurando discutir a natureza da norma aplicada,

4 Jacques Ellul, “Essai sur la signification philosophique des reformes actuelles de l’enseignement du Droit”, em *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 6, p. 5.

mas, exclusivamente, a sua eficácia social. Em conseqüência, renunciou-se à finalidade última do direito e aceitou-se a idéia de que o direito acompanha a evolução dos fatos sociais. O fato social acabou por envolver e aprisionar a norma jurídica, tanto na sua origem como na sua aplicação. A questão central do direito deixou de ser se a norma e a decisão judicial são justas, se contribuem para o aperfeiçoamento moral da sociedade, e passou a ser se a decisão adapta-se aos fatos e é concretamente aplicável;

II. as conseqüências do império desse arquétipo mental no ensino do direito podem ser observadas na reação dos estudantes diante do estudo das disciplinas teóricas e da parte teórica das disciplinas profissionais; para que, perguntam os estudantes, serve estudar teoria se a ordem jurídica é aplicada de forma cada vez mais técnica e especializada. Esse argumento constitui um dos eixos temáticos do debate que se processa, no Brasil e no exterior, sobre o ensino jurídico, tendo sido o responsável pelo sacrifício de disciplinas como o Direito Romano, a Teoria do Estado e o esvaziamento teórico da Introdução à Ciência do Direito, substituída, na reforma de 1972, pela Introdução ao Estudo do Direito. Torna-se interessante observar como o culto do fato e da técnica no ensino do direito ocorreram no preciso momento em que as ciências físicas, modelo epistemológico e metodológico das ciências sociais no século XX, começaram a proclamar a necessidade e o papel da teoria e da pesquisa pura no avanço do conhecimento;

III. a hegemonia do fato repercutiu de forma decisiva no campo da pesquisa e do ensino do direito. A tradição jurídica brasileira, por ter ficado prisioneira, durante muito tempo, de um dogmatismo fechado, sempre ignorou a necessidade de se analisar o direito do contexto maior dos fenômenos sociais. Quando, entretanto, os juristas voltaram-se para o fato social interpretaram-no, ainda dentro do universo dogmático. A pesquisa, tendo que atender à dimensão dogmática, e atentar para as implicações do fato social, mas sem preparo para ambas, enveredou pelas trilhas de uma chamada pesquisa jurisprudencial, indefinida do ponto de vista do método, em virtude, exatamente, de não possuir uma teoria. Juntando-se esse viés peculiar da pesquisa com o esvaziamento dos conteúdos teóricos das disciplinas básicas, a formação dos juristas terminou, na melhor das hipóteses, ressuscitando as práticas da “casuística” da universidade medieval.

O novo currículo mínimo representa, no Brasil, a expressão da reação, já ocorrida em diversos países, a esse modo de ver o direito e o ensino jurídico. Isto porque a reavaliação do papel das disciplinas básicas, e da parte teórica das disciplinas profissionalizantes, resulta da crise do direito em nossos dias, que é chamado a ocupar um lugar de destaque na construção da sociedade do próximo milênio. A intenção do legislador ao fazer a proposta do currículo foi a de superar os impasses provocados pela mentalidade positivista na aplicação do direito e na formação dos juristas.

Setores crescentes da comunidade acadêmica e de profissionais do direito estão dando-se conta de que a crise da ordem jurídica tem tudo a ver com o esgotamento de um determinado modelo de entendimento do fenômeno jurídico, sedimentado através de ensino. Essa reação caracteriza-se, assim, pela recuperação das preocupações teóricas, como fundamentais para a ciência do direito, e da análise dos valores sociais, como determinantes da ordem jurídica democrática. Trata-se, em outras palavras, de inserir o direito no amplo movimento de democratização que ocorre na sociedade contemporânea.

Nesse contexto, algumas modificações, introduzidas pelo novo currículo mínimo dos cursos jurídicos, representam avanços no sentido da modernização dos estudos do direito e na formação dos profissionais da área. A inclusão no elenco, como disciplinas fundamentais da Filosofia (geral e jurídica; ética geral e profissional), da Sociologia Jurídica e da Ciência Política (com Teoria do Estado), bem como a manutenção da Economia Política, demonstra a preocupação do legislador em responder às demandas políticas, sociais e econômicas da sociedade.

A redação do novo currículo mínimo obscurece, entretanto, as reais intenções do legislador, ou, pelo menos, permite que sua implementação seja prejudicada, por faltar uma maior precisão conceitual na definição das disciplinas. Em primeiro lugar, a amplitude dada à Filosofia termina por descaracterizar a disciplina própria do curso jurídico, que é a Filosofia do Direito; essa imprecisão conceitual coloca no mesmo patamar a ética geral (parte da Filosofia Geral) e a ética profissional, que tem menos a ver com a Filosofia e mais com a regulação corporativa do exercício profissional da advocacia. Ao mesmo tempo traz para a Faculdade de Direito a disciplina Filosofia Geral — que deveria ser dada como coroamento dos estudos do 2º ciclo — correndo o risco de, assim, sacrificar a necessária Filosofia do Direito.

E, no entanto, a novidade no novo currículo mínimo consiste, precisamente, na adoção da Filosofia do Direito. Corre-se, por outro lado, o risco de que na implementação do currículo, essa disciplina seja ministrada, nos primeiros anos do curso jurídico, para atender às exigências de tempo dos alunos, que pressionam para iniciar seus estudos tecno-profissionais. Outro risco a ser evitado no ensino da Filosofia do Direito é relativo ao seu conteúdo, que não pode ficar restrito à história geral da filosofia, atendendo-se por esse expediente às exigências do currículo mínimo e à necessidade de suprir-se as deficiências dos alunos, herdadas do curso secundário. A justificativa para o ensino da Filosofia do Direito nos períodos mais adiantados do curso tem a ver com a própria natureza da disciplina; é necessário que, para o seu estudo, o aluno tenha um domínio da teoria básica do direito positivo, o que não ocorre nos primeiros anos do curso. O *caveat*, que, talvez deva ser considerado na programação da Filosofia do Direito, é o relativo ao seu conteúdo. O objetivo da Filosofia do

Direito consiste em dotar o aluno de um instrumental teórico e sistemático para a análise do fenômeno jurídico, situando-se a ordem jurídica positiva dentro de uma perspectiva crítica, que considere as três faces do direito: o fato, o valor e a norma. Para tanto, torna-se imprescindível a familiaridade com os diferentes ramos do direito, tanto do ponto de vista teórico quanto prático.

A análise do currículo mínimo torna-se, assim, necessária antes mesmo de sua implementação para que se possa esclarecer aquilo que se encontra conceitualmente obscuro no texto legal. No que se refere à Filosofia do Direito talvez fosse oportuno recuperar os grandes temas, que correspondem às interrogações emergentes na sociedade contemporânea e que deverão ser tratadas pelo jusfilósofo sob o ponto de vista das condições morais, lógicas e históricas do fenômeno jurídico. Esses temas podem ser, tentativamente, agrupados em cinco grupos:

I. a experiência jurídica e as condições de juridicidade, onde serão analisados os pressupostos do direito e do não-direito;

II. o problema dos modelos e das fontes do direito, concebendo-se as fontes do direito como estruturas normativas, que têm nos modelos o seu conteúdo material;

III. a normatividade jurídica e as suas relações com o caráter regulador do direito;

IV. a análise da finalidade do direito:

I. a justiça

II. o bem comum

III. a segurança jurídica

IV. a questão social, a solidariedade e o direito

V. a prática jurídica e o sentido do direito

V. o espaço público, o espaço privado e a ordem jurídica.

O estudo da Filosofia do Direito pressupõe, portanto, o domínio pelo estudante das noções fundantes do direito e da compreensão do fenômeno jurídico, como fenômeno integral, que implica numa relação de complementaridade entre um fato, um valor e uma norma.

As chamadas disciplinas básicas adquirem, dessa forma, um papel específico, que não se resume na simples preparação do aluno para o exercício profissional, mas que consiste, principalmente, em dotá-lo de uma compreensão crítica da realidade jurídica, o fim de que sua prática profissional seja mais competente. Para tanto, torna-se necessário que se preservem as especificidades, teóricas das disciplinas propedêuticas como condição para o emprego competente dos conhecimentos tecno-profissionais, face aos desafios da modernidade.

Assim, a disciplina Introdução ao Estudo do Direito espera por uma urgente

reformulação no seu conteúdo, que restabeleça a sua especificidade. Essa disciplina sofreu nos últimos anos, como as demais disciplinas teóricas, um sério processo de esvaziamento e descaracterização, graças à síndrome do imediatismo profissional. Muitos professores consideram-na uma abstração — inclusive professores da própria disciplina — que deve ser substituída por conhecimentos mais concretos, relacionados imediatamente com a vida forense. Essa tendência vem sendo fortalecida há algumas décadas no debate sobre o ensino jurídico no País. Em, 1949, na discussão sobre o anteprojeto Aliomar Baleeiro, que propunha uma maior profissionalização dos cursos de direito, o prof. Martins Rodrigues resumiu o espírito dos críticos do ensino teórico, que ecoa até os dias de hoje: “primeiramente, lembramos que o curso jurídico para a formação do bacharel em direito lucraria em eficiência se fosse reduzido de certas disciplinas que o complicam e estendem desnecessariamente, e que, portanto, podem ser dispensados, cumulando-se, ao mesmo tempo, o estudo de algumas delas como o de outras, a que se ligam mais perto. Estão no caso de ser suprimidas, ao que nos parece, a ‘Introdução à Ciência do Direito’ e a ‘Teoria Geral do Estado’, que figuram na primeira série...”⁵.

A função propedêutica da Introdução ao Estudo do Direito, que não pode ser confundida com uma generalização sobre os fundamentos do direito, somente adquire sentido na medida em que seus conteúdos sejam os elementos essenciais para o estudo do direito, em termos de linguagem e método. Procura-se transmitir ao aluno uma visão preliminar das partes do direito e sua complementariedade com as demais ciências e fenômenos sociais. Distingue-se, portanto, da Filosofia do Direito, como também da parte teórica dos diferentes ramos do direito.

Além desse aspecto, relativo ao conteúdo da Introdução ao Estudo do Direito, existe um outro que tem a ver com o professor — ressaltando-se as raras e ilustres exceções, que lutam contra a barbarização da disciplina — e o material bibliográfico, utilizado nos cursos jurídicos. A disciplina, que deveria ser o núcleo básico dos estudos de direito, por ter sofrido um processo de esvaziamento teórico e servir, de forma crescente, como introdução generalizadora ao exercício prático, tem sido ministrada por professores sem formação específica, vale dizer, especialistas, quando muito, em outras disciplinas, mas aproveitados no ensino da Introdução, disciplina para a qual, por hipótese, não necessitariam de formação específica. A bibliografia utilizada expressa esse entendimento do papel da Introdução, sendo que a maioria dos textos acham-se desatualizados, tanto no que se refere aos conteúdos, quanto aos temas necessários a uma compreensão do fenômeno jurídico no mundo contemporâneo.

5 Martins Rodrigues, *apud* Djacir Menezes, *A Formação Profissional do Advogado*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1952, p. 10

Todas essas considerações levam à conclusão de que, contrariamente ao que se observa na maioria dos cursos jurídicos, é necessário o restabelecimento de um rígido sistema de pré-requisitos disciplinares. O estudo da parte geral do direito civil, por exemplo, sem ter sido antecedido pelo curso de Introdução, faz com que o aluno não consiga compreender os princípios básicos do Código Civil, tornando, assim, a sua formação profissional extremamente precária.

O sentido, portanto, da adoção da Introdução ao Estudo do Direito, quando foi adotada com o nome de Introdução à Ciência do Direito, na reforma Francisco Campos, de 1931, era o de situar no primeiro ano do curso jurídico uma disciplina propedêutica às diversas disciplinas tecno-profissionais. Procurava-se, assim, analisar as noções básicas e gerais indispensáveis ao entendimento dos sistemas jurídicos, não se tratando de juntar temas fundamentais das outras disciplinas do curso, mas sim mostrar o significado do direito na sociedade e o processo de integração de regras socialmente coercitivas, dando ao estudante uma visão geral de todas as partes da ciência jurídica.

A Teoria do Estado encontrava-se mais relegada ao esquecimento do que a Introdução, reflexo das desconfianças de regimes autoritários a uma disciplina essencial na compreensão do estado democrático contemporâneo. No novo currículo mínimo, a Teoria do Estado ressurgiu, ainda que vinculada à ciência política, o que demonstra as dificuldades do legislador em definir essa disciplina no quadro das exigências da formação do bacharel em direito no limiar do terceiro milênio. Isto porque a Ciência Política e a Teoria do Estado são disciplinas distintas, com pontos em comum, mas tendo métodos e objetos de conhecimento diferenciados.

A aplicação do novo currículo mínimo corre o risco de não tratar da Teoria do Estado, mas substituí-la pelo estudo das relações de poder na sociedade. A Teoria do Estado, entretanto, analisa os princípios básicos do direito público, que poderão ser complementados e aperfeiçoados pela ciência política. A especificidade da Teoria do Estado tem a ver com a natureza do Estado e das relações de poder ocorridas dentro da ordem jurídica. Trata-se, portanto, de uma disciplina propedêutica aos estudos de direito público, mas que, como se encontra situada no novo currículo mínimo, pode ser sacrificada nos programas ou confundida com a ciência política.

Essa mistura conceitual, que termina por prejudicar na sua implementação a boa orientação do novo currículo dos cursos jurídicos, ocorre, também, na superposição da Sociologia Geral com a Sociologia do Direito. A primeira é essencial para, junto com as outras duas disciplinas fundamentais do curso, estabelecer a natureza social do fenômeno jurídico, tratando para isso das relações e da inserção do direito nesse tipo de relações. A segunda pressupõe, na verdade, o estudo propedêutico da sociologia, pois irá investigar a repercussão social da ordem jurídica. Não faz sentido, portanto, que para se atender às

necessidades profissionalizantes e a pressão na concessão do diploma, a sociologia jurídica seja ministrada, ao mesmo tempo, que as demais disciplinas fundamentais. O estudo da Sociologia do Direito necessita de ter, como pré-requisitos, as disciplinas fundamentais, sem o que a estrutura curricular ficará distorcida e, provavelmente, não atenderá as exigências para a formação do bacharel em direito.

Todas essas considerações fazem com que se possa delinear o perfil do bacharel em direito do terceiro milênio. A implementação do novo currículo mínimo pressupõe, antes de mais nada, uma análise cuidadosa, por parte das faculdades de direito, de suas possibilidades e objetivos; análise essa que irá ajudar na aplicação de currículos, que correspondam às novas exigências da sociedade contemporânea. A especialização crescente no campo do direito, no final do século XX, veio acompanhada por uma concomitante exigência de pensamento crítico sobre a ordem jurídica positiva, sendo que, nesse sentido, o novo currículo mínimo abre possibilidades para a efetiva modernização do ensino jurídico no País.

Torna-se bastante evidente, face às exigências profissionais e políticas da sociedade contemporânea, que não existe mais lugar para uma formação de “juristas-engenheiros”⁶, pois a complexidade da sociedade contemporânea exige mais dos bacharéis em direito do que o simples casuísmo. Depende, portanto, da orientação acadêmica dos cursos de direito e, também, dos órgãos de acompanhamento e financiamento do governo federal — CNPq, CAPES e FINEP —, das agências estaduais de fomento à pesquisa e da Ordem dos Advogados do Brasil, providenciar para que se aproveitem as possibilidades abertas pelo novo currículo mínimo na formação de um bacharel apto a lidar com as complexas realidades da sociedade do século XXI. A superação do modelo vigente nos cursos de direito no Brasil deve, talvez, estar atenta, ao ensinamento contido na máxima das faculdades de direito italianas, no século XVII, quando se avisava aos estudantes que: *Ī meri legisti sono puri assini*.

6 Pietro Barcellona, em Barcellona, Hart, Muckenberger, *La Formación del Jurista*, Madrid, Editorial Civitas, 1977, p. 27

DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO DE REITOR DA UERJ
AO PROF. ANTÔNIO CELSO ALVES PEREIRA (11-01-1996)

HÉSIO CORDEIRO

A UERJ e o Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro

O momento atual é demarcado por novos compromissos da Universidade com as transformações nacionais e mundiais impostas pela extraordinária velocidade da produção e difusão de novos conhecimentos e tecnologias que fazem do domínio da informação a estratégia crucial do desenvolvimento. Os investimentos em Educação e em Ciência e Tecnologia foram fatores de propulsão que permitiram a países de industrialização tardia, por exemplo do Sudeste asiático, a rápida integração no processo de reordenação da divisão internacional de produção e circulação de bens materiais e não-materiais.

O Brasil e as universidades brasileiras também estão mudando para enfrentar desafios que combinam uma grande vitalidade do sistema produtivo e de consumo de bens com profundas injustiças sociais. Opulência e iniquidade, lado a lado. Como bem afirmou o Presidente da República, o Brasil é um país injusto. No nosso caso, não se trata, apenas, de acelerar o processo de acumulação, mas sim o de transformar métodos, técnicas, conhecimentos e, a eles, aliar princípios éticos pautados na equidade social e na soberania nacional para uma integração vantajosa para o país no processo de globalização.

Mudar métodos, gerar conhecimentos e tecnologias, construir (ou reconstruir) princípios éticos — eis a trilogia que está orientando o amadurecimento das universidades brasileiras, rompendo de forma crescente com o paroquialismo e localismo endógenos que paralisaram muitas delas durante anos e com o corporativismo que quase as isolou das demandas da sociedade.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro tem tido uma atuação consciente neste processo de amadurecimento e de redefinição do papel das instituições universitárias frente às novas exigências nacionais e, principalmente, impostas pelo compromisso com o desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro.

Mudar métodos para superar os localismos e a endogenia tem sentido nos conceitos estratégicos que colocamos em prática na gestão da universidade: investimento na qualificação do pessoal docente e técnico-administrativo, descentralização acadêmica e administrativa, flexibilização e revisão dos conteúdos curriculares, integração, participação em redes universitárias para o desenvolvimento de nosso Estado.

O investimento em pessoal para a qualidade acadêmica resultou no esforço de acelerar a formação de mestres e, principalmente, de doutores aliado à atração de professores visitantes doutores e de concursos públicos para atender a vagas já existentes com prioridade para adjuntos (doutores) e assistentes (mestres), inclusive para 66 professores titulares o que não ocorria de forma sistemática há 20 anos. O quadro docente em 1992 era de 1.922 professores, sendo 33% mestres e 14% doutores. Em 1995, tivemos 1.913 professores, sendo 37% mestres e 19% doutores. Ampliamos a presença de professores visitantes doutores de 23 para 121 no mesmo período.

Isto se refletiu nos resultados da pós-graduação *strictu sensu* que aumentou o número de alunos em 60%, e os cursos de especialização passaram de 31 para 63 cursos. Na esfera do pessoal técnico-administrativo, a educação continuada envolveu aumento da oferta de cursos e treinamentos de 21 para 130 cursos, beneficiando, de 1.475 funcionários em 1992 e atingindo 2.245 em 1995, de um total de 4.905 servidores técnico-administrativos.

A partir do conceito de investimento em pessoal implantou-se o *Prociência* — o programa inédito no país de dedicação exclusiva não vitalícia e não incorporável, através de processos seletivos de projeto submetidos a avaliações interna e externa, nos moldes de comitês *ad hoc* do CNPq e da FAPERJ, acompanhados e avaliados a cada três anos, envolvendo a comunidade científica e os órgãos de apoio à pesquisa. Os cem primeiros professores no Prociência foram selecionados e homologados pelo Conselho Superior de Ensino e Pesquisa, com vivo interesse da Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia e do MEC por esta iniciativa pioneira.

A descentralização acadêmica é um conceito estratégico vinculado à necessidade de estimular iniciativas dos departamentos e/ou de grupos acadêmicos que nas suas atividades de ensino-pesquisa-serviço para a interdisciplinaridade — a captação de recursos e integração com as demandas comunitárias sem as amarras burocráticas da tradição centralizadora. A operacionalização veio sendo realizada através de *Programas, Laboratórios e Núcleos*, com características institucionais específicas a cada um, mas garantindo procedimentos mais ágeis tanto na formulação dos projetos, como na execução de atividades e na captação de recursos. Através desta estratégia viabilizaram-se redes acadêmicas envolvendo diversos campos do saber, novas possibilidades de intercâmbios com outras universidades ou grupos acadêmicos estaduais, nacionais e internacionais.

Ainda como antídoto contra a tradição centralizadora, lançou-se mão da descentralização gerencial acompanhada dos recursos de execução financeira e contábil informatizados. Com o *Sistema de Informações Contábeis (SIC e PRESIC)*, os *Centros de Custos* (implantados progressivamente e hoje envolvendo todas as unidades acadêmicas e administrativas) e o *Sistema de Desembolso Descentralizado (SIDES)* foi possível dar mais rapidez à gestão, mantendo-se um sistema de normas e controles definidos pela administração central em interação com as unidades. Resultados visíveis — melhor suprimento de insumos, preços mais baixos, suspensão dos grandes estoques, extinção de almoxarifados centrais hipertrofiados, maior responsabilidade dos usuários nos processos de compra e uso dos insumos, maior eficiência administrativa.

A flexibilização curricular e a revisão dos conteúdos curriculares são princípios que têm orientado o esforço pela maior adequação e relevância dos cursos de graduação, visando corrigir os currículos rígidos, com cargas horárias excessivas, sem opções para novos interesses e motivações dos alunos. Estimularam-se iniciativas para tais revisões e deu-se maior apoio aos alunos para incentivar o vínculo ensino-trabalho-pesquisa com cerca de 1.900 bolsas de estudos com diversas modalidades, além de estágio externo em convênio com 708 empresas. A redução da evasão e o estudo de seus determinantes fez com que a Sub-Reitoria de Graduação coordenasse, na Região Sudeste, uma avaliação promovida pelo MEC em nível nacional, cujos resultados serão, em breve, divulgados.

Não é exagero atribuir-se às medidas colocadas em práticas na UERJ o aumento da demanda dos candidatos ao vestibular em nossa universidade. Hoje é o vestibular isolado com maior número de candidatos em todo o país, passando de 42 mil candidatos em 1992 para 53 mil no vestibular 96. A UERJ também tem contribuído para a busca de alternativas, em conjunto com a Secretaria de Estado de Educação, para os estudos desenvolvidos pelas universidades, em discussão no MEC e sendo testados pela UnB e pelo Distrito Federal sobre novas formas de acesso à universidade. Dentre elas, vêm-se destacando os processos de avaliação ao longo do 2º grau.

A integração e participação em redes com outras universidades para o desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro são conceitos que envolvem o reconhecimento de que o potencial científico-tecnológico de nosso Estado não pode ser desperdiçado numa competição predatória por recursos escassos. A cooperação e a formação de redes entre universidades, empresas, órgãos governamentais, entidades da sociedade criam condições de utilização mais racional do parque científico-tecnológico aqui localizado, inclusive com vista ao desenvolvimento do interior do Estado. As atividades de interiorização da UERJ e a instituição dos “*Campi Regionais*” em Resende, Nova Friburgo, Ilha Grande, Baixada Fluminense e São Gonçalo representam esforços dentro destas diretrizes

nos campos da Engenharia de Produção e da Mecatrônica, da Modelagem Computacional, do Meio Ambiente, da Educação e da Cidadania. A cooperação, principalmente com organismos do Estado e dos Municípios, tem envolvido de forma crescente o CEPUERJ e o NUSEG — núcleo de estudos governamentais que sucedeu o antigo NUSEF. A UERJ também se integrou aos estudos e projetos propostos pelo Fórum de Reitores das universidades localizadas no Estado e pelas Secretarias de Estado de Ciência e Tecnologia, de Meio Ambiente e de Educação.

É dentro desta perspectiva de integração na comunidade que a UERJ contribuiu para o desenvolvimento da cidadania e da cultura em nosso Estado. A extensão e a cultura se tornaram atividades intimamente vinculadas ao ensino, à pesquisa e ao serviço. Cumpriu-se a diretiva de que a universidade deve ser *o campo de encontro entre o saber universitário, erudito e o saber popular*. A formação dos nossos alunos e dos cidadãos e cidadãs de nosso Estado não podem prescindir do encontro-confronto desses saberes. E aí está o Teatro Odylo Costa Filho, após 20 anos, vivo, quase concluído, graças aos recursos do Governo do Estado, do Ministério da Cultura e da receita própria da UERJ através do CEPUERJ. Aí estão as oficinas culturais, o TUEJ, a Editora da UERJ com 35 títulos publicados entre 1994 e 1995, o Teatro Noel Rosa e a Praça da UERJ, 23 programas interdisciplinares, a Universidade Aberta da Terceira Idade com 2.000 usuários por ano e mais de 120 ações em projetos comunitários.

No plano nacional, a UERJ também se fez presente de forma cada vez mais intensa, debatendo as teses que o MEC e o Conselho de Reitores da Universidade Brasileira têm colocado sobre a mesa. Na vice-presidência do CRUB e na presidência da ABRUEM, os temas polêmicos da autonomia universitária, do financiamento do ensino superior, da avaliação institucional e da gestão universitária lograram considerável grau de consenso entre as autoridades governamentais e as universidades, estando maduros para serem incorporados na Reforma do Estado, na nova Lei da Educação e na legislação complementar pertinente. Princípios vitoriosos: 1) *a distribuição do poder na universidade deve ser coerente com a assimetria do saber*, ou seja, o democrático, na universidade, significa maior peso dos docentes na gestão e, dentre estes, os doutores e titulares, principalmente nas áreas de produção do saber científico; 2) *a autonomia não se confunde com soberania* e deve ser operacionalizada mediante leis e normas objetivas; 3) *a avaliação deve ser institucional*, com a participação da comunidade universitária no âmbito interno, e da comunidade científica, da sociedade e do poder público, no âmbito externo.

É a busca de novos patamares de excelência, de novos métodos e estratégias, de novos compromissos que fazem da universidade a *MULTIVERSIDADE*, como queria Anísio Teixeira. Heterogênea, conflitiva, complicada, às vezes, mas depositária de tantas utopias.

Encerro como comecei na gestão da UERJ, citando Anísio, na aula inaugural da Universidade do Distrito Federal a 31 de julho de 1935: “*A universidade não terá nenhuma verdade a dar, a não ser a única possível, que é buscá-la eternamente.*”

DISCURSO PROFERIDO NA POSSE DO REITOR
PROF. ANTÔNIO CELSO ALVES PEREIRA (11-01-1996)

IVO BARBIERI

O Prof. Antônio Celso Alves Pereira é, a partir de hoje, o 13º Reitor da UERJ e o 3º oriundo da Faculdade de Direito. É também o 3º Reitor diretamente eleito com a participação de toda a comunidade universitária. Mas, deixemos à fantasia dos numerólogos especular a respeito da recorrência do número três na história que vem desaguar na data de posse do novo Reitor. Dirigindo o olhar para a frente num enfoque de longo prazo, que é o que deve prevalecer sobre o imediatismo do olhar dos nossos políticos, digamos que a missão nobre da Universidade é iluminar o horizonte de expectativas das gerações jovens que a procuram em busca de definição do seu próprio futuro. Este talvez seja um dos mais prementes desafios do Reitor Antônio Celso: interpretar corretamente os signos da contemporaneidade projetando a existência pública na prospecção de suas possibilidades extremas. Segundo essa perspectiva, a Universidade é mais do que um conjunto de Faculdade, Institutos, currículos, salas de aula, laboratórios e bibliotecas. A razão de ser é empenhar-se na reativação do princípio esperança, tornando-se ela mesma a matriz geradora das formas de um mundo por vir. Convenhamos não ser essa tarefa para uma, duas ou algumas dezenas de pessoas. O senso de viabilidade das possibilidades concretas é função de toda a comunidade. Mas a própria comunidade universitária, de que tanto se fala, necessita ser repensada de acordo com o momento que se quer construir com grandeza. Primeiro, a noção de comunidade deve ser depurada da contaminação romântica, que a imagina como um organismo homogêneo. Seria, igualmente, equivocado supô-la um conjunto dilacerado de facções ou segmentos em permanente conflito. Se a controvérsia é própria da vida acadêmica e o debate, a condição de sua vitalidade, é questão decisiva não confundir debate com combate, nem confronto de idéias com confrontação ideológica. Segundo, é preciso abolir definitivamente a atitude arrogante de quem supõe saber tudo e é capaz de mudar o mundo, em favor da consciência crítica de que a

Universidade não se basta a si mesma e que liberdade acadêmica e autonomia universitária não podem servir de escudo para a defesa de interesses corporativos menores ou de bandeira para a encenação político-partidária, mascarada de reivindicações, em si legítimas. O horizonte real da Universidade, repitamos mais uma e muitas vezes, não confina com os limites do campus. A perda do referente social nas práticas acadêmicas põe em xeque a legitimidade da instituição. Não será o declínio de prestígio da Universidade em nossos dias, em grande parte, decorrente da desreferencialidade? E não estaria esta, por sua vez, inserida no contexto denominado por Václav Hável, o intelectual hoje Presidente da República Tcheca, de *ditadura global de marketing, consumismo e violência televisiva*, cuja meta é levar a humanidade a um estado de idiotia total — tendência obstaculizada por entidades que pensam e agem autonomamente, como deve pensar e agir a Universidade. O Reitor Antônio Celso, especialista em Direito e Política Internacional, em Ciências Sociais e História, cultivador da sensibilidade estética, professor e dirigente acadêmico respeitado e querido por quantos tiveram o privilégio de conviver com ele, reúne credenciais suficientes para conduzir a UERJ pelos caminhos da tolerância, solidariedade e convivência harmoniosa, com o senso da responsabilidade e da dignidade que o cargo de Reitor exige. Certamente que, além de dedicar-se às ocupações direcionadas ao aprimoramento de métodos e mecanismos da rotina acadêmica, ele saberá empenhar o melhor de si mesmo no trabalho incentivador de maior abertura da UERJ ao mundo que a cerca. Eu estou convencido de que o Reitorado que ora se inaugura caminhará na direção do pleno florescimento da consciência social, não permitindo que a Universidade se alheie às dores e carências que por toda parte machucam a nossa sensibilidade. Pois seria condenável ficar indiferente à penúria de crianças que definham com fome, famílias que apodrecem abandonadas, indivíduos privados da cidadania, diante da violência urbana e do desamparo do campo, do descalabro do sistema de saúde e do aviltamento da educação, da devastação do meio ambiente, da impunidade assim como da lentidão e estrabismo na administração da justiça — essas e tantas outras mazelas que o só nomeá-las nos constrange.

Documento publicado pela UNESCO em 1995 diz ser causa de preocupação o *vão que aumenta entre os países desenvolvidos e os em via de desenvolvimento, em referência às condições do ensino superior e da pesquisa*. Dados, como os que informam que mais de 80% da pesquisa mundial é realizada somente em alguns países industrializados e que o gasto médio por estudante é dez vezes menor nos países em desenvolvimento do que nos desenvolvidos, significam que é cada vez maior a distância entre os países mais desenvolvidos e os menos desenvolvidos. Em época de contenção orçamentária, cresce em nossas universidades o *déficit* acumulado ao longo dos anos de repressão das

demandas mais fundamentais, ao mesmo tempo que os ouvidos dos órgãos fazendários fazem-se mais duros aos nossos reclamos. No entanto, investimentos maciços na educação em geral e no ensino superior de modo especial são inadiáveis diante da premência de qualificação da força de trabalho em vista da mudança de perfil da economia. O Estado do Rio de Janeiro, como o Brasil, está muito atrasado nessa corrida e, se os homens públicos deste país não se derem conta da gravidade do problema, corremos e risco de, mais uma vez, perder o bonde da história. Já faz algumas décadas que o saber se tornou a principal força de produção, tendo mudado o panorama do mundo do trabalho nos países desenvolvidos, e sendo o nosso atraso o principal ponto de estrangulamento das vias de desenvolvimento. (*O Pós-Moderno*: Lyotard, 5.)

Diz o relatório da UNESCO:

Se o ensino superior deve dar uma contribuição significativa para o desenvolvimento da sociedade, o Estado e a sociedade em geral devem percebê-lo menos como um peso no orçamento público e mais como um investimento nacional a longo prazo para melhorar a competitividade econômica, o desenvolvimento cultural e a coesão social. (158)

Como no Brasil estamos muito longe de compreender a relevância e efetividade do ensino superior, é pouco provável que a limitação de recursos financeiros seja corrigida em futuro próximo. Terá, pois, a UERJ de encontrar meios para enfrentar esse desafio, sabendo que a forte contenção nos orçamentos públicos é fonte permanente de tensão entre o Estado, de um lado, e a Universidade, do outro. Relativamente a salários, serão necessários redobrados esforços para evitar retrocesso na política implantada, a duras penas, em 88 e até hoje mantida, que inaugurou na UERJ um tempo de reversão daquilo que a educadora Zaia Brandão qualificou como *desatenção histórica para com o magistério*. Se, afinal, foi possível pôr em prática a valorização do trabalho acadêmico no governo impopular de Moreira Franco, prática mantida durante o controvertido governo Leonel Brizola, seria paradoxo inassimilável qualquer retrocesso dessa política no governo social democrata de Marcello Alencar. Para orientação no futuro, de imediato convém lembrar que a história revela e a experiência confirma terem sido as melhores soluções possíveis encontradas sempre no diálogo, quando cultivado em nível de elevado entendimento. Como representante legal e legítimo da Universidade — instituição e comunidade — o Reitor Antônio Celso saberá advogar junto ao Estado, órgãos de fomento, entidades de intercâmbio e sociedade civil, a causa da UERJ, pois, além de advogado bem dotado, trata-se de um bom carioca nascido em Minas Gerais.

Outro grande desafio, que antevio na jornada do Reitor Antônio Celso é o de como intensificar a busca de melhoria da qualidade do ensino, pesquisa, administração e extensão. A questão da qualidade, como se sabe, não pode deixar de vir intimamente associada a mecanismos de avaliação e à urgência de revisão curricular a partir do próprio conceito de currículo. Mesmo admitindo que a enciclopédia de hoje, e certamente de amanhã, são os bancos de dados, o ensino superior nunca foi e, provavelmente, nunca será apenas transmissão de informações. A vantagem não pertence mais àquele que possui maior suplemento de informação, mas está com o que for capaz de articular séries tidas até aqui como independentes. À clássica divisão em disciplinas e ao domínio de uma área de conhecimentos, contrapõe-se agora a conexão inter e transdisciplinar. A capacidade de conectar campos já não pode ser ignorada, e o cruzamento de linguagens, isto é, a metáfora poética, volta à ordem do dia. De novo, a imaginação é convocada para dar impulso à inteligência e irrigar a aridez do solo racionalista. Contra a urgência de uma revolução curricular, erguer-se-ão muralhas de resistências e acomodamentos. Para progredir, a idéia depende muito da motivação dos estudantes e do alastramento da noção de universidade como o lugar de encontro dos que se movem pela paixão do saber, comprometidos com a descoberta do novo e dispostos à partilha dos benefícios oriundos do conhecimento. E visto não ser a universidade nenhuma ilha, impõe-se a necessidade de reexaminar questões como a interface do segundo e terceiro graus, bem como a revitalização do ensino fundamental. Eu não tenho dúvidas de que cabe à Universidade assumir o papel de liderança no processo de renovação do sistema educacional. Cansados de discursos que apregoam a prioridade da educação, é mais do que hora de dar encaminhamento efetivo à questão. E para que empreendimento de tal envergadura deixe de ser abordado com leviandade, talvez seja útil ter em mente o que Kafka escreveu a respeito do tempo de preparação dos chineses para a necessidade de construção da grande muralha. O texto kafkiano diz textualmente:

Cinquenta anos antes do início da construção, foi declarada, em toda a China a ser murada, a arte da construção, em especial da alvenaria, como a ciência mais importante, e tudo o resto reconhecido apenas na medida em que se relacionava com ela.

(Na Construção da Muralha da China, 17)

Se a UERJ, nos próximos anos, contribuir, minimamente que seja, para a difusão em todas as camadas da sociedade fluminense de que educação de qualidade é artigo de primeira necessidade, terá ajudado a preparar o caminho para (quem sabe ?), daqui a menos de cinquenta anos, se darem as condições reais para o início da construção, não da grande muralha, mas da consciência

cívica dos habitantes desta cidade e deste Estado, capaz de elevá-los à condição de cidadãos livres e responsáveis. Deixemos, porém, de alimentar ilusões: esta não será obra de uma geração nem de duas. Muitas trabalharão nela, até perfazê-la. Os quatro anos de mandato do Reitor Antônio Celso Alves Pereira, que neste ato se inaugura, prenunciam uma jornada longa e difícil à qual desejo augurar a melhor das fortunas.

DISCURSO DE POSSE NA REITORIA DA UERJ (11-01-1996)

ANTÔNIO CELSO ALVES PEREIRA

Que as minhas primeiras palavras sejam de saudação, homenagem e agradecimento ao Excelentíssimo Senhor Governador Marcelo Alencar, Chanceler da nossa Universidade, pela honra de receber das mãos de Vossa Excelência a missão de administrar a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, nos próximos quatro anos.

O mandato que ora recebo, de Reitor de uma das mais importantes universidades do país, tem para mim o mais alto significado, na medida em que excede a todas as minhas aspirações.

Recebo esta investidura com humildade e com a absoluta consciência de sua importância, e aqui, diante de todos, assumo o compromisso de empenhar o esforço maior, de não recuar frente aos desafios, de prosseguir no projeto de modernização da UERJ iniciado, há oito anos, da profícua gestão do Magnífico Reitor Ivo Barbieri e continuada na administração do Magnífico Reitor Hésio Cordeiro. Espero, com a ajuda de Deus, corresponder à confiança e à expectativa dos três segmentos que configuram a comunidade UERJ: professores, servidores técnico-administrativos e alunos que sufragaram meu nome e o da vice-reitora, Professora Nilcéa Freire, nas eleições de outubro passado. A eleição da Professora Nilcéa Freire para Vice-Reitora tem um significado todo especial: é a primeira mulher a ocupar este cargo na história da UERJ. Pelo que todos nós sabemos e conhecemos, ela é uma mulher extraordinária, competente, dotada de verdadeiro espírito de luta, dedicada à Universidade onde se formou médica e fez vitoriosa carreira acadêmica. Sua presença na alta administração será, sem dúvida, um dos fatores determinantes para a continuidade do impulso renovador na UERJ.

Meu Governador, Minhas Senhoras e Meus Senhores

Estamos vivendo a última década deste incrível século XX. Chegamos ao fim do Segundo Milênio assistindo a um espetacular desfile de realizações humanas, de oportunidades de conhecimento, de aperfeiçoamentos, e de pro-

gressos científicos e tecnológicos que até então faziam parte apenas dos sonhos dos poetas, da intuição dos místicos e das incríveis especulações dos profetas e dos futurólogos. E por falar nestes últimos, um deles, Herman Kahn, que fazia de suas previsões cortinas de fumaça para encobrir intenções imperialistas, dizia que o século XX podia ser dividido em quatro fases:

- 1ª) moderada, 1890-1913 — a *Belle Epoque*;
- 2ª) desastrosa, 1914-1947 — *Mauvaise Epoque*;
- 3ª) altamente dinâmica — 1948-1973 — *Deuxième Belle Epoque*; e
- 4ª) de 1974 em diante — a época do mal-estar.

Nunca, na trajetória da humanidade, os fatos históricos foram impulsionados com a velocidade e a dinâmica com que hoje se apresentam. Estes últimos dias do século são abalados pela violência dos terrorismos político e religioso, pelas frustrações tribais e pelas hordas fundamentalistas, que monopolizam os noticiários estampando holocaustos e tragédias que nos fazem transitar de um medo para outro, alimentando paranóias e pavores das pessoas e das coletividades.

Este mundo, que a mídia eletrônica e a revolução nos transportes transformou em aldeia e a globalização da economia uniu pelo mercado, está obviamente em crise.

Crise e conflito.

O conflito, sabemos, está em toda a parte, na sociedade, e até na poesia. Segundo um dos maiores poetas deste século, o irlandês Yats, “da briga do homem com os outros surge a retórica; da briga do homem consigo mesmo “nasce a poesia”. Mas, apesar de tudo, e por isso mesmo, precisamos todos enfrentar a realidade sem perder a capacidade de sonhar, de alimentar nossas utopias. Não podemos sucumbir à nostalgia da realidade, assustados, como ficavam os antigos ao ouvirem os toques do semantrom, o grande gongo que anunciava a morte e o silêncio nas catedrais bizantinas.

Desde que Adão e Eva aprontaram, a solução para a vida é trabalhar e sonhar, ou, dependendo das prioridades de cada um, sonhar e trabalhar. E por isso sou otimista. Acredito no Brasil, no nosso Estado, na nossa Universidade.

Somos todos testemunhas do enorme esforço que o Governador Marcelo Alencar vem empreendendo para sanear as finanças, reorganizar as forças de segurança do Estado, e, sobretudo, sua luta para a retomada do desenvolvimento, o que, após duas décadas de esvaziamento econômico, o Estado do Rio de Janeiro começa, enfim, a reverter essa situação, com os investimentos públicos e privados que aqui estão sendo aplicados em áreas estratégicas e fundamentais ao nosso desenvolvimento econômico e social.

A UERJ tem um importante papel a exercer nesse movimento de recuperação econômica, social e cultural do Estado, que a mantém. A Universidade deve ser um agente de mudanças, e como instituição acadêmica, deve cumprir

os objetivos que lhes são próprios. Em seus diversos *campi*, reúne, hoje, conjuntos altamente qualificados de professores, funcionários técnico-administrativos e estudantes, que lhe dão condições para integrar-se, de forma definitiva, no projeto estratégico de desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro. Devemos ter, em razão disso, uma proposta acadêmica original, ousada e criativa, onde o desenvolvimento da pesquisa e a formação de profissionais altamente qualificados permita à UERJ participar da formulação das políticas públicas, desenvolver tecnologias para ampliar a produtividade no Estado e contribuir para a afirmação de sua realidade cultural. As atividades dirigidas a todos os municípios fluminenses ampliarão as bases da bem-sucedida política de extensão, que a Universidade vem praticando junto a importantes segmentos da população do Estado, principalmente nos setores mais carentes. A continuidade do Programa Médico de Família será um dos principais instrumentos de nossa atuação. Na área biomédica, além de possuir quadros docentes e técnicos altamente capacitados, o Hospital Universitário Pedro Ernesto tem capacidade para consolidar sua situação de referência para o ensino médico e para a assistência e a avaliação de inovações tecnológicas no campo da saúde.

A fusão dos antigos Estados da Guanabara e Rio de Janeiro está ainda a desafiar a UERJ. Ela precisa interiorizar-se, articular-se, com vitalidade, com todas as regiões do Estado. Essa estadualização precisa estar ligada às estratégias de desenvolvimento, às questões da cidadania, da democratização, do acesso ao conhecimento e das lutas contra a miséria e a exclusão social. Nessa direção a UERJ precisa consolidar os *campi* de Friburgo — o Instituto Politécnico — e Resende — Curso de Engenharia de Produção —, e transformar a Faculdade de Formação de Professores de São Gonçalo e a Faculdade de Educação da Baixada Fluminense em *campi* regionais voltados à ação integrada da UERJ dos municípios da Região dos Lagos e da Baixada Fluminense. O projeto Ilha Grande, verdadeiro desafio na área ambiental, precisa de uma ação objetiva junto aos órgãos nacionais e internacionais, visando parcerias para a sua concretização. Além do mais, a UERJ pode atuar na formação de quadros para as indústrias de turismo e hotelaria, oferecendo cursos de atualização às prefeituras e à iniciativa privada das regiões turísticas do Estado. Temos a obrigação de criar condições para o aproveitamento das vantagens comparativas do Estado, oferecendo nossos serviços, nossa capacidade técnica e científica ao poder público e à iniciativa privada. Todas essas ações dependem, é claro, das condições reais de financiamento que se possa ter. A UERJ é uma Universidade pública e gratuita mantida pelo Estado, e, como tal, é uma conquista da nossa população. Contudo, a escassez de recursos públicos para investimentos exige da Universidade uma política integrada para a captação de recursos, com os quais ela poderá suplementar as dotações do Tesouro do Estado e, com isso, melhorar as condições dos laboratórios, renovar o acervo bibliográfico e os

serviços audiovisuais, promover a informatização das bibliotecas, que hoje atendem 900 mil usuários-ano. Como assinala Cristovan Buarque, ex-Reitor da Universidade de Brasília e atual Governador do DF: “A principal responsabilidade das comunidades universitárias nos próximos anos será manter as universidades democraticamente ativas e crescendo. ...Será necessário mobilizar recursos próprios para atravessar os próximos anos ou décadas... A opção de muitos, nos últimos anos, de concentrar todos os esforços apenas na reclamação contra o Governo, é uma posição infantil. A luta por mais verbas levou à armadilha da falta de recursos e fez a Universidade subestimar seu próprio potencial. A correta mobilização desse potencial, ao lado da luta por mais verbas, permitirá que os próximos anos sejam atravessados com a credibilidade necessária.” A UERJ tem todas as condições para virar o milênio como uma grande Universidade. Uma gestão acadêmica solidária, descentralizada, integrada no projeto estratégico de desenvolvimento do Rio de Janeiro, baseada numa lei orgânica que normatize suas relações com o Estado do Rio de Janeiro. Da mesma forma esta gestão acadêmica deve estar assentada no compromisso democrático, na qualidade e na excelência acadêmicas, exercitando parcerias com os órgãos públicos e com a iniciativa privada, constitui o passaporte que a UERJ deve, sem preconceitos, buscar hoje e sempre.

A UERJ, nos próximos quatro anos, pelo esforço da sua comunidade, trabalhará, tenho certeza, para manter-se pluralista, sem discriminações de qualquer espécie, fortalecida pelos princípios morais, Casa onde o mérito seja a única forma de realização de todos aqueles que nela estão para trabalhar e aprender.

Encerro estas palavras evocando versos do poeta Saint-John Perse, prêmio Nobel de literatura de 1960.

“Os tempos são fortes e a hora é grande!
As primeiras vagas do equinócio erguem-se já
no horizonte para dar à luz um novo milênio...
Um grande pedaço de história nascente
desprende-se para nós no dealvar do futuro...”

DISCURSO DE POSSE NA DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ (15-03-1996)

GUSTAVO TEPEDINO

O Professor San Tiago Dantas, ao tomar posse, em 1940, na cátedra de direito civil da Faculdade Nacional de Direito, em idade que o distinguiria como o *catedrático-menino*, confessou-se profundamente amargurado. Afirmou, então, que ao ocupar tão cedo aquela cátedra, não estava apenas vencendo uma etapa de sua carreira, mas escolhendo e assumindo o seu destino. Ora — rematou o mestre —, “o encontro do homem com o destino não se dá sem amargura. Pouco importa saber que combatemos para o alcançar. O que pesa em nós é um sentimento indefinido e irresistível; talvez nesta nossa condição humana, plasmada na hesitação e na dúvida, é o sentimento que nos deixa a renúncia à disponibilidade em que um momento antes nos achávamos”.

Somente hoje, ao assumir a Direção da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, honra imerecida que me foi outorgada pelo sufrágio de cada um dos três segmentos que compõem nossa comunidade universitária, certamente com menos vivência e inteligência que meus antecessores; somente hoje, dou realmente conta do que representa o encontro do homem com o seu destino.

Ao gáudio incontido de me ver deferida a possibilidade de perseverar e prosseguir nas melhores tradições desta Casa, e de pretender superar com denoto e abnegação as não poucas deficiências pessoais, de modo a consolidar a Faculdade de Direito como um dos principais centros de referência do ensino jurídico em nosso país, resta a angústia do compromisso definitivo, da realidade inexorável, do jamais poder me deixar ser, a partir de agora, por um segundo sequer, indiferente aos desígnios desta Casa, para onde vim como que fascinado, em minha primeira e única opção acadêmica — na feliz imagem de Ricardo Lobo Torres —; esta Casa que me acolheu há dez anos e pela qual me vejo inseparavelmente incorporado, por toda a minha existência.

À espinhosa contradição de sentimentos agrega-se, no tempo que passa, a inadequação dos valores que, postos na mídia como axiomas, na avalanche de informações *cada vez mais unilaterais e padronizadas*, difundidas no âmbito de uma economia que se globaliza, dificultam nossa tarefa de educar.

Fala-se em desideologização, flexibilização, o que afinal auxiliaria a alma pragmática do profissional do direito, afetivo à complexidade das relações sociais e humanas, em cujo seio, por entre sutis labirintos éticos, deve exercer o seu mister.

Ledo engano. Temo que mercê das alterações dos confins das ideologias e do conhecimento, abalem-se em realidade os alicerces de pilares éticos indispensáveis à formação dos bacharéis do amanhã.

Senhores, faltaria com a verdade para convosco e para comigo mesmo se me compromettesse, para o próximo quadriênio, a ceder à relativização desse jaez, a essa espécie de *flexibilização ética*.

Integro uma geração essencialmente ideologizada, inconformada, que não sucumbiu aos sucessivos reveses da política brasileira contemporânea, abstinada — se poderia mesmo dizer — na construção de um país onde certos *lugares comuns* possam se tornar realidade. Onde a ordem jurídica possa coincidir com dias melhores para a maioria da população e onde o profissional do direito possa exercer seu papel de promotor dos valores sociais elementares — de resto incorporados ao texto da Constituição Federal em vigor —, de modo a se construir uma cidadania participativa, reformuladora não somente das relações entre o Estado e o indivíduo mas da totalidade das relações intersubjetivas.

A vocação histórica do homem do direito, que lhe reservou papel de destaque no cenário brasileiro, atribuindo-lhe, em nosso passado próximo, função proeminente, através da Ordem dos Advogados e dos milhares de anônimos militantes da causa da justiça e dos direitos humanos, pela consolidação do Estado Social de Direito, não pode ser olvidada ou simplesmente posta de lado. A comunidade jurídica, que outrora chegou a suprir a ausência de formulação partidária, há que reencontrar o seu papel político — hoje descartando qualquer interesse político-partidário —, no que deveria se constituir em verdadeira cruzada ética, marcada pela intransigência mais absoluta no que se refere à dignidade da pessoa humana.

Ao homem do direito nenhuma agenda econômica ou proposta de reformulação do Estado pode seduzir se não se apresentar caracterizada, às escâncaras, a prioridade absoluta, imediata, inadiável com a emancipação do homem e com a erradicação das desigualdades culturais, sociais e regionais que envergonham o país.

Diante de um quadro social desolador, com o qual incrivelmente nos habituamos a conviver, não parece tolerável que as entidades de classe, representativas das diversas profissões jurídicas, assim como as entidades estudantis

formadas por acadêmicos de Direito, de tradição gloriosa, mostrem-se tão acanhadas, submersas em preocupações endogâmicas, agrilhoadas aos lindes de reivindicações meramente corporativas, quando não subalternas.

Não foi sem razão que o Decano de nossa Congregação, Professor Titular Ricardo Cesar Pereira Lira, ao assumir a Presidência do mais que centenário Instituto dos Advogados Brasileiros, a 8 de abril de 1992, proferiu candente locução significativamente intitulada *Progéria Social — A Elite e a Miséria Absoluta — Estado e Sociedade Civil*, na qual conclamava seus pares a refletirem sobre “a violência que assola a nação. Violência no campo — dizia ele —, violência urbana, violência ecológica, violência civil, consistente na negação constante e pertinaz dos elementares direitos da cidadania”. Sua Excelência, ao assumir naquele instante a mais vetusta das tribunas jurídicas de nosso país, aludiu incessante e especificamente à função essencial e insuprimível do advogado, ao sublinhar: “Cabe-nos refletir, com serenidade, se o denominado “social liberalismo” proposto na “agenda para o consenso” constitui passo inicial efetivo para a eliminação das apontadas desigualdades sociais e regionais; e o Estado que planeja, mas não dirige, pode ser o verdadeiro agente dessa eliminação; se o Estado mínimo, a livre iniciativa e a economia de mercado — é ainda ele quem o afirma — reduzirão esse perverso abismo que separa a elite privilegiada da nação miserável e faminta; se o Estado, infiltrado pelo interesse do capital, tem poderes efetivos para a real repressão dos setores dominantes da economia oligopolizada”.

Neste cenário assombroso, não podem as Escolas de Direito, celeiro vivo de dirigentes, líderes e administradores, tanto do setor público como do privado, se furtar ao papel que se lhes foi historicamente atribuído, na formação de profissionais dotados de espírito humanista e crítico, objetivo que está a suscitar reflexão urgente acerca do ensino jurídico e da metodologia empregada nos Cursos de Direito.

Não imagino cometer injustiça ao associar à onda da desideologização a preocupação cada vez menor com as disciplinas básicas e o crescente interesse por temas práticos, profissionalizantes, dóceis às demandas de mercado. Discutem-se nos últimos anos, em todos os recantos do Brasil, as grades curriculares, sem que se atenha à perda de conteúdo dos programas de ensino, dispersos diante de duas perigosas criaturas, forjadas a pretexto de se modernizar o ensino: uma mal compreendida interdisciplinariedade e a falsa especialização.

A primeira delas, a pseudo-interdisciplinariedade, é responsável por um verdadeiro diálogo de ignorantes, substituindo-se o que deveria ser uma compreensão pluralista e multifacetada do fenômeno jurídico, necessariamente interdisciplinar, em busca de uma nova — embora sempre viva — dogmática, substituindo-se tudo isso por uma justaposição de categorias nada homogêneas, impermeáveis, isolantes, paralisantes.

Ao propósito, Moacyr Werneck de Castro, em recente artigo publicado no *Jornal do Brasil* (JB, 27/2/96), associa o declínio do nível geral do conhecimento a uma “pseudocultura”, que na verdade se traduz em um “bestialógico” do qual “há um consumo conspícuo que não implica assimilação”. Tal “simulação de cultura”, segundo o articulista, sequer “tem o mérito de estimular curiosidades e vocações”: “Presta-se a um objetivo ostentatório, já que lhe falta o lastro dos indispensáveis conhecimentos básicos.” Afirma ele que: “A globalização cultural de nossos dias empresta ao fenômeno, que recrudescer em novas áreas e sob novas formas, um caráter ainda mais amargo, como expressão de uma tendência mundial supostamente irresistível.”

O refinado escritor evoca, na mesma direção, a deliciosa poesia de Carlos Drummond de Andrade, de 1975, embora de impressionante atualidade, na qual nosso poeta maior bradava, lá pelas tantas, sob o eloquente título “Exorcismo”:

Da camada imagética
Do espaço heterotópico
Das relações entre topos e macrotopos
Do elemento supra-segmental
Libera nos Domine

.....
Da Estruturação semêmica
Do idioleto e da pancroniza científica
Da confiabilidade dos testes psicolinguísticos
Da análise computacional da estruturação silábica dos falares regionais
Libera nos Domine

.....
Da estrutura exo-semântica da linguagem musical
Da totalidade sincrética do emissor
Da linguística gerativo-transformacional
Do movimento transformacionista
Libera nos Domine

A segunda criatura, a falsa especialização, gerou a perda do conhecimento das referências elementares das Ciências Jurídicas, ensejando os Cursos destinados à revisão do programa: sem um núcleo básico de matérias que ensine o profissional a pensar, a argumentar, a interpretar e aplicar as leis à realidade social, perde-se ele inteiramente, na busca da aquisição de uma cada vez mais emaranhada, efêmera e fugaz coletânea legislativa, mutante e às vezes errante, nos diversos sítios da disciplina jurídica.

Proliferam, nesta esteira, os cursos preparatórios para as carreiras jurídicas, que reduzem o ensino do Direito a um mero condicionamento normativista,

subtraindo horas e horas dos professores das Universidades, além de tornarem extremamente dispendiosa a formação do profissional, na mais inequívoca das demonstrações da falência do ensino jurídico.

E tudo isso sob o beneplácito autofágico de algumas Faculdades, que chegam a criar os seus próprios cursinhos.

O que deveriam ser louváveis Cursos de Especialização de bacharéis para as carreiras da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, como ocorrem nas Escolas de Magistratura Europeias, transformaram-se em cursos supletivos.

Daqui decorrem pelo menos duas conseqüências perversas, argutamente observadas por Joaquim Falcão. Em primeiro lugar, tais cursos, por ele chamados de Escolas Alternativas de Direito, ao se expandirem pelas mãos dos próprios profissionais encarregados da formação jurídica, fazem obviamente diminuir a pressão pela reforma do ensino. Além disso, por via oblíqua, privatiza-se a formação do profissional do direito, na medida em que a Faculdade não é suficiente para lhe assegurar a colocação no mercado de trabalho.

A Faculdade de Direito da UERJ tem resistido bravamente a tudo isso, embora de nós todos, professores e estudantes, profissionais do direito que somos, seja-nos exigido ainda mais, na intensificação de nossas energias, no momento em que se engrandece, a olhos vistos, nossa reputação e cresce a expectativa social no tocante à nossa Universidade.

Cumpra-nos o desafio da implantação do novo currículo, cuidadosamente manufaturado sob a liderança do nosso querido Reitor, Professor Antônio Celso, levando-o a efeito por meio de uma metodologia que estimule o sentimento crítico, permitindo que floresçam em nossos alunos a criatividade, substantivo em franca decadência na era da informática.

Chega ser mesmo inquietante que o formidável volume de informações computadorizadas seja visto, no comum dos casos, como mero portador de facilidades; redes tecnológicas e aparatos da mais alta tecnologia tomadas apenas como meio de se economizar esforços mentais, não já como elemento estimulador da criatividade e redefinidor dos limites da inteligência humana.

Umberto Eco, em artigo publicado na Revista *L'espresso*, compara esta quantidade de informações ociosas, que recebemos a cada dia, com a prosaica situação de alguém a quem fossem oferecidos um milhão de dólares, em notas de um dólar, sendo-lhe exigido, como única contrapartida, o dever de contar todo o dinheiro antes de gastá-lo. Aconselha Eco ao incauto favorecido recusar o dinheiro prontamente, já que a tarefa lhe subtrairia pouco mais de 31 anos de labor, na conferência do dinheiro recebido.

Sendo consentido, sobre o tema, invocar ainda uma vez outra página de Moacyr Werneck de Castro, sublinharia a advertência para a “fantasia ameaçada”; a substituição, no processo educacional, de maneira também globalizan-

te, dos inocentes personagens da literatura infantil por ídolos grotescos, que vivem situações de terror e violência desmedida. Horrendos Folconzord da série White Rangers, ou os Power Zords, representados por Ninja Megazord, Ultra-zord e Shogan Megazord, todos a preços absurdos, relegam para os sebos, quando não para a cesta de papel, nossas inocentes bruxas e tudo aquilo que “durante gerações, séculos afora, foi enriquecido pelo patrimônio acumulado no folclore dos povos, sob a forma de lendas, contos de fada ou histórias da carochinha, crendices e abusões, mitos e alegorias...”. Esse patrimônio universal, que no Brasil “se enriqueceu com a mitologia indígena e africana”, possui uma importância maior do que pode supor a pseudocultura tecnologizada. Pois quem venham, redivivos, na formação infantil” os negrinhos do pastoreio, os sacis-pererês, as mães-d’água, os botos”, e ainda “os gnomos, elfos, silfos, ondinas, valquírias e fadas que freqüentavam em farândolas os bosques misteriosos da velha Alemanha”. Talvez seja esta a fórmula para ocupar melhor as mentes de nossos jovens, evitando a busca, aqui e acolá, de ídolos que se refazem agressivos e desprovidos de qualquer conteúdo espiritual.

O momento, contudo, não é de pessimismo. Afinal, temos um Reitor Romancista, contador de histórias, marcado por aguda sensibilidade, responsável por uma nova etapa na Faculdade de Direito e na Universidade.

Escuso-me por ter evitado, propositalmente, passar em revista os quatro anos da gestão de Antônio Celso, a quem me coube auxiliar. Não me sinto à vontade para uma apresentação desse tipo sobretudo porque o elenco significativo de realizações, devidas exclusivamente à liderança, inteligência e desconcertante simpatia de Antônio Celso, invariavelmente favorece a mim, seja por sua fidalguia, seja pela amizade que, para minha honra e alegria, nos fez tão próximos nestes anos de convivência estreita. Quer a generosidade de Antônio Celso que eu me beneficie, mercê do que seria, na linguagem do meu direito civil, escandaloso locupletamento sem causa, das conquistas que, em realidade, só a ele próprio devemos creditar, ao mesmo tempo em que, ao revés, avoca a si, sempre, a responsabilidade pelas falhas de seus liderados.

Tenho sido em realidade seu aprendiz na interminável seqüência de ensinamentos que tanto encantam e fascinam todos aqueles que com ele têm o privilégio de conviver. A Antônio Celso, responsável por gestão cujo reconhecimento generalizado me dispensaria, também por este motivo, de destacar, devemos, dentre tantas lições, a infinita capacidade de compreender a natureza humana e de estimular talentos, sem qualquer ressalva ou interesse pessoal. Daí o efeito multiplicador que sua presença propicia, fazendo com que todos se sintam, mais do que parceiros, seus consortes, na condução de sua administração.

Nosso projeto acadêmico e institucional prossegue, portanto, com os mesmos princípios. Não poderia deixar de agradecer a todos os funcionários,

professores e alunos que tanto têm trabalhado pelo engrandecimento da Faculdade de Direito, alguns com dedicação mais que exclusiva, aos quais sou e serei eternamente grato. Contem sempre comigo.

Ao Professor e dileto amigo Hésio Cordeiro, o reconhecimento de quem ele jamais deixou de atender, a qualquer hora, sendo ele cúmplice do projeto de excelência acadêmica que vem sendo realizado na Faculdade de Direito.

A Ricardo Lobo Torres, este refinado jurista e extraordinária figura humana, que apenas formalmente tomará posse em abril, nos termos dos mandamentos universitários, pois que comigo tem compartilhado, lado a lado, e desde a primeira hora, os percalços próprios da administração, uma palavra muito especial de agradecimento, por seu espírito público, desprendimento, solidariedade e lealdade que se fazem constante em seu caráter. Nossas afinidades florescem a cada dia, no mesmo passo em que por ele maior se torna minha admiração, afigurando-se, por isso mesmo, uma co-gestão harmoniosa e profícuca.

Minhas senhoras, meus senhores, meu querido mestre Antônio Celso: “Os anjos e arcanjos da corte celestial alimentam-se apenas de pétalas, folhas e sumos das flores”. Ao menos assim dizia o jardineiro celeste “na explicação do “velho Carlindo”, em “A Porta de Jerusalém”, razão suficiente a justificar tanto ciúme por seus “campos, vales, montes e outeiros cobertos por manacás, jasmims, damas-da-noite, alecrins, canteiros e canteiros cercados de roseiras”.

Prometo zelar pela Faculdade de Direito como Carlindo por seu jardim, certo de que nossa missão, diante da grandeza da Academia, transcende a cada um de nós.

Possa eu ser digno da confiança que me é por vós depositada.
Muito obrigado.

OS DEVERES PARA COM A COMUNIDADE*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. Profundamente grato à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e ao seu eminente diretor, Professor Joaquim Munoz de Mello, pela distinção do convite para falar na sessão inaugural do ano acadêmico de 1996, direi preliminarmente duas palavras sobre o tema e o tratamento que lhe procurei dar. Dirigindo-me ao inteiro corpo discente, não me pareceu razoável dissertar sobre assunto muito especializado, inacessível aos estudantes do primeiro ano, que estão ingressando no mundo do direito. Procurei escolher tema capaz de interessar a todos em geral.

Quanto ao tratamento, levei em conta que a sessão ocorreria em pleno verão, época do ano que exige leveza nas roupas e também nos pensamentos e nas palavras, sob pena de tornar-se excessivamente pesada, ao menos para um carioca, e apesar do refrigério que, no meu caso pessoal, representou a brilhante conquista de mais um título pelo Botafogo... Aos eminentes professores que me honram com sua presença, acentuo que escrevi mais para alunos que para mestres. Peço-lhes, portanto, que sejam indulgentes, e sobretudo que não esperem de mim qualquer coisa que mesmo de longe se pareça com aquilo a que me costumava chamar “aula de sapiência” — até porque, a esta altura, não cairia eu na tentação de imitar o sapateiro de Apeles, fazendo-me passar pelo erudito que não sou.

2. Tem o sabor do lugar-comum a afirmação de que a vida em sociedade constitui um tecido de relações intersubjetivas, as quais, quando reguladas pelo direito, se convertem em relações jurídicas. Uma longa tradição individualista fixou a atenção dos estudiosos, durante muito tempo e quase com exclusividade, nas relações jurídicas entre sujeitos bem determinados e, as mais das vezes,

* Texto da aula inaugural do ano acadêmico de 1996 da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (4.3.1996).

isolados. O padrão clássico de referência, na matéria, sempre foi, e em não poucas áreas continua a ser, o do vínculo entre um credor e um devedor.

Claro que se conhecem de há muito fenômenos como o da comunhão entre duas ou mais pessoas na propriedade da mesma coisa, ou na titularidade ativa ou passiva da mesma relação obrigacional. Anote-se que não foi sem dificuldade que a ciência jurídica “domesticou” essas espécies, segundo atestam a grande frequência e a alta temperatura das controvérsias que a propósito delas sacudiram os arraiais doutrinários. Em todo caso, mesmo à visão mais rotineira, elas apresentam feição até certo ponto familiar, que lhes permitia ocupar sem muito alvoroço um lugar não totalmente desconfortável nas estantes dogmáticas.

Só em tempos recentes começou a ganhar maior espaço nas cogitações dos juristas uma categoria diversa de relações, caracterizada em substância pela presença de uma pluralidade menos limitada, ou até menos definida de sujeitos, e configurável não como feixe de linhas paralelas, mas como leque de linhas convergentes para um objeto comum. Consideremos, por exemplo, o interesse em prevenir calamidades decorrentes do rompimento injustificado do equilíbrio ecológico, ou em proteger da deterioração os bens de valor histórico e artístico, ou em impedir que uma propaganda mentirosa envenene as mentes dos consumidores potenciais. São interesses que não se deixam aprisionar em singelos esquemas dualísticos: é impossível reduzi-los ao modelo tradicional do vínculo entre A e B, ou conceptualizá-los de maneira adequada simplesmente multiplicando os AA ou os BB. Até porque, em casos extremos, seríamos forçados a chamar à cena a humanidade inteira: basta pensar no interesse em conter o processo de destruição da camada de ozônio.

Há uma nota que merece realce na caracterização dessa categoria de interesses: a indivisibilidade do respectivo objeto, da qual resulta completa solidariedade na sorte dos interessados. Se o lago é essencial à beleza da paisagem, ou se preserva o lago, e fica satisfeito o inteiro leque de interesses que a ela se dirigia, ou não se preserva, e todo o leque de interesses sofre a mesma lesão. De modo algum se concebe que o interesse na proteção da paisagem seja aí atendido quanto a uns e desatendido quanto a outros. Não há cogitar, nem sequer em abstrato, de “frações ideais” passíveis de atribuição separada a cada um dos co-titulares.

2. O estudo das figuras mencionadas vem movimentando notavelmente, nas duas últimas décadas, a ciência jurídica. Em quase todo o mundo floresceu abundante literatura dedicada à problemática dos chamados “interesses difusos e coletivos”, e a imaginação dos juristas pôs-se a explorar as possibilidades de avariar, para tutelá-los, remédios processuais mais eficientes que os encontrados nos receituários clássicos.

Nosso país não ficou à margem desse movimento: muito ao contrário. Também aqui se publicaram numerosos trabalhos sobre o assunto, e o legislador,

com frequência sob o estímulo da doutrina, esforçou-se por desempenhar o papel que lhe cabia. Até se lhe deve reconhecer certa dose de pioneirismo em semelhante campo: um dos instrumentos utilizáveis na vindicação judicial dos interesses em foco, a ação popular, já em 1965 passaria do nível da pura previsão constitucional para o da disciplina em lei ordinária, a de nº 4.717, num momento em que, a bem dizer, o tema ainda não alcançara, no plano científico, o relevo que depois viria a obter.

Hoje dispomos, no particular, de instrumental provavelmente mais rico do que o da maioria dos ordenamentos jurídicos. O escopo de proteção dos interesses transindividuais está presente, de maneira precípua, na chamada ação civil pública, instituída pela Lei nº 7.347, de 24.7.1985, e elevada ao nível constitucional pela Carta de 1988 (art. 129, nº III), mas inspira igualmente numerosos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de vários outros diplomas importantes, para não falarmos de novo na ação popular, cujo âmbito de cabimento, por sinal, se viu alargado pela Constituição em vigor (art. 5º nº LXXIII). Ao Código de Defesa do Consumidor deve-se, aliás, a adoção de definições legais que puseram fim, entre nós, a certa confusão terminológica ainda reinante alhures: o art. 81, parágrafo único, estabeleceu distinção suficientemente nítida entre a classe dos interesses “difusos”, pertinentes a séries de pessoas indeterminadas e unidas por meras circunstâncias de fato, como a de frequentarem a mesma praia ou usarem o mesmo produto medicinal, e a dos interesses “coletivos”, peculiares a grupos menos fluidos, formados por pessoas que se vinculam entre si ou com outrem “por uma relação jurídica base”. Assim, por exemplo, qualifica-se como difuso o interesse em evitar a poluição das águas oceânicas, ou em fazer proibir a comercialização da droga que se revelou prejudicial à saúde; qualifica-se, em vez disso, como coletivo o interesse dos contribuintes de determinado tributo na modificação do procedimento de cobrança observado pelo físico e havido como desnecessária e ilegalmente gravoso, ou o dos estudantes de uma universidade em que as aulas lhes sejam ministradas com regularidade e em ambiente sadio e apropriado.

A existência de remédios processuais não significa por si só, é óbvio, que a realidade nacional já tenha atingido situação satisfatória nesta matéria, ou se ache na iminência de atingi-la. Força é admitir que ainda há muito caminho à nossa frente. Não se pode sequer considerar, lamento dizê-lo, que a sociedade esteja demonstrando entusiasmo em fazer sua parte. Não se percebe reação adequada à atitude do legislador, que cuidou de atribuir legitimidade às associações civis para proporem ações tendentes à proteção de interesses difusos e coletivos. Tal iniciativa tem sido deixada quase por inteiro a órgãos públicos, notadamente ao Ministério Público: e, se este, em geral — sem embargo de alguns excessos — se faz credor de respeito e admiração pela energia que vem imprimindo à sua atuação, deve em todo caso reconhecer-se que, do ponto de

vista sociológico, não parece alvissareiro o fato de que ela haja praticamente assumido feição de monopólio.

3. Mas é outro o aspecto para o qual me proponho solicitar, neste ensejo, a atenção dos ouvintes. No tratamento da problemática de que me estou ocupando, a ênfase vem sendo em regra colocada, de preferência, no lado ativo do fenômeno: fala-se, com efeito, de *interesses e direitos* difusos e coletivos, ou seja, de posições jurídicas de vantagem, em que se defere aos sujeitos o poder de exigir a observância de certos comportamentos. A propósito, caberia indagar se a esta altura se justifica o dualismo na terminologia (*interesses — direitos*): a interesses dotados pelo ordenamento de proteção da natureza e extensão previstas em leis como as que há pouco referi; a interesses suscetíveis de postulação judicial do tipo hoje adotado em nosso país, que é que lhes falta, na verdade, para serem reconhecidos como direitos subjetivos no genuíno sentido do termo? Qualquer resistência terá de ser vista aqui como pura e simples expressão de um preconceito alimentado pelo hábito: ainda não estamos de todo familiarizados com a fisionomia de relações jurídicas que não tenham por titulares entes perfeitamente individualizáveis.

O que agora mais importa assinalar, porém, é que cada um de nós, nesse complexo de relações, pode e costuma figurar simultaneamente em posições contrapostas. Fazemos parte da coletividade interessada: mas também nos inserimos noutra coletividade: naquela da qual se exige, para a preservação do interesse, determinado comportamento comissivo ou omissivo. Todo membro da comunidade é titular do interesse na salvaguarda da higidez ambiental; reciprocamente, de todo membro da comunidade pode esta exigir que não concorra, por ação ou omissão, para que o meio ambiente se degrade. Os sujeitos ativos são igualmente sujeitos passivos; e é necessário que o relevo dado à primeira posição não nos leve a esquecer ou minimizar a importância da segunda. Noutras palavras: cumpre que a uma doutrina dos direitos difusos e coletivos se ajunte, em harmonioso contraponto, uma doutrina dos deveres para com a comunidade. É claro que não me move a pretensão de tentar construí-la neste ensejo: vou limitar-me a deixar consignada algumas sugestões para quem se dispuser ao empreendimento.

4. Não se afigura despropositado lançar neste passo um olhar à vigente Constituição da República. Uma das críticas que se lhe têm endereçado consiste em dizer que ela esticou demais o catálogo dos direitos e não o faz acompanhar de uma equivalente relação de deveres. Trata-se, a meu ver, de uma autêntica ilusão de óptica.

Sem dúvida, a palavra “direito” aparece no texto constitucional com frequência bem maior que a palavra “dever”; não podemos, contudo, deixar-nos impressionar além da medida razoável pelo elemento literal. Para dizer que alguém deve agir ou abster-se, não é indispensável empregar a palavra “dever”.

Há muitas e variadas fórmulas capazes de expressar a mesma realidade. As proposições que conferem ou asseguram um direito a alguém criam para outrem, elas próprias, ainda que não o digam expressamente, o correlato dever. Trata-se, aliás, de autêntico truísmo: quem duvidará, por exemplo, de que, ao garantir o direito de propriedade (art. 5º, nº XXII), consagra a Constituição, *ipso facto*, o dever que temos todos de respeitar a propriedade alheia?

5. Seria grave erro supor que as normas constitucionais atributivas de direitos só geram deveres para os poderes públicos. Basta fitar os olhos, digamos, no art. 5º, nº X, para verificar, logo à primeira leitura, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas não são protegidas unicamente em face do Estado, mas contra interferências indébitas de quem quer que seja, no plano privado não menos que no público.

Às vezes, o propósito de ênfase induziu o legislador constituinte a advertir que o dever não pesa sobre um só, mas sobre muitos, ou até sobre o inteiro corpo social. Para citarmos caso que interessa de modo específico ao nosso tema, vejamos o art. 225, *caput*, assim redigido: “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.” Deve reputar-se meramente explicitante — conquanto oportuna — a cláusula referente à coletividade. Indubitável como é que não só o Poder Público, mas cada um de nós, tem a assustadora possibilidade de atentar contra o meio ambiente, o simples fato de reconhecer-se a todos o direito ao respectivo equilíbrio necessariamente envolve a atribuição, também a todos, do dever de respeitá-lo.

Merece reflexão a norma, porque não raro nos deixamos embalar pela idéia ingênua ou hipócrita de que o problema da preservação do ambiente é da responsabilidade exclusiva das autoridades públicas; e, mais ainda, de que nosso comportamento pessoal está imune a qualquer juízo de censura nesse terreno. Permitam-me aludir a episódio concreto e recente: como ninguém ignora, o Rio de Janeiro foi vítima, no mês passado, de formidáveis aguaceiros que revolveram a cidade, deixando um rastro de destruição que incluiu a perda de vidas humanas. A reação mais comum foi a de indignação contra a prefeitura e o governo estadual, aos quais se imputaram a omissão em prevenir as conseqüências das intempéries e a desídia em combatê-las. Os aparelhos administrativos terão tido certamente sua parcela de culpa; entretanto, poucos se lembraram de que os efeitos dos temporais provavelmente não atingiriam a gravidade que atingiram se a maioria da população não houvesse colaborado, dia após dia, ano após ano, para dificultar o escoamento das águas pluviais, lançando nos bueiros detritos que iam obstruir a rede. Clamamos contra as enchentes, esquecidos de que concorremos para provocá-las, ou quando nada para agravá-las, toda vez que usamos o logradouro público como se fosse a nossa lata de lixo

particular. Uma simples ponta de cigarro disciplicentemente atirada à rua pode haver fornecido o último e decisivo elo à cadeia causal que desembocou na inundação.

6. Retomando o fio da meada, reitero que não é apenas de disposições explícitas como a do art. 225, *caput*, que se infere a existência, para todos nós, de deveres constitucionais perante a comunidade. A letra é aqui, como alhures, frequentemente enganosa. Leia-se, *v.g.*, o art. 196, *principio*: “A saúde é direito de todos e dever do Estado...”. Porventura se concluirá que os particulares, ao contrário do Estado, se acham dispensados de pautar sua maneira de agir por critérios idôneos à preservação e ao favorecimento de saúde pública? É evidente que não, e parece ocioso frisar que comportamentos desse jaez podem mesmo configurar ilícitos penais. Mas talvez valesse a pena recordá-lo, por exemplo, aos portadores de gripe que fazem questão de partilhar os produtos de sua tosse, sem discriminação, entre os que têm a desventura de assistir à mesma sessão cinematográfica — movidos, quem sabe, por uma concepção descabelada da igualdade democrática, de acordo com a qual todos são iguais perante o vírus...

Acrescento que a existência de deveres constitucionais do gênero de que se trata é passível de inferir-se até de disposições aparentemente anódinas, onde não se fala, em termos expressos, de deveres, e nem sequer de direitos. Sirva de exemplo o art. 13, *caput*: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”. Essa proposição integra conjunto de alta significação espiritual, seguida como é pela enumeração, no § 1º, dos símbolos nacionais. Bem se compreende: o idioma é elemento essencial da nacionalidade. A Constituição espanhola, um dos mais formosos monumentos do gênero no tempo presente, chega ao ponto de dizer expressamente que todos têm o dever de conhecer o castelhano e o direito de usá-lo (art. 3º, nº 1). Sem ser tão explícita, a nossa permite — quase diria reclama — interpretação que conduza a resultado análogo. Existe, não há duvidar, um interesse difuso em que o instrumento oficial de comunicação verbal possa ser utilizado no país inteiro e compreendido pela totalidade da população. Correlatamente existe, para cada um de nós, o dever de utilizá-lo bem, em toda a extensão de nossas possibilidades. O desleixo no uso do idioma, para quem não esteja impedido de aprendê-lo como cumpre por circunstâncias econômicas ou sociais, resolve-se em violação de um dever constitucional para com a comunidade.

Quantos corolários, talvez insuspeitados, é possível extrair dessa noção! Costumo advertir meus alunos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, logo no primeiro dia de aula, de que na avaliação das provas dou aos erros de português o mesmo peso que dou aos erros jurídicos, pois não julgo admissível que estudantes de direito descumpram impunemente um dever constitucional... Mas pensem como teríamos, a rigor, de reagir diante de coisas que a todo instante lemos nos jornais e ouvimos nos programas de televisão. Seria até o

caso, talvez, de afrontar os aficionados dos microcomputadores, pelo mau vezo, tão generalizado, de empregar sem necessidade, com tranqüila subserviência a um insidioso colonialismo cultural, palavras inventadas a partir de modelos estrangeiros, para designar atos que têm nome tradicional e perfeitamente adequado em nossa língua: não lhes sei descrever o sentimento de horror que me domina sempre que ouço dizer “deletar” em vez de apagar, ou “printar” em vez de imprimir.

No fundo, essa questão entrosa-se com a relativa ao meio ambiente — conceito a que imporíamos absurda mutilação caso lhe desprezásemos a componente espiritual. Implicando a preservação do meio ambiente, como é intuitivo, o combate a todas as formas de poluição, não andaremos bem se negligenciarmos, por exemplo, a poluição cultural, entre cujas diversificadas manifestações se incluem desde coisas a rigor inofensivas, como pingüins de geladeira e anões de jardim, até produtos muito mais sofisticados e de mercado muito mais amplo, como certos livros cujos autores se atribuem a qualificação de magos...

7. Pensam alguns que problemas dessa espécie não devem ser tratados com instrumentos jurídicos: são questões ligadas à falta de educação para a vida em sociedade, que para serem resolvidas precisariam de outro tipo de remédios. Não discuto que a farmacopéia do direito esteja longe de possuir a virtude milagrosa de curar todos os males sociais; por outro lado, no entanto, o ordenamento jurídico — e dentro dele, em nível eminentíssimo, a Constituição — desempenha também uma função pedagógica. As normas de direito não pretendem refletir pura e simplesmente a paisagem externa, ao contrário do que sucede com as leis físicas e do que sucederia, a crer-se em fantasias otimísticas, com as denominadas leis econômicas. O que pretendem as normas jurídicas, isso sim, é atuar sobre a realidade.

Bem sabemos, apresso-me a acrescentar, quão limitado é o alcance dessa atuação. Ninguém hoje alimentará a ilusão pueril de que a alteração do teor de um artigo de lei, ou a introdução de um parágrafo, seja suficiente, por si, para modificar o mundo concreto. Daí a sustentar que o direito jamais consiga morder a realidade, vai uma distância astronômica. Se assim fosse, que razão teríamos para preocupar-nos com o advento de leis ruins? Elas seriam tão inócuas como as boas! Nem teria valido a pena abolir a escravidão, ou instituir um salário mínimo, ou proibir que se insiram em contratos cláusulas excludentes de responsabilidade do fornecedor pelos vícios do produto. Nenhuma dessas providências legislativas haveria tido a mais mínima repercussão na vida social.

Ora, ninguém de juízo são acreditará que isso seja verdade. A mera observação do que se passa ao nosso redor deveria vacinar-nos tão eficazmente contra essa filosofia da catástrofe como contra o romantismo idealístico que sonha em dar concerto definitivo ao universo com o simples registro de belas intenções

em papel timbrado. Se não é onipotente, o direito tampouco é impotente. Pode, inclusive, ajudar a acelerar um processo educativo que, sem tal ajuda, provavelmente demoraria muito mais.

Seria decerto pouco razoável descurar esse processo, em si mesmo, e confiar exclusivamente nos instrumentos jurídicos. Até porque, para que eles funcionem de modo eficiente, é indispensável que se difunda e se enraíze nos membros da comunidade a consciência de seus deveres para com ela. E é nisso que cada um de nós, na esfera de sua vida pessoal, se vê convocado a cooperar. É mister, sim, reformar o mundo; essa, porém, não é tarefa que se possa levar a cabo de um momento para outro, como por passe de mágica. Começemos, então, pelas coisas pequenas; e comecemos, sobretudo, por nós mesmos. Esforcemo-nos por manter viva no espírito, ao longo das horas, enquanto praticamos os atos corriqueiros do nosso cotidiano — enquanto fazemos uma refeição, caminhamos pela rua, tomamos sol na praia, estudamos, trabalhamos, namoramos —, esforcemo-nos por manter viva no espírito a nossa parcela própria de responsabilidade pelo curso regular dos acontecimentos.

Não precisamos, para tanto, dividir-nos interiormente: seria terrível se, por exemplo, em cálido instante de enlevo afetivo, tivéssemos de repartir a mente entre o arrebatamento amoroso e o prosaico texto de um dispositivo legal... Não. “Sê todo em cada coisa”; “Põe quanto és no mínimo que fazes”: as sábias e poéticas advertências de Fernando Pessoa não apontam aqui em sentido oposto ao que lhes acabo de dizer. Pois, se quiser na verdade ser *todo*, se quiser pôr *quanto é* no mínimo que faz, cada um de nós há de ter, entranhada no fundo da alma, a certeza de que o homem não é “uma ilha”, mas ao contrário, por essência, um “ser-com” — um “*co-être*”, para reproduzir a expressão do filósofo Gabriel Marcel. Incorporemos essa idéia, e não nos será muito difícil cumprir, conforme de nós se espera, os deveres para com a comunidade.

ILUMINURAS DE MINAS MILTONIANA*

DARCY BESSONE

CAPÍTULO I EVOLUÇÃO ESTRUTURAL DO BRASIL PRIMITIVO

Para entender-se Minas, através do seu físico e de sua orografia, de sua paisagem humana, seu universo, há que partir-se de longas datas, a bem dizer do seu descobrimento.

É fácil intuir-se que os portugueses não tiveram a visão do perfil do Brasil, que, ao lado oeste, somente iria encontrar fronteiras nos conflitos hispano-americanos, definidos no tratado de Tordesilhas. Apenas se deram conta da notícia alvissareira de que havia terras à vista, salientada pelos Montes Pascoal, São João de Leão e outros. Nem mesmo o relevo da costa poderiam perceber, além de algumas poucas ilhas.

A maneira que encontraram de provocar interesses pelo conhecimento do território descoberto foi a instituição das Capitânicas, atribuindo-se a cada capitão-mor umas “Tantas léguas de costa”, que se completariam com a penetração de que ele fosse capaz. Sem consciência da vastidão do mundo descoberto, a Metrópole portuguesa imaginaria que uns tantos compatriotas iriam encontrar colaboração aborígine para verdadeiros passeios terra a dentro.

O litoral, assim, foi se formando, mas a interiorização mostrou-se de difícil execução. Na faixa litorânea, encontravam-se obstáculos oferecidos pela natureza ou pelo engenho humano. Sem estradas, as cachoeiras poderiam constituir obstáculos intransponíveis à navegação pelos rios. Os índios reagiam, apavorando os invasores. Assim os capitães-mores não puderam ultrapassar escassa dimensão além da qual só poderiam imaginar o desconhecido mistério e a sua fantasia.

* Conferência pronunciada em 31 de outubro de 1995 no Instituto dos Advogados de Minas Gerais pelo Professor Darcy Bessone.

CAPÍTULO II RESTOS MAL COSTURADOS

Em termos muito gerais, Minas tornou-se o resto, o além não cobiçado da penetração. Caracterizaram-se os sentidos do limite, tanto físico quanto econômico, pois seria apenas um território encontrado. Mas não apresentava traços específicos. Era amorfo ou separado por regiões diferenciadas.

Cogitando de tal proeminência, pareceu-me, que, antes de tudo, Minas é uma esquivança, que por ninguém se deixa possuir integralmente. É algo que se sente, mais do que se define. “Minas são várias”, sutilmente descobriu o poeta. Falta-lhe um traço de sedimentação, como outros que o privam da unidade física. Ao longo da mocidade, sempre senti o sertão mineiro como algo que se integrasse no território baiano, por todas as vias da cultura e dos hábitos ancestrais. Ali estavam as vastidões dos sem-fim, em que se soltava o gado à larga e nem por isso se perdia uma rês. Neles, criei-me meio cidade, meio campo, andando para o oeste e para o sul. Minas, através do campo e das vertentes do oeste mineiro, foi assumindo ares apaulistados, aconchegantes, para a planura dos cafezais. Aí a cultura já era paulista, mas, a meio caminho, os extraordinários depósitos minerários se apresentavam vocacionados para a siderurgia e a metalurgia. O vale tanto poderia ser o coração de Minas quanto o esmaecimento do seu perfil. É um enclave que justifica o nome “Minas Gerais”, mas não chega a perceber que “Minas são várias”. Um tanto perdido, continuo a procura do que verdadeiramente é Minas. Um outro enclave, assemelhado a Cyrano, assumiu a forma triangulina como continuação exótica do território mineiro. Eis aí a continuação, um tanto insólita, de Minas. Não são necessários mais do que dois passos para que se inciem as montanhas da Serra do Mar, ditas como Mantiqueira, a se debruçarem sobre o oceano Atlântico em busca de importante integração terra e mar.

Tudo assim, tão variado, o universo de Minas é numeroso como numerosa haveria de ser sua alma. Pode-se continuar a andança em busca da realidade tão sutil quanto esquivo.

Minas não é apenas sua base física. É, mais do que isso, é um fluir humano. É a sua gente em todas as suas projeções, desde a modesta cultura do campo até as cumeadas da inteligência e do saber. Há de ser procurada em todas essas manifestações da vida. Mas devemos destacar o que há de mais nobre na humana gente, precisamente a inteligência.

Isolada, cercada, mesclada, Minas tende a esconder-se de si mesma. Fala-se em “mineiridade”, mas não se procura definir o substantivo. Caminhando para a brejeirice, chega-se ao ponto de mencionar-se a “mineirice”, sem a percepção de que a própria expressão política e econômica de Minas briga contra o vocábulo adolescente.

Ditas essas coisas, terão de estar pedindo que eu aborde a minha meta: Milton Campos, como essência e expressão de Minas, castigada por todos os ventos.

CAPÍTULO III COMEÇOS DO PERFIL DE MILTON

Quero ver Milton de todos os lados, como o vi quando com ele contive um contato de mais de quarenta anos, exercitando-o mais do que diariamente, pois, várias eram as vezes em que nos encontrávamos a cada dia. Não faço uma biografia, pois, não realizo obra estudada, nos repositórios dos arquivos. O convívio possibilitou-me ver em Milton uma figura modelar, que como ele próprio chegou a dizer, se impunha o “dever de exemplificar com a própria vida”.

Não vi, no grande figurante, uma figura de torre de marfim. A sede da cultura em Minas permaneceu, durante longo tempo, no Caraça. Ali se formavam as bases culturais e os grandes homens. Paro para pensar sobre se o homenageado de hoje foi caracista. Nunca surpreendi, em sua arquitetura intelectual, as linhas pesadas do Caraça. Era leve, por vezes até brejeiro. Quem o conhecia pela fama, imaginava-o solene e grave, de quem até Pedro Aleixo se cercaria de cuidados para praticá-lo nas conversações diárias. Para mim, Pedro seria mas formal do que Milton. Este, em ambientes mais íntimos, chegava, com costureira delicadeza às anedotas, às vezes francesas, de caráter picaresco. Era de ironia leve, hábil a lançar um perfil inconfessável, como, por exemplo, este que vou contar. Houve, em Minas, um Secretário de Estado extremamente modesto. Primava pela discrição. O concunhado o compeliu a buscar na Inglaterra um jornalista, para chefe de seu gabinete. O concunhado chegou disposto a ocupar a cena por inteiro, de tal modo que o secretário titular se apagaria. Fazia barulho, dava entrevistas, recebia as pessoas, com o Noronha Guarany, cada dia mais tímido. Foi aí que Milton lançou, em relação ao novo figurante, a alusão a “protofonia do Guarany”.

Se alguém revelava excesso de estima própria, Milton poderia, com certa doçura, dizer que ele fazia um bom juízo de si mesmo.

Seria Milton um latinista, de formação fincada no Direito Romano? Também, nunca lhe percebi este traço. Poderia acontecer que lançasse algum texto latino aqui ou acolá, mas fá-lo-ia em tom de graça ou pilhéria.

No tanto de minha pobre acuidade, como na de quase todo o mundo, a influência sofrida pelo pontenovense seria marcadamente francesa, principalmente anatoliana. Irônica e leve.

Falo aqui dos aspectos gerais do intelectual com quem tanto tive o privilégio de conviver. Afasto-me da figura miltoniana, para vê-lo sob outros ângulos.

CAPÍTULO IV A PROBIDADE

Quero vê-lo através das lentes da probidade.

Estou certo de que poucos terão me ultrapassado no aprofundamento da linha reta descrita pela vida do cívico causídico. Assim tão convivente, julgo-me no dever, mais do que no direito, de legar aos pósteros o desenho de um nobre senhor.

Em momento de intimidade familiar, uma dama esguia, alta, magra, elegante, bela, segura de suas convicções, sente malferido perfil do marido exemplar. Olhando-me nos olhos, percucientemente, pergunta-me: “Será que não podem admitir que, pelo menos, exista um homem de bem?” Tantos anos passados não me lembro da resposta dada, talvez mesmo simples silêncio de adesão à dúvida levantada.

Muitos anos depois leio, nas “Memórias” de Pedro Nava, uma referência mítica a Milton Campos. O memorialista falava do grupo de intelectuais que tinha por sede um certo bar na Rua da Bahia, quase nas esquinas da Rua Goitacazes. Ali, reuniam-se Abdgar Renault, Carlos Drumond de Andrade, Emílio Moura, também Ciro dos Anjos, que mal emprumava. Milton era a figura maior. Quando uma delicada questão moral incomodava um dos habituais frequentadores da roda, ele não se preocupava tanto em saber o que acharia o mundo, mas logo colocava, para si mesmo, a indagação: “O que pensaria o Milton do meu comportamento, neste caso?” — Quem conheceu o grande mineiro sabe que ele não era dado a julgamento de condutas alheias ou de participações de amigos seus em certas situações. Tendia à compreensão e à tolerância. Anatoliano, no máximo, deixaria uma frase no ar, a espicaçar cabeças. Um leve sorriso respaldaria a atenção que dispensasse à circunstância.

Convivendo tanto com Milton, recolhia a constante impressão de que sua opinião, em eventual conflito de idéias, era sempre a palavra final, a sentença acabada, contra a qual nada se encontraria para acrescentar-lhe. Dez anos de idade nos separavam, como nos separavam o cotejo de sua nomeada com a pobreza de um nome que mal se entremostrava.

Sem dizer a terceiros, assaltava-me a dúvida de que a matriarca Déa Dantas Campos enunciara: “Seria Milton o impecável, contra quem nada jamais se pudesse articular, ou haveria, naquela respeitabilidade, algo literário, produzido para não se tisonar u’a imagem em que todas se miravam?” A questão era minha, só minha, de foro íntimo. Jamais lhe abri acesso a qualquer outra pessoa. O rigor, com que a enfrentava, no recôndito mais profundo do meu espírito, leva-me ao policiamento subconsciente de cada ato da vida modelar.

Impressionava a naturalidade com que Milton Campos enfrentava os fatos, fossem eles pretéritos ou apenas previsíveis. Se alguém se mostrava chocado pela previsão de algo que estivesse por acontecer, tranqüilamente perguntava se não era melhor esperar o fato previsível. Quase sempre este viria a ostentar dimensões menores ou menos graves do que os receados.

CAPÍTULO V A SERENIDADE A A DISCRICÃO

Merece realce o fato de que Milton não era dado a preocupações ostensivas. Se as tivesse, certamente teria a habilidade suficiente para as enfrentar sem apreensões. Lembro-me de três fatos próximos, que lhe poderiam causar alguma desarrumação. Quanto ao primeiro, refiro-me à morte sucessiva e instantânea de seus filhos Luiz e Antônio. Certamente, terá, no íntimo, sofrido dor profunda. Mas a serenidade o levava a evitar que outras pessoas a pudessem perceber.

Um pequeno episódio constituiu ilustração da naturalidade que vem sendo destacada. Comandava a brigada mineira, o “Duas estrelas” General Falconiere da Cunha. Acompanhando o presidente da República, em visita a Minas, o “Três Estrelas” Mendes de Moraes, prefeito do Distrito Federal, recusara-se a ter na mesa do banquete oficial localização à esquerda, inferior no protocolo, ao “Duas Estrelas” Falconiere da Cunha. A Casa Militar considerou delicadíssimo o fato. Procurou o governador para que o solucionasse como assunto explosivo. Milton Campos em momento, de bom humor, falava sobre um assunto qualquer. Limitou-se a dizer ao militar que ele, o Governador, era canhoto, voltando, com habitual simplicidade, ao fio de sua prosa. Em verdade era destro, tudo se resolveu através de leve tirada de bom humor.

Um outro episódio pode ser também registrado. O conselho da OAB, sem aviso prévio, resolveu homenagear o Desembargador Rodrigues Campos, presidente do Tribunal de Justiça e pai de Milton. Tentado contato telefônico na residência, falhara. Mesmo assim, o Conselho dirigiu-se à casa do Presidente. Surpreendida a família, a única solução fácil, para a dona da casa, seria servir uma cerveja, logo providenciada. Não havia em casa quem a servisse. Milton, assessorando a mãe, formosíssima senhora, logo assumiu a bandeja e o saca-rolha, sem se embarçar com o fato de ocupar alto cargo no Governo.

CAPÍTULO VI ADVOCACIA E ENVOLVIMENTO POLÍTICO

Nunca consegui ter ao alcance dos meus olhos o artigo jornalístico intitulado “O Imperador do Divino”, de autoria de Milton, muito comentado, inclu-

sive por, nele, se conter referência ao auto-apelido “Jequitibá”, como representativo do velho PRM. O artigo tornara-se famoso pela leveza do estilo, que envolvia o Presidente Artur Bernardes pelo manto do Imperador do Divino. Pedro Aleixo, com freqüência, deliciava-se, referindo-se ao “Imperador do Divino”.

Patrão de Minas na questão de limites com o estado de São Paulo, Milton teve de enfrentar Francisco Morato, o mais projetado jurista paulista da época.

Tudo acabou girando em torno de deslocamento do marco fixador no alto do morro Caxambu, obra que o patrocínio adversário debitava a esperteza mineira. Morato versejou, lançando uma quadrinha que acabou nas mãos do cartógrafo e geógrafo Benedito Quintino dos Santos. Este provocou a réplica mineira, através também de quadrinha. Fê-la Milton em verso impublicável, cuja rima jogava com o nome do morro. Durante anos Quintino lia à distância os versos, pilheriando que os iria divulgar.

Àquela altura, Milton ainda não havia se envolvido em política, pois isso somente iria ocorrer já ao tempo do combate à ditadura. Muito ligado a Pedro Aleixo, os dois constituíram-se em centro de discreta resistência ao estadonovismo. As coisas aparentavam uma simples reação em defesa da ordem jurídica. A princípio, passou a girar a tese de que a advocacia teria de ter como pressuposto a liberdade, pois, sem esta, o advogado se sentiria coarctado. Foi se formando essa consciência no Fórum, então centralizador de todas as atividades da Justiça. Era no começo algo tênue, uma bruma apenas ainda, sem arranjo de ataques frontais, mas, progressivamente, dia-a-dia, a névoa ia se adensando. Já o foro era insuficiente para a ecologia do que estava ocorrendo, por faltar-lhe estrutura e sistema. Presidia o Instituto dos Advogados o Professor Estevão Pinto, que se deixara envolver pelo clima do Fórum. Presidente do Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais e do Instituto, Estevão mantinha-se discreto. Próximo dele, certa vez, fui procurado por Simão da Cunha, para que obtivesse do banqueiro meios que regularizassem a situação financeira do jornal “A Liberdade”, então editado clandestinamente no Fórum. Rico, entendia-se que a quantia pleiteada poderia ser facilmente fornecida por Estevão, mas ninguém se animava a abordar o professor. Depois de muito refletirem, a tarefa coube a mim. Cercando-me de todos os cuidados, dividi a abordagem em dois pontos sucessivos. O primeiro seria uma sondagem delicada e discreta, que não criasse problemas para o possível financiador. A segunda seria a demonstração dos alcances, acompanhado do pleito a respeito. Supus que a primeira parte da abordagem encontrasse partes inacessíveis. Surpreendeu-me, todavia, a reação do banqueiro. Ouviu-me silenciosamente sem qualquer gesto de reação em atitude de aquiescência fácil. Abriu-se para o pleito financeiro. Perguntou-me qual era a importância necessária. Exibi um texto datilografado sem assinatura, sobre o qual mal correu o olho. Respondeu-me

que poderia atender-me, porém não dispunha do numerário, prontamente. Voltaria a falar-me, em breve. Dias depois, entregou-me a importância postulada, sem comentários. Mais do que o dinheiro, o que importou foi a verificação de que Mestre Estevão encontrava-se integrado em nosso pensamento. Sonhámos com o fortalecimento do Instituto dos Advogados e o uso dele, para novas escaramuças. Tudo passou a indicar que as portas da casa estavam abertas. Aliciava-se o mais possível, na direção da formulação, no Instituto, de debates políticos, sobre o disfarce de discussões de teses jurídicas, especialmente de natureza constitucional. Se Pedro Aleixo era o aliciador ostensivo, Milton o era pela força catalítica que, com naturalidade, exercitava. Não só por isso. Mas também pela força espontânea de seu espírito e de suas letras jurídicas, e também literárias. Ele era um padrão, aliás de bom gosto e muito charme. Crescia o Instituto, cada dia. Todos tinham certa consciência de que se encontravam em um antro político, com feras se digladiando, mais ou menos disfarçadamente. O ambiente foi abalado por uma reação do Des. Amílcar de Castro, denunciante de que o Instituto estava a fazer política dissimulando seus debates em temas jurídicos. Era verdade o que foi denunciado. Mas, àquela altura, o movimento do Instituto era irreversível. Já havia contaminado o foro do Rio de Janeiro principalmente através dos Advogados Dario de Almeida Magalhães e Adauto Lúcio Cardoso, e, também, por osmose, a partir de Vergílio de Melo Franco. Foi quando surgiu a idéia da importância de um “Manifesto dos Mineiros”, essencialmente concebido por Dario. Com trocas de idéias no eixo Belo Horizonte-Rio, o manifesto tornou-se importante elemento de aglutinação política, após manipulações e articulações que tanto envolviam Belo Horizonte quanto Rio de Janeiro. A peça política provocou reações, como represálias partidárias e a entrevista de José Américo ao “Correio da Manhã”, clandestinamente obtida por Carlos Lacerda.

Simultaneamente a Segunda Guerra Mundial se concluía, com a queda de Getúlio Vargas. Àquele tempo, figuraram dois elementos enucleadores, prendendo-se o primeiro aos movimentos em torno do poder federal e o segundo, em torno do crescimento, cada dia mais, do nome de Milton Campos, para o governo do Estado de Minas Gerais. O candidato natural deveria ser Pedro Aleixo, que retornara a Minas depois de exercer a presidência da Câmara dos Deputados. Mas este não a postulou, passando logo a adubar a candidatura de Milton Campos, que a tinha como algo que não lhe interessava.

CAPÍTULO VII VOCAÇÃO DEMOCRÁTICA

Convém abrir parêntese, para assinalar-se uma singularidade miltoniana. Este nunca era candidato, nunca pleiteava, nunca postulava, nunca imprimia

material político. Mantinha-se civicamente à margem, mas não opunha resistência às tessituras em torno de seu nome. A sua postura era de um democrata natural sem ambições, mas, também, sem se julgar no direito de recusar serviços ao País. Não tenho notícia de qualquer postulação sua. Milton, certa vez, definiu o medalhão como aquele a cujo domicílio se levam gratuitamente benefícios, definição que bem se ajustaria a sua postura democrática. A catálise era, nele, imanente, era de sua própria essência. Tudo confluía para suas portas. Esse aspecto singular mostrava-se único e incomparável.

Isolada ao panorama político mineiro, a UDN não podia deixar de ter candidato, para que não se esvaziasse. Sentado ao seu lado no salão da convenção, bati-lhe as palmas devidas, completando-as com uma brincadeira: “da decisão aplaudida, restarão apenas alguns bons discursos”. Com um sorriso leve de candidato, disse-me Milton: “Nem isso. Ando em tremenda crise de burrice”. Ao pessimismo se contrapôs a reação brincalhona que teve, quando o Ministro da Justiça Nereu Ramos estruturava as coisas para frustrar os passos de Milton, já então governador. Em discurso sem burrice, valeu-se da origem santa-catarinense do Ministro, para a assacadiha bem-humorada: “a nau catarineta deixa entrever que está se preparando para singrar águas de Mar de Espanha”.

De lance em lance, cada um mais discreto e elegante, ninguém, da banda governista, conseguia aliciar contingentes suficientes. Milton não era de fingir-se de morto, mas era de deixar que os acontecimentos se conduzissem espontaneamente. Era de esperar os fatos, com ou sem alguma intenção. No caso, o fato, visivelmente, já era composição imbatível de forças, em torno do udenista, sem vinculações retributórias. De repente, fornecem a candidatura Carlos Luz. Apagou-se também a candidatura Wenceslau Bráz. Milton estava só na liça. Podia mostrar-se, tendo por momento máximo, pronunciado um dos mais famosos discursos de tal natureza produzido em circunstância similares, sob o título “Governar Minas”. Nada de burrice. Tudo passou a ser brilho, uma vez que o próprio Governador fulgurava sempre através de observações sutis, declarações levemente maliciosas, discursos, e, principalmente, pela roda de intelectuais que tomou conta do Palácio da Liberdade.

Exemplo de liberdade e democracia, o Governador não mostrava apreço pelo candidato eleito, JK. Fino e notoriamente intelectualizado, havia entre ele e o sucessor o ambiente de reserva. Sabia-se que o requintado manteria frieza diante do arrebatado Juscelino. Eufórico com a vitória, generoso, este último não dava créditos a expectativa de uma oração propositadamente apagada. Mas os dois estilos de governar nada puderam ter de comum.

Recolhido às letras e à atividade profissional, Milton, sem o dizer, se anteciparia a um presidente que, anos depois, pediu que o esquecessem. O mineiro nada pediu, apenas inseriu-se no silêncio da montanha.

Derrubado o governo Goulart, o novo presidente tem Milton Campos como candidato natural à pasta da Justiça. Previa-se obra revolucionária turbulenta e indiferente à lei. Milton, pilheriando, respondeu a Castelo que não era dotado *longa manu* imprescindível às revoluções. O cearense foi insistente, acabando por investi-lo no Ministério, para o que teve o cuidado de ser democrata e manso, até o momento em que se livrou da situação desconfortável.

Marcado pela morte de dois filhos no intervalo de um ano, repitô, entendia que não podia se afastar de Belo Horizonte em constante assistência à mãe profundamente ferida. Não queria candidatar-se ao Senado, alegando motivo familiar para manter-se fora da política. Pela primeira vez, eu o veria recusando serviços a comunidade. Forças invencíveis acabaram vencendo sua resistência. Do Senado, não mais sairia, até ser atingido pela doença pulmonar que lhe causou o cigarro que usava com extraordinária frequência.

CAPÍTULO VIII MINEIRIDADE

A figura atraente de Milton Campos dispõe de força própria suficiente para granjear o amor e o carinho de quantos sobreviveram ao seu tempo.

Não quero respaldar esta pobre contribuição sem emitir as razões por que me convenci de que Milton, mais do que qualquer outra pessoa em terras mineiras, erigiu-se na expressão máxima da chamada “Mineiridade”.

Acabo de prestar um apagado depoimento, resultante de um convívio diário, às vezes repetido no curso do dia, para o qual ninguém disporia, suponho, de material vivo, maior do que aquele que baila dentro de mim. Convivíamos no Fórum, no trajeto a pé para o Edifício Mariana, nas proximidades da rua São Paulo, em encontros, nos fins de tarde, no restaurante Erlich, e às vezes à noite, em recepções ou na casa de algum de nós. Bebericávamos, pilheriávamos, conhecíamos a intimidade recíproca, em clima quase familiar.

CAPÍTULO IX ESTUDO DE UMA PERSONALIDADE

Não só observei, como, fascinado, estudei, em silêncio, o mineiro que mais crescia na admiração de todos. Não estivesse tão desgastada a expressão “o bem amado”, poderia dizer que o meu mito, o mito da minha geração, era amado por todos. Se, de raro em raro, se encontrasse um anti-Milton, poder-se-ia pegar a escavadeira para o desentulho de alguma mágoa oriunda do dever político do doce governador. Ressaibos, tão-somente.

Mas não eram os traços do humanismo, eles só iam criando o pedestal do mais característico em que teria de fixar-se a essência da mineiridade.

CAPÍTULO X UNIVERSO MILTONIANO

Até mesmo na diversificação, Milton emergiu como um universo fácil de ser compreendido e amado. O refinamento da cultura de Milton, aliado com o seu saber jurídico, fundiram-se com a simplicidade e a naturalidade do homem verdadeiramente especial. Ao tratarem de “ato complexo”, os administrativistas italianos usam a figura da “fusão” para obterem um produto novo, não dos somatórios, dos ingredientes comprometidos pela operação. O nosso laudo foi, verdadeiramente, o fruto de uma fusão. A heterogeneidade de Minas pecuária, cafeeira, fundada no aço, fechando o ciclo a Serra do Mar, caldeou uma figura nova.

Vejo a estátua de Milton, no cruzamento das Avenidas Afonso Pena e Contorno, como uma reminiscência a exprimir Minas, no simbolismo do mármore. Recordo-me de Milton, *blagueur*, ameno, simpático, doce, extremamente responsável, inteligente, culto, fascinante, em suma.

A estátua não se esgota nestas paragens. Ela continuará a inspirar o Brasil. Em todo o território nacional, Milton é visto como um símbolo de respeitabilidade, de democracia, de civilização. Eis que encontro a palavra certa: civilização. Era isto que mais se realçava em Milton. Os anos passam, mas uma imagem tão modelar, tão exemplificadora, a tudo sobrepassará, tanto em Minas quanto em todo o País.

Impresso em off set nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23, Tel.: 233-5306
CEP 20220-060 - Rio de Janeiro - RJ