

DIRETOR
PROFESSOR CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO
EDITOR CHEFE
PROFESSOR CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |08|09|10| ANOS |2000|2001|2002|

COLABORADORES

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPTÃO ALVES

ANA PAULA DE BARCELLOS

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA

LUÍS ROBERTO BARROSO

MAURICIO MOTA

PATRÍCIA F. BAPTISTA

RICARDO LOBO TORRES

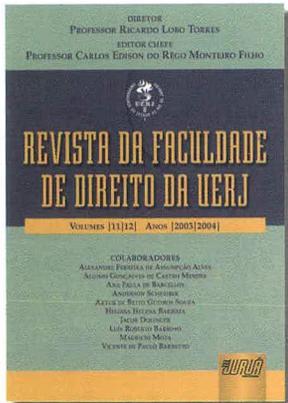
SERGIO CAMPINHO

SÉRGIO VERANI

VICENTE DE PAULO BARRETTO

JURUA
EDITORA

*Outras obras da
Juruá Editora*



Outras obras da
Juruá Editora



PARA RECEBER PERIÓDICA E GRATUITAMENTE INFORMAÇÕES SOBRE AS NOSSAS PUBLICAÇÕES E ONDE ADQUIRI-LAS, BASTA PREENCHER O CUPOM ABAIXO E REMETÊ-LO POR FAX (41) 3252-1311.

Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (41) 3352-3900 – Fax: (41) 3252-1311

CEP: 80.035-000 – Curitiba – Paraná – Brasil

Internet: www.jurua.com.br – e-mail: compras@jurua.com.br

Nome:

Endereço:

Cidade: Estado: CEP:

Fone: Fax: Data nasc:

Livreiro que o (a) atende:

Para receber *newsletter* com notícias e novos lançamentos da Juruá, indique seu e-mail:

CCS/C REDE SIRUS / UERJ

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |08|09|10| ANOS |2000|2001|2002|



RFD/UERJ	Curitiba	Paraná	Brasil	vols. 8/9/10	318p.	2000/2001/2002
----------	----------	--------	--------	--------------	-------	----------------

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Celso Alves Pereira
Celso de Albuquerque Mello
Gustavo José Mendes Tepedino,
Heloisa Helena Barboza
Luís Roberto Barroso

Luiz Henrique Nunes Bahia
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@jurua.com.br
marketing@jurua.com.br

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista da Faculdade de Direito
Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, 1993-

Anual
ISSN 0104-0367-00008
ISSN 0104-0367-00009
ISSN 0104-0367-00010

I. Direito – Periódicos. I. Universidade
Estadual do Estado do Rio de Janeiro.

00128

CDD 340(22.ed)
CDD 34(05)

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com

Professor Celso de Albuquerque Mello

Diretor

Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Editor Chefe

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |08|09|10| ANOS |2000|2001|2002|

Colaboradores:

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Ana Paula de Barcellos
Artur de Brito Gueiros Souza
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
José Marcos Domingues de Oliveira
Luís Roberto Barroso
Maurício Mota
Patrícia F. Baptista
Ricardo Lobo Torres
Sergio Campinho
Sérgio Verani
Vicente de Paulo Barretto

Curitiba
Juruá Editora
2010

NOTA DO EDITOR

O volume que o leitor tem agora em mãos apresenta-se como o coroamento do esforço de anos do corpo docente da Faculdade de Direito da UERJ que, inconformado com a interrupção das publicações de seu principal periódico, jamais deixou de sonhar a retomada da trajetória de êxito editorial construída ao longo de duas décadas. Afinal, reiniciada e mantida dentro da periodicidade anual nas gestões de Antônio Celso e Gustavo Tepedino, a Revista publicou em seus números anteriores históricas palestras de juristas nacionais e estrangeiros ocorridas no Salão Nobre da Faculdade, notáveis primeiras linhas de alunos de graduação, então jovens pesquisadores em iniciação científica, hoje mestres, doutores e, alguns, professores da Casa, discursos e pronunciamentos clássicos, e, sobretudo, a sólida produção docente, revelada por importantes artigos de doutrina divididos entre todos os Departamentos integrantes da Faculdade.

*Consolidavam-se passo a passo, assim, as vocações da Revista, em simetria, acrescente-se aqui, com a maturidade do Programa de pós-graduação **stricto sensu** que, não por coincidência, abria sua primeira turma do embrionário e multidisciplinar Direito da Cidade em março de 1991.*

Desde então, Programa e Revista desenvolveram-se de mãos dadas ao longo da última década do século passado e esta constituía, por assim dizer, a via natural do escoamento dos textos produzidos em meio à robustez editorial das escolas de pensamento que caracterizam as linhas de pesquisa daquele, colaborando para a criação das respectivas identidades culturais a permear todos os segmentos da Faculdade.

Hoje, posto que consagrado e reconhecido como padrão de excelência no sistema nacional de pós-graduação, o Programa se revisa e redimensiona à luz dos novos desafios impostos pelos anseios da comunidade acadêmica em geral, tendo logrado significativa modificação em 2007.

Prosseguindo no paralelismo destacado, 2007 é o ano que marca o início das ações concretas para debelar a paralisação indesejada dos trabalhos da Revista, delineando-se – no âmbito da nossa Coordenação do Programa e do seu Colegiado, que tivemos a honra de presidir –, a formalização da decisão pela retomada da Revista da Faculdade de Direito com a manutenção do ISSN (original), e o deflagrar dos processos de consultas à CAPES (Qualis), da licitação entre as editoras (sagrando-se vencedora a Juruá), das reuniões de definição do projeto adotado, da busca do financiamento, dos pedidos de contribui-

ções, da seleção e distribuição dos artigos nos volumes conforme a cronologia adequada, e tudo o mais que já foi feito para que a Revista esteja agora, pronta e atualizada, em suas mãos.

No entanto, o êxito final somente ocorreu, para além das ações administrativas aludidas no parágrafo acima, graças a todos os professores e alunos que, confiando no projeto, encaminharam os belos textos ora publicados, a quem agradecemos de modo geral, mas com toda a ênfase, na impossibilidade de destacar um por um. Nomeadamente o fazemos, porém, em relação a quatro ilustres professores da Faculdade. Patrícia Glioche tem sido e é a pessoa cujo esforço desmedido pôde materializar a vontade coletiva: sem sua presença em todas as etapas do processo a Revista simplesmente não aconteceria. Também não aconteceria sem o substancial apoio material, de, em ordem alfabética, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gustavo Tepedino e Luis Roberto Barroso, que, demonstrando grandeza de personalidade e espírito público, prontamente acorreram ao chamamento quando da passagem do pires.

Do sonho à ação e o resultado aqui está! O beneficiário maior é o próprio público leitor. Aliás, é em seu favor que paramos por aqui essas breves linhas de apresentação, atentos ao conselho do personagem Brás Cubas, de Machado de Assis, que ao narrar suas memórias, mesmo que de lá "do outro mundo", admitia em tom confessional ainda esperar "angariar as simpatias da opinião, e o primeiro remédio é fugir a um prólogo explícito e longo", para arrematar logo em seguida que "o melhor prólogo é o que contém menos coisas".

Bem vistos os fatos, a recuperação da Revista se insere em contexto mais amplo da responsabilidade da comunidade acadêmica quanto às novas realidades e exigências impostas pela contemporaneidade. O reclamar de dinamismo, a rigor, marca também o renascimento da Revista: daqui para frente, sua agenda é extensa. Os requisitos de adequação, os parâmetros de controle tornam-se, a cada dia, crescentes e mais rigorosos. Na administração hodierna só é mesmo perene a tônica da reconstrução, revisando-se e aperfeiçoando-se permanentemente as práticas a bem da otimização do resultado final. A sabedoria de Adilson Rodrigues Pires na coordenação do Programa e a competência de Heloisa Helena Barboza na direção da Revista, aos quais passamos o bastão, constituem a própria tradução da máxima. Vida longa à Revista da Faculdade de Direito da UERJ!

SUMÁRIO

Direito Civil

Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento	
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	11

Direito Comercial do Trabalho

A dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim	
<i>Sergio Campinho</i>	55

Direito do Estado

Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador	
<i>José Marcos Domingues de Oliveira</i>	63
Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)	
<i>Luis Roberto Barroso</i>	83
Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada	
<i>Patrícia F. Baptista</i>	119
O princípio da transparência no direito financeiro	
<i>Ricardo Lobo Torres</i>	137

Direito Penal

O instituto da transferência de presos <i>Artur de Brito Gueiros Souza</i>	163
Lei: a névoa ideológica do juiz <i>Sérgio Verani</i>	199

Disciplinas Básicas

Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? <i>Vicente de Paulo Barretto</i>	215
Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor <i>Maurício Mota</i>	235

Alumni

O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural <i>Alexandre Ferreira de Assumpção Alves</i>	255
Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade <i>Ana Paula de Barcellos</i>	281
ÍNDICE ALFABÉTICO	313

DIREITO CIVIL

CAPACIDADE PARA TESTAR, PARA TESTEMUNHAR E PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

Sumário: 1. Nota introdutória: novo perfil da Sucessão testamentária; 2. Personalidade e capacidade: dignidade da pessoa humana; 3. Capacidade e incapacidade testamentária ativa. 4. Capacidade testamentária passiva; 5. Incapacidade testamentária passiva e ilegitimidades excepcionais; 6. Capacidade para testemunhar; 7. Nota conclusiva; 8. Referências.

1 NOTA INTRODUTÓRIA: NOVO PERFIL DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O Direito das Sucessões, como segmento do Direito Civil, recebe alguns fenômenos que repercutem intensamente sobre determinados postulados outrora considerados autênticos dogmas. Na linha do pensamento de Erik Jayme², as quatro características da cultura pós-moderna que se aplicam ao Direito – a saber, o pluralismo de fontes e de sujeitos, a comunicação com o reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e o *retour des sentiments* com a efetividade dos direitos humanos de decisivo papel no âmbito das relações intersubjetivas – evidenciam a necessidade de se repensar as bases e os fundamentos dos institutos e das normas jurídicas (inclusive de Direito das Sucessões). Desse modo, o Direito Civil não pode mais ser analisado sob a ótica individualista, patrimonialista, tradicional e conservadora-elitista do período das codificações oitocentistas – do qual o Código Civil brasileiro de 1916 é exemplo mais próximo –, não sendo correto manter o dogma da completude e da exaustão dos Códigos diante das transformações operadas em inúmeros setores, como o político, social, econômico, cul-

¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ). Ex-Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UERJ. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Membro do IBDFAM e da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC).

² JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, t. 251. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. p. 36-37.

tural e familiar. O advento do Novo Código Civil brasileiro – Lei nº 10.406, de 10.01.2002 – não pode ser analisado sob o prisma do resgate da unidade do sistema pelo novo Código³. Os princípios e regras constantes da Constituição Federal de 1988 são normas jurídicas como quaisquer outras, com a nuance de se localizarem no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo, tendo a Constituição unificado o sistema com a devida hierarquização das normas, a prevalência e superioridade dos princípios e valores constitucionais, com funções de interpretação, de integração e de construção das demais normas jurídicas do ordenamento⁴.

O Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento da maior hierarquia axiológica à pessoa humana – na sua dimensão do “ser” – em detrimento da dimensão patrimonial do “ter”⁵. O fenômeno da despatrimonialização, no âmbito das situações jurídicas sob a égide do Direito Civil, denota uma opção que, paulatinamente, vem se demonstrando em favor do personalismo – superação do individualismo – e do patrimonialismo – superação da patrimonialidade como fim de si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois – como valores que foram fortificados, superando outros valores na escala hierárquica de proteção e promoção do ordenamento jurídico. De acordo com a concepção da tutela e promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais, inclusive no campo do Direito das Sucessões.

As noções a respeito do indivíduo como sujeito de direito e do seu poder da vontade como indispensáveis fundamentos do Direito Privado, com efeito, erigiram como pilares do ordenamento jurídico clássico-privatístico a propriedade – e a ela relacionada, o testamento – e o contrato, encarados como esferas

³ A posição defendida por Judith Martins-Costa, no trabalho intitulado *O Novo Código Civil brasileiro*: em busca da “ética da situação”, é no sentido do resgate da unidade do sistema pelo texto codificado de 2002 (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97). Contudo, tal posição não mereceu acolhimento de parte da doutrina brasileira contemporânea, podendo ser citado, entre outros, Gustavo Tepedino (Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XVII e XXXIII). Um dos traços marcantes do novo Código Civil é o de manter a estrutura e a sistemática do Código Civil de 1916 em tudo o que continuasse compatível com a evolução social brasileira, somente introduzindo alterações quando fosse observado o atraso da norma positivada relativamente às transformações sociais, econômicas e culturais (ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32-72).

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 33.

⁵ Nas palavras de Jussara Meirelles, “a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado” (O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 111).

sobre as quais o indivíduo exercia sua plena e quase-absoluta autonomia. Tais concepções se mostraram inadequadas e desatualizadas no contexto da valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana na construção de ordenamento jurídico baseado em valores e princípios democráticos, igualitários, solidaristas e humanistas⁶.

No campo do Direito das Sucessões, em consonância com o modelo liberal e individualista que prevaleceu no universo jurídico dos sistemas jurídicos ocidentais, o Código Civil de 1916 cuidou da sucessão em acepção mais estrita para designar o modo de aquisição – sob o ângulo do sucessor – de propriedade imobiliária em razão do falecimento do então proprietário (art. 530, inc. IV, c.c. art. 1.572). No entanto, na contemporaneidade, é imperioso observar que a sucessão *causa mortis* não se restringe às situações jurídicas patrimoniais, abrangendo inúmeros aspectos relacionados às situações jurídicas existenciais, como se constata na eventualidade de reconhecimento de filiação em testamento, nomeação de tutores e testamenteiros, disposições testamentárias em favor de filho eventual de pessoa existente, constituição de uma fundação, a transmissão *mortis causa* de alguns direitos morais do autor de obra científica, artística ou literária, entre outras.

Tradicionalmente, a doutrina analisa o Direito das Sucessões apenas sob a ótica patrimonialista, como se tal segmento do Direito Civil somente tivesse preocupação com os bens jurídicos patrimoniais, deixando de tutelar outros bens de caráter extrapatrimonial. Neste sentido, vale reproduzir a lição de Washington de Barros Monteiro, segundo a qual o Direito das Sucessões designa apenas “a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento”⁷. Tal noção é reflexo da instigante preocupação do legislador – reproduzida no revogado Código de 1916 – com o patrimônio (notadamente o imobiliário) em nítido desprestígio aos reflexos no campo extrapatrimonial daqueles que mantinham relações jurídicas com o autor da sucessão. O novo Código Civil ainda se ressentido de preocupação voltada às situações jurídicas patrimoniais, mas reconhece a importância da presença de outros fatores e valores que devem nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

No curso da história da civilização ocidental, desde o surgimento do Direito das Sucessões, a sucessão hereditária tradicionalmente se fundamentou nos mesmos princípios e regras que alicerçaram o direito de propriedade individual,

⁶ Como já foi abordado em outro trabalho, “a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana, no texto da Constituição de 1988, abrange o resgate de certa emocionalidade no discurso jurídico, bem como o reconhecimento de que também se constrói o ordenamento jurídico com elementos psicológicos, sociais, ideológicos e filosóficos que sempre foram relegados a um tratamento fora do sistema” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383).

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 6ª. v., p. 1.

além de se basear, também, em fundamentos e valores relacionados à família juridicamente tutelada pelo ordenamento jurídico. Diante de tal quadro de fundamentos, observou-se o íntimo nexos entre o Direito das Sucessões e os Direitos Reais, e o Direito das Sucessões e o Direito de Família. A concepção da perpetuidade da propriedade somente pode ser perfeitamente compreendida no âmbito jurídico, com recurso ao Direito das Sucessões e ao Direito de Família. Em outras palavras: a propriedade é perpétua na medida em que tem como ser titularizada e mantida pela família em que o bem passou a pertencer e, como existe a perspectiva cultural de perpetuação da família nas gerações seguintes, a propriedade do bem nunca deixará de existir⁸. De acordo com as clássicas lições da doutrina brasileira, "*propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém, mero usufruto*"⁹.

A evolução histórica demonstra o papel e a influência dos elementos social, familiar e individual sobre a construção normativa de regras e princípios no campo da sucessão hereditária, variando ora com a predominância dos elementos social e familiar (na sucessão legítima), ora com o destaque para o elemento individual (na sucessão testamentária). É possível separar dois grupos principais de legislações tendo em vista a maior tutela à autonomia da vontade do titular do patrimônio – para ter maior liberdade na formulação de seu testamento no campo da sucessão testamentária – ou à família integrada pela pessoa que veio a falecer – para fazer com que seja estimulada a sucessão legítima. Reconhece-se, na atualidade, a importante função social desempenhada pela sucessão hereditária, considerando a valorização da aquisição, conservação e aprimoramento da propriedade, do aumento patrimonial, do crescimento da poupança individual e familiar, do estímulo ao aperfeiçoamento pessoal para incremento da qualidade de vida, entre outros fatores, o que leva, por via de consequência, ao desenvolvimento da própria sociedade¹⁰. Tal função social da sucessão hereditária é aspecto específico do conteúdo mais amplo das noções relativas às funções sociais da propriedade e da família. O ordenamento jurídico brasileiro atribui a característica da essencialidade do Direito das Sucessões às relações intersubjetivas, evidenciando que a sucessão hereditária é tutelada como direito fundamental, nos termos do art. 5º, inc. XXX, da Constituição Federal, inserida na perspectiva da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, com fulcro no art. 3º, inc. I, do texto constitucional.

Durante muito tempo no curso da história da civilização, o Direito das Sucessões conviveu com determinados princípios e regras atributivas de privilé-

⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6, p. 27.

gios e primazias a determinadas categorias de pessoas, em evidente tratamento discriminatório e odioso relativamente a outras pessoas, excluídas de qualquer benefício sucessório. Assim, podem ser apontados determinados indivíduos que eram contemplados com direito à herança, excluindo outros: somente os homens (excluindo as mulheres), os primogênitos (excluindo o restante da descendência), os filhos matrimoniais (excluindo os extramatrimoniais¹¹ e os adotivos). Na atualidade, sob influência clara e direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, busca-se tratar igualmente e uniformemente as pessoas dos herdeiros, terminando com os privilégios sucessórios e restrições feudais que outrora existiram. Neste sentido, deve-se destacar a efetividade e aplicabilidade imediata e direta das normas contidas na Constituição Federal de 1988 nas relações jurídicas de Direito das Sucessões – aí inseridas as da Sucessão testamentária –, a exigir do intérprete a verificação da validade das normas infraconstitucionais (inclusive as do novo Código Civil) à luz dos valores, princípios e normas constitucionais.

Ao se proceder à comparação entre o art. 1.786, do novo Código Civil, e o art. 1.573, do Código Civil de 1916, observa-se que houve inversão da ordem, passando a sucessão legítima a figurar antes da sucessão testamentária, com o intuito claro de evidenciar maior importância à sucessão decorrente de lei, ou seja, a sucessão legítima. Tal não significa o desaparecimento da autonomia privada do âmbito do Direito das Sucessões, considerando inclusive a manutenção de regramento ainda bastante detalhado dos institutos, instrumentos e normas jurídicas da sucessão testamentária. Houve, no entanto, modificação a respeito do conteúdo de tal autonomia privada, especialmente em razão da funcionalização social do testamento, em perfeita sintonia com as transformações jurídicas operadas nos segmentos da propriedade e da família.

O espírito do novo Código, no Livro V – do Direito das Sucessões –, é de prestigiar a família do autor da sucessão, cumprindo estritamente o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, no sentido do Estado tutelar especialmente as famílias constitucionais e, entre elas, aquelas relacionadas à conjugalidade (em virtude de casamento e de companheirismo) e à monoparentalidade. Busca-se, simultaneamente, implementar certos princípios da ordem econômica funcionalizados à tutela e promoção da pessoa humana inserida na sociedade, na perspectiva do desenvolvimento nacional com realização da justiça social. Desse modo, o princípio da autonomia da vontade do testador sofre maiores restrições comparativamente ao sistema existente no período de vigência do Código Civil

¹¹ A esse respeito, é sempre válida a lembrança das lições de Itabaiana de Oliveira que, à luz do ordenamento jurídico na época de vigência do Código Civil de 1916, considerava "incapazes de herdar" no âmbito da Sucessão legítima os então denominados "filhos ilegítimos" não-reconhecidos e os "filhos incestuosos", em adjetivações não-recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 227, § 6º (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 93).

de 1916 porquanto, por exemplo, o aumento do rol dos herdeiros necessários gera maior restrição para o testador disciplinar a destinação de todos os bens do falecido¹².

Neste sentido, a alteração da ordem legal a respeito das duas espécies de sucessão – deixando de ser prevista em primeiro lugar a sucessão decorrente de disposição de última vontade, para passar a ser mencionada primeiramente a sucessão decorrente de lei – é significativa quanto à maior proteção do Código Civil de 2002 à sucessão legítima. O novo sistema jurídico introduzido pelo Código Civil em relação ao Direito das Sucessões se revela mais voltado à priorização dos interesses social e familiar nasucessão, rebaixando a importância da autonomia da vontade para alterar os efeitos da sucessão *ex lege* ou *ab intestato*. Toda a justificação apresentada para a sucessão *ab intestato* tradicionalmente se fundou numa *vontade presumida do falecido* que, se tivesse oportunidade em vida, teria manifestado sua vontade no sentido de prestigiar os relacionamentos de afeto e carinho que manteve em vida e, por isso, teria indicado para suceder as pessoas previstas em lei. Desse modo, no passado, afirmou-se que “a sucessão legal é, ela mesma, testamentária, no sentido de que, o legislador, colocando-se em lugar do defunto, que não tinha feito testamento, se reporta principalmente à intenção presumida deste último, para regular a transmissão de seus bens”¹³. Se tal justificação se mostrava adequada e razoável em outros tempos, época de exacerbação do individualismo e do quase-absolutismo da autonomia da vontade, logicamente não se mostra atualmente coerente com os valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico contemporâneo especialmente à luz da Constituição Federal de 1988. Todo o tratamento jurídico relativo à sucessão legítima e à sucessão testamentária deve ser repensado em termos de Direito de Família e Direitos Reais, no sentido de considerar que a propriedade e a família têm reconhecidamente (inclusive por força de normas constitucionais) função social de altíssima relevância. Neste sentido, com base nos valores atuais voltados ao solidarismo, ao humanismo, à cidadania, à repersonalização, à dignidade da pessoa humana, à efetividade dos direitos humanos nas relações intersubjetivas, entre outros, não se pode mais reconhecer ao testador poderes arbitrários, quase-absolutos, de regulamentar como melhor lhe convier sua sucessão, apenas e tão-somente para atender a interesses egoísticos seus. Assim, a justificação acerca da vontade presumida do autor da sucessão na sucessão *ab intestato* deve ser reconhecida como ultrapassada e, assim, equivocada no sistema jurídico contemporâneo¹⁴.

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões. Op. cit.*, p. 28-29.

¹³ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. XX II, p. 25.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões. Op. cit.*, p. 30.

Deve-se destacar, portanto, que a sucessão testamentária se fundamenta nas interconexões dos elementos individual e social, já que a pura e simples vontade do testador, desprovida de qualquer ingrediente social, não é suficiente para produzir efeitos jurídicos dignos de tutela. A autonomia da vontade deve se adequar e se mostrar conforme os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. A importância do reconhecimento da presença dos valores subjacentes à Sucessão Testamentária significa a encampação da funcionalização social do testamento, em perfeita sintonia com o estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, da constitucionalização e humanização do Direito Civil.

O novo perfil da Sucessão testamentária, devidamente constitucionalizada, deve especialmente abranger valores existenciais, como por exemplo no segmento da designação testamentária de filho eventual de pessoa existente à época da morte do testador, na esfera da expressa declaração de justa causa para instituir cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre bens integrantes da herança e na redução das liberalidades inoficiosas. Cuida-se, exatamente, de funcionalizar as situações jurídicas patrimoniais em favor das situações jurídicas existenciais, reconhecendo o primado da pessoa humana na sua dimensão do “ser” sobre todos os outros valores do ordenamento jurídico. Dentro de tal linha de pensamento, é oportuna a análise do tema envolvendo “capacidade/incapacidade” na Sucessão testamentária, relativamente às pessoas do testador, das testemunhas e dos sucessores testamentários.

2 PERSONALIDADE E CAPACIDADE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na contemporaneidade, a doutrina vem demonstrando quão discriminatória e excludente foi a orientação segundo a qual a noção de personalidade se restringia à mera possibilidade de um determinado indivíduo ter condições de agir no universo jurídico¹⁵. A etimologia da palavra “pessoa” – originada de *persona* – serviu de fundamento para a compreensão do ser humano como “ator no mundo jurídico”, já que na Antiguidade *persona* era a máscara dos atores nas encenações teatrais¹⁶. Tal orientação restringiu a construção das normas jurídicas do texto codificado de 1916 no sentido de limitar a noção de personalidade à aptidão da *pessoa codificada* (também chamado de *sujeito virtual*) no campo da titularização de direitos e deveres, nos termos do art. 2º, do Código Civil revogado¹⁷.

¹⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-2.

¹⁶ MEIRELLES, Jussara. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁷ Dai a precisa crítica de Jussara Meirelles ao Direito Civil do início do século XX: “Ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem

Há outro sentido de personalidade que se vincula à noção de valor objetivo, interesse central e fundamental do ordenamento jurídico, expressão do ser humano e bem juridicamente relevante. Sob a significação de valor ético, a personalidade se vincula inelutavelmente à dignidade da pessoa humana e da compreensão do ser humano em toda sua complexidade pelo Direito Civil¹⁸. A Constituição Federal de 1988, não apenas no seu art. 1º, inc. III – ao expressamente se referir à dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira –, mas também nos arts. 3º e 5º – cuidando dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com a redução das desigualdades e a eliminação da pobreza, e da previsão quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas –, edificou novo monumento normativo no ordenamento jurídico brasileiro baseado em novos valores e princípios com significativas alterações no sistema jurídico nacional. A personalidade civil, por conseguinte, não se esgota apenas na visão clássica de aptidão para titularização de situações jurídicas (ativas e/ou passivas), mas se estende para ser reconhecida como valor desprovido de qualquer patrimonialidade. A dignidade da pessoa humana é, também, valor próprio e extrapatrimonial, especialmente no contexto do convívio do ser humano na comunidade como sujeito moral. Merece referência, pela atualidade e importância, o conceito da dignidade da pessoa humana, de acordo com o pensamento de Ingo Sarlet:

*temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante de desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*¹⁹.

No segmento da Sucessão Testamentária, em particular no que tange aos temas da personalidade e da capacidade, é vital o trabalho de perfeita compreensão da noção de personalidade sob o prisma de valor objetivo não apenas no que tange à pessoa do testador, mas também no que se refere às pessoas dos herdeiros testamentários e legatários. A partir de tal premissa, será possível solucionar várias controvérsias envolvendo o tratamento especial que o sistema jurídico apresenta no campo da “capacidade” testamentária do pródigo, do menor entre

dezesseis e dezoito anos, por exemplo, bem como da potencialidade de ser designado filho eventual de pessoa existente para ser contemplado com herança testamentária ou legado.

A própria autonomia da vontade do testador, na atualidade, somente pode ser analisada sob o prisma do valor e do princípio da dignidade da pessoa humana. Como já foi sedimentado em outro trabalho, “*como valor intrínseco da pessoa humana, a dignidade não pode ser violada ou sacrificada, mas na sua perspectiva principiológica não há como negar a possibilidade de sua relativização, especialmente quando colocadas em confronto às dignidades de duas pessoas diferentes*”²⁰. Desse modo, não é admissível ao testador a instituição do concubino como seu herdeiro ou legatário nas hipóteses em que não há separação de fato relativamente ao seu cônjuge, como um dos exemplos de ilegitimação ou de indisponibilidade relativa, por força da dignidade da pessoa do cônjuge (novo CC, art. 1.801, inc. III). Contudo, não incide tal regra na hipótese de pessoa casada que viva em união estável fundada no companheirismo com outra, encontrando-se separada de fato de seu cônjuge, diante do próprio reconhecimento atual contido no art. 1.723, § 1º, do novo Código Civil²¹.

3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA

No período de vigência do Código Civil de 1916 era freqüente o emprego da expressão “capacidade testamentária” para designar “o conjunto de condições necessárias e suficientes para que uma pessoa possa, juridicamente, fazer o seu testamento ou ser, por ele beneficiada”²². Tal capacidade, a despeito de se fundamentar no sistema das capacidades e incapacidades oriundo da Parte Geral do Código Civil de 1916, com ela não se confundia diante das especificidades e da própria relevância do testamento como espécie de negócio jurídico. É oportuna a referência que a noção conceitual da capacidade testamentária abrangia – como ainda abrange atualmente – tanto a condição de testador (testamentificação ativa) quanto a do sucessor testamentário (testamentificação passiva) – seja como herdeiro ou como legatário.

No que tange à testamentificação ativa – como uma das faculdades resultantes do direito de propriedade – o Código Civil empregou a técnica de regulamentá-la de maneira implícita ao estabelecer as hipóteses de incapacidade tes-

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**:..., *op. cit.*, p. 143.

²¹ Sobre o tema, é importante notar que a jurisprudência brasileira já realizara importante trabalho hermenêutico no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, alterando a orientação que havia dado originariamente na exegese do art. 1.719, inc. III, do Código Civil de 1916 (entre outros: julgamento do Recurso Especial 3.560/RS, publicado na **RSTJ 62:193-98**). Na doutrina, por todos: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: RT, p. 456-460.

²² OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 159.

conceitual ditada pelas normas”. Tal visão, profundamente marcada pela Escola Positivista, não poderia mais subsistir nos dias atuais, como concluiu acertadamente a autora: “... a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias”. (*Op. cit.*, p. 91).

¹⁸ RODRIGUES, Rafael Garcia. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

tamentária ativa. O próprio texto codificado civil brasileiro do início do século XX se referia, em capítulo próprio no título relativo à Sucessão Testamentária, à “capacidade para fazer testamento”²³, para estabelecer, no art. 1.627, quais eram as pessoas que não tinham aptidão para testar. O novo Código Civil seguiu a mesma técnica regulamentar, na tentativa de simplificar as regras, em atendimento ao princípio da operabilidade como uma das diretrizes seguidas pelo legislador de 2002²⁴ conforme se constata da leitura do art. 1.860.

A regra geral é a da capacidade – inclusive no campo da Sucessão Testamentária –, ao passo que **a incapacidade é excepcional**. Assim, a capacidade testamentária ativa – *testamenti factio activa* – é a aptidão, oriunda da personalidade, reconhecida às pessoas que têm a faculdade jurídica de dispor em testamento sobre aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais a ela relacionadas. Como bem ressalta Zeno Veloso, a faculdade de dispor em testamento é de ordem pública, não podendo receber restrições ou limitações a não ser aquelas estabelecidas na lei, motivo pelo qual a pessoa capaz poderá livremente testar ao escolher qualquer das formas testamentárias previstas no direito positivo²⁵.

A distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato é objeto de consideração no tratamento jurídico a respeito da capacidade testamentária ativa para, fundamentalmente, ser reconhecido como pessoa idônea a testar aquela que, sendo capaz para adquirir e titularizar situações ativas e passivas, poderá pessoalmente praticar atos e negócios relacionados a tais situações jurídicas. Há algumas ressalvas; todavia, este é o ponto de partida: a capacidade testamentária ativa é reconhecida, em regra, a todos os que são dotados de capacidade de fato²⁶. Deve-se notar, no entanto, que o próprio modelo da capacidade testa-

²³ Tratava-se do Capítulo II, do Título III, do Livro IV, da Parte Especial do Código Civil de 1916. O novo Código Civil manteve a mesma estrutura normativa ao manter o mesmo Capítulo II, apenas alterando a ementa do capítulo para “Da Capacidade de Testar”.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **O Novo Código Civil brasileiro**: em busca da “Ética da Situação”. *Op. cit.*, p. 93. No mesmo sentido é a doutrina de Eduardo de Oliveira Leite no comentário ao art. 1.860 (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Comentários ao Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 320).

²⁵ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 29. O mesmo autor observa que a pessoa do testador, além de ter a capacidade para testar, deve possuir as qualidades físicas e os atributos intelectuais exigidos por lei para ser adotada tal forma testamentária, exemplificando com o caso do mudo e do surdo-mudo que não podem testar sob a forma pública ou particular, e sim apenas com a modalidade do testamento cerrado.

²⁶ A respeito do tema, Itabaiana de Oliveira, ao comentar o preceito contido no art. 1.627, do Código Civil de 1916, observou que os ausentes deveriam ser considerados como incapazes para testar diante da sua, absoluta incapacidade – *ex vi* do disposto no art. 5º, inc. IV, do Código de 1916 – atribuindo a omissão ao ausente na Sucessão Testamentária ao lapso do legislador. De notar, no entanto, que a pessoa do ausente, assim declarada por ato judicial, nunca foi incapaz (absoluta ou relativamente) para os atos da vida civil já que a curadoria sempre foi estruturada com base no patrimônio do ausente. Assim, o novo Código Civil apenas corrige o lapso do legislador de 1916 ao deixar de incluir o ausente como absolutamente incapaz e, implicitamente, admite que ele tenha a faculdade de testar (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: Sucessões. *Op. cit.*, p. 168).

mentária ativa não tem correspondência com o da capacidade testamentária passiva, como no exemplo das pessoas jurídicas que, por não serem dotadas de personalidade (sob o significado de valor objetivo), não têm reconhecida capacidade para testar, mas podem ser contempladas com heranças ou legados por terem capacidade testamentária passiva. Daí a afirmação da doutrina no sentido da existência de “uma capacidade especial para testar” que não se confunde com a capacidade em geral²⁷.

Há, ainda, outro ponto a ser considerado no tema da capacidade testamentária ativa – e, logicamente no segmento da incapacidade testamentária – que é a distinção entre incapacidade e falta de legitimação. No passado, Itabaiana de Oliveira colocava a questão sob o prisma da divisão da incapacidade testamentária ativa em absoluta – aquela em que a lei impedia que o testador dispusesse “*de seus bens por testamento em favor de quem quer que seja*” – e relativa – aquela em que a lei proibia a disposição testamentária em favor de certa e determinada pessoa²⁸. Nos dias contemporâneos, sob a influência do Direito Processual Civil, o melhor tratamento jurídico sobre o tema é de apenas considerar a noção de incapacidade como representativa da antiga incapacidade testamentária absoluta, reservando a ilegitimidade ou falta de legitimação para os casos em que é proibida a disposição testamentária em favor de pessoa indicada na própria lei diante de alguma circunstância de fato considerada relevante para fins de proteção de determinados valores e bens jurídicos.

A regra principal do novo Código Civil em matéria de capacidade/incapacidade testamentária ativa está prevista no art. 1.860²⁹, já que ao tratar expressamente da incapacidade para testar, o dispositivo cuida implicitamente do comum que é a capacidade para testar. A capacidade testamentária ativa é “*condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz*”³⁰. Diante da capacidade ser a regra e a incapacidade, a exceção, é oportuno apenas analisar as situações excepcionais das pessoas consideradas incapazes para testar nos termos do ordenamento jurídico brasileiro atual, diante da vigência do novo Código Civil.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Comentários ao Código Civil brasileiro** (Coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XVI, p. 277. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VI, p. 202.

²⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. Cit.*, p. 160.

²⁹ “**Art. 1.860.** Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. **Parágrafo único.** Podem testar os maiores de 16 (dezesesseis) anos”. No Código Civil de 1916, a regra era a seguinte: “**Art. 1.627.** São incapazes de testar: I – os menores de 16 (dezesesseis) anos; II – os loucos de todo o gênero; III – os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo; IV – os surdosmudos, que não puderem manifestar sua vontade”.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6º v., p. 148-149.

(In)capacidade testamentária ativa dos menores

Uma das hipóteses em que o novo Código apresenta tratamento sobre a capacidade testamentária diverso daquele apresentado quanto à capacidade em geral é justamente relacionado aos menores. O novo Código Civil, seguindo a mesma linha de tratamento jurídico dado pelo Código Civil de 1916 acerca da matéria, após se referir à incapacidade testamentária dos incapazes para os atos do cenário jurídico em geral na previsão contida no *caput* do art. 1.860, excepciona tal regra ao prever, no parágrafo único, que os maiores de dezesseis anos podem testar – ou seja, têm capacidade testamentária ativa³¹.

A respeito do tema, verifica-se que a mera distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato não é suficiente para fundamentar a incapacidade ativa testamentária dos menores de dezesseis anos e, simultaneamente, a capacidade testamentária ativa dos maiores de dezesseis anos. A despeito de algumas críticas doutrinárias a respeito da posição adotada pelo legislador acerca do tema³², acentua-se que o tratamento normativo acerca da capacidade testamentária ativa do menor com idade mínima de dezesseis anos atualmente encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal. Tal afirmativa decorre especialmente no reconhecimento do adolescente – entre dezesseis e dezoito anos – como sujeito de direitos fundamentais e individuais e, assim, dotado de autonomia de vontade que venha a ser protegida e promovida na seara testamentária de maneira a concretizar a sua dignidade e a igualdade material comparativamente aos maiores de dezoito anos quando não existe elemento de *discrimen* razoável que ensejasse outro tipo de tratamento jurídico. Na atualidade, considerando as inúmeras transformações culturais, sociais e mesmo tecnológicas, reconhece-se que as novas gerações têm adquirido grau de discernimento e de responsabilidade em tempo muito menor do que antigamente acontecia, o que inclusive tem gerado alterações normativas como, por exemplo, no campo do direito ao voto, expressamente reconhecido aos maiores de dezesseis anos (CF/88, art. 14, § 1º, inc. II, “c”). Assim, logicamente, não poderia o novo Código Civil retroceder nesta matéria e, assim, aumentar a idade da pessoa para fins de ser considerada capaz de testar³³. Caso

³¹ A esse respeito, é oportuna a lição de Sílvio Rodrigues para justificar a capacidade dos menores com dezesseis anos para testar: “A razão dessa maior tolerância se encontra em que, devendo o testamento produzir efeito após a morte do testador, tal ato, em rigor, não lhe pode resultar prejudicial, não havendo, portanto, razão para incidir a regra sobre incapacidade, cujo sentido protetivo constitui a sua única justificativa”. (Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7, p. 99).

³² Eduardo de Oliveira Leite apresenta crítica bem fundamentada acerca da capacidade testamentária ativa do menor com mais de dezesseis anos de idade, sustentando que o melhor seria aumentar a idade para fins de reconhecimento de capacidade sucessória (Op. cit., p. 321-323). Sílvio de Salvo Venosa alerta para a falta de interesse prático de tal regra diante da pouca (ou nenhuma) aplicação concreta da regra para os casos de menores com idade superior a dezesseis anos (op. cit., p. 279).

³³ Com propriedade, Zeno Veloso defende a capacidade testamentária ativa aos dezesseis anos, valendo-se da doutrina de San Tiago Dantas acerca das diferenças quanto à intenção da pessoa na feitura de um testamento

assim o fizesse, o novo Código Civil poderia violar a Constituição Federal, cujas normas se localizam no topo da pirâmide normativa e, assim, encontrasse eivado de inconstitucionalidade.

É óbvio que não basta que a pessoa tenha idade mínima de dezesseis anos para poder testar, já que poderá existir alguma outra causa de incapacidade testamentária ativa – não relacionada à idade – que, logicamente, não permitirá o reconhecimento da validade do testamento. Assim, por exemplo, a pessoa com dezessete anos de idade, mas que careça de discernimento suficiente para compreender o ato que está praticando por doença mental, não terá capacidade testamentária ativa.

Os menores de dezesseis anos, diante da absoluta incapacidade civil, não têm aptidão para fazer testamento. Há, contudo, uma ressalva que deve ser considerada relacionada ao menor de dezesseis anos emancipado, como no caso de casamento contraído com autorização judicial. A despeito de não haver ainda atingido a idade de dezesseis anos, a capacidade plena foi alcançada diante da emancipação e, desse modo, deve ser considerada a regra implícita do *caput* do art. 1.860, do novo Código Civil, segundo a qual as pessoas capazes (de fato) podem testar³⁴. Eventual interpretação contrária, no sentido da incapacidade testamentária ativa do emancipado com idade inferior a dezesseis anos, violaria princípios e valores constitucionais, entre os quais, a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a justiça social.

(In)capacidade testamentária ativa das pessoas sem discernimento ou com discernimento reduzido

Diante da redação do art. 1.860, *caput*, do novo Código Civil, poder-se-ia considerar que todos os incapazes (absolutamente e relativamente) dos arts. 3º e 4º, do próprio texto codificado (salvo os maiores de dezesseis anos), também não teriam capacidade testamentária ativa. Na correta lição de Zeno Veloso, o *caput* do art. 1.860 apresenta redação equivocada que merece ser corrigida urgentemente³⁵, levando em conta a possibilidade de ser reconhecido inválido o testamento feito por ébrios habituais, viciados em tóxicos, aqueles que tiverem o discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, independentemente da verificação de qualquer vício no momento da facção da cédula testamentária³⁶. O fundamento da norma do art. 1.860, do novo

e da mesma pessoa no exercício e disposição de direitos em vida, valendo-se, ainda, de fontes históricas – como as Ordenações Filipinas – para justificar a razão da idade ser menor para fins de capacidade testamentária ativa (op. cit., p. 38).

³⁴ Há posição doutrinária contrária àquela constante do texto: VENOSA, Sílvio de Salvo (op. cit., p. 280).

³⁵ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 29-30.

³⁶ Diante das críticas ao preceito constante no art. 1.860, *caput*, do novo Código Civil, o Projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, oferece nova redação: “Art. 1.860. Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento”.

Código Civil, ao se referir aos incapazes de testar, é permitir que a pessoa do testador tenha condições de dispor sobre seus bens de maneira livre, consciente, com perfeita compreensão, entendimento e discernimento sobre o que está dispondo. Dessa maneira, não é possível considerar que toda e qualquer enfermidade mental retire tais atributos da pessoa humana³⁷.

A idéia central é a de considerar incapaz para testar a pessoa que não tenha o necessário discernimento para dispor sobre seus bens através de ato de última vontade. Assim, na dicção do art. 3º, inc. II, do novo Código Civil, *os que, por enfermidade ou doença mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil* também não têm capacidade testamentária ativa, ainda que não tenham sido formalmente interditados³⁸. A interdição, no caso dos absolutamente incapazes do art. 3º, inc. II, referido, não permitirá a facção de cédula testamentária pelo interdito, mas também não impede a que se reconheça a invalidade do testamento feito anteriormente à interdição desde que haja demonstração da ausência de discernimento na época da formulação do ato de última vontade³⁹. Não se pode, mais uma vez, deixar de ser lembrado que a capacidade se presume enquanto que a incapacidade deve ser demonstrada: é indispensável que a prova sobre a inexistência de discernimento do testador à época em que foi feito o testamento devido à anomalia mental deve ser robusta, do contrário prevalece o brocardo *in dubio pro capacitate*⁴⁰.

A regra contida no art. 1.860, *caput*, do novo Código Civil, no sentido de incluir, além dos incapazes, as pessoas que não tiverem pleno discernimento, teve como objetivo apenas deixar indubitosa a possibilidade do reconhecimento da incapacidade testamentária ativa daquele que, não tendo sido interditado, encontrava-se impossibilitado de testar devido à ausência de pleno discernimento para dispor de seus bens por ato de última vontade⁴¹.

Na contemporaneidade, especialmente diante da busca de realização da concretude do Direito, indaga-se a respeito da possibilidade – ainda que a título excepcional – de se admitir o testamento elaborado por pessoa interdita. Sílvio de Salvo Venosa apresenta tal questão, situando-a nos casos de lúcido intervalo

³⁷ A frase de Zeno Veloso é lapidar a respeito: “Não é qualquer anomalia cerebral, não é qualquer psicopatia que exclui do indivíduo a capacidade testamentária” (op. cit., p. 32).

³⁸ No período de vigência do Código Civil de 1916, Itabaiiana de Oliveira criticou a expressão “loucos de todo gênero” constante do inc. II, do art. 1.627, do texto revogado, esclarecendo que dentro de tal noção deveriam ser considerados “*todos aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, por lesão somática, ou por vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para se conduzirem socialmente nas várias relações de vida, como os idiotas, os imbecis, os surdo-mudos de nascença não educados suficientemente, os vesânicos, os furiosos que, comumente, se designam pelos nomes gerais de mentecaptos desassissados, dementes, e cuja caracterização científica incumbe aos alienistas e aos médico-legistas*” (Op. cit., p. 163).

³⁹ No mesmo sentido do texto: Zeno Veloso (Op. cit., p. 32-33).

⁴⁰ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 34.

⁴¹ No sentido do texto: Sílvio de Salvo Venosa (op. cit., p. 281).

e de cura do interdito, apesar de não ter sido levantada a interdição neste caso⁴². Além de tais casos, deve-se incluir as hipóteses de pessoas interditadas com fundamento nos incs. II e III, do art. 4º, do novo Código Civil, que não estão totalmente desprovidas de discernimento. Nos casos de relativa incapacidade, por redução de discernimento, a própria sentença de interdição deverá conter a menção aos atos civis que podem e os que não podem ser praticados pelo interdito e, logicamente, a facção de testamento poderá ser incluída entre os atos perfeitamente realizáveis pela pessoa relativamente incapaz. Com fundamento nos valores e princípios constitucionais, notadamente os relacionados à funcionalização social dos institutos jurídicos baseados na dignidade da pessoa humana do próprio interdito, não haverá incapacidade testamentária ativa quando se verificar que na época do testamento havia discernimento do testador suficiente para o ato, a despeito da formal interdição.

Incapacidade testamentária ativa da pessoa que, por causa transitória, não podia exprimir sua vontade

Outra hipótese de incapacidade testamentária ativa, prevista no art. 1.860, *caput*, c.c. art. 3º, inc. III, ambos do novo Código Civil, é a da pessoa que, por causa transitória – como a hipnose, o sonambulismo, a embriaguez, entre outras –, não tinha discernimento para dispor dos bens em testamento. Tal hipótese coincide, em termos de conteúdo, com a prevista no inc. III, do art. 1.627, do revogado Código Civil de 1916, a saber, a incapacidade daqueles que, ao testar, não estavam em “*seu perfeito juízo*”. Itabaiiana de Oliveira, à luz do sistema jurídico do Código Civil de 1916, observava que quem não estava no seu perfeito juízo não possuía “*as condições de reflexão e de serenidade de espírito*”, sendo suficiente tal deficiência, de caráter acidental, decorrente de perturbação – ainda que temporária – da razão para ser reconhecido inválido o testamento feito “*em consequência de algum acesso de delírio, embriaguez ou outra coisa semelhante*”⁴³. Washington de Barros Monteiro colaciona algumas situações que podem ser incluídas no rol daqueles que testam sem o pleno discernimento: síndrome paranóica de interpretação com delírios de perseguição, espasmo cerebral seguido de hemiplegia, icto apoplético⁴⁴, além dos efeitos da cocaína, morfina, macoína e outras substâncias entorpecentes⁴⁵.

Assinale-se, a esta altura, que a circunstância da pessoa ter atingido determinada idade, como por exemplo os oitenta anos, não é causa adequada e suficiente para se reconhecer eventual incapacidade testamentária ativa em não

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 283-284.

⁴³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiiana de. Op. cit., p. 163-164.

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 93.

⁴⁵ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 35.

havendo redução ou extinção de discernimento. Especialmente nos dias atuais, em perfeita sintonia com o reconhecimento e implementação dos direitos fundamentais dos idosos por força de expressa previsão constitucional⁴⁶ e infra-constitucional⁴⁷, não há sentido em cogitar de suposta incapacidade testamentária por força da idade avançada.

Descabe, outrossim, de cogitar de incapacidade testamentária ativa relativamente à pessoa que se encontre doente, ou mesmo gravemente enferma, se não houve redução ou supressão de discernimento. Nas palavras de Venosa, “a capacidade de testar requer a capacidade de mente, não do corpo”⁴⁸. Assim, mesmo a pessoa com grave e incurável doença tem aptidão para dispor de seus bens por ato de última vontade.

Capacidade testamentária do surdo-mudo, do cego e do analfabeto

No sistema instaurado com o Código Civil de 1916, os surdos-mudos que não podiam exprimir sua vontade eram reputados absolutamente incapazes para os atos civis em geral e, assim também eram considerados na Sucessão testamentária (arts. 5º, inc. III, e 1.627, inc. IV). O novo Código Civil não reproduz o tratamento legislativo anterior sobre a matéria, retirando formalmente do rol dos absolutamente incapazes os surdos-mudos. Tal não significa que haja possibilidade em todos os casos de se admitir a facção de determinada cédula testamentária pelos surdos-mudos. O surdo-mudo, posto capaz, não pode optar pela facção das modalidades de testamento público ou particular, somente podendo valer-se da forma cerrada para fazer seu testamento nos termos do que dispõe o art. 1.873, do novo Código Civil.

O cego, por sua vez, não pode escolher a forma cerrada, nem a particular, diante da regra legal somente admitir o testamento público em seu favor (novo Código Civil, art. 1.867). Da mesma forma, o analfabeto de leitura não pode optar pela forma cerrada de testamento (do novo Código Civil, art. 1.872) e, se também não souber assinar, está impedido de fazer testamento particular (novo Código Civil, art. 1.876)⁴⁹. Tais restrições que se impõem aos surdos-mudos, cegos e analfabetos, têm como fundamento assegurar e promover, simultaneamente, a autonomia da vontade do testador (sob o prisma da autenticidade da

⁴⁶ “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

⁴⁷ Trata-se da Lei 10.741, de 01.10.2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseando-se nos direitos humanos e fundamentais reconhecidos à pessoa humana idosa, informados pelo valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (arts. 2º e 3º, do referido Estatuto).

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 290.

⁴⁹ VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 29.

última declaração de vontade) e os interesses dos sucessores – legítimos ou testamentários –, informados pelos princípios da função social da propriedade e da especial proteção à família (em sentido amplo) do autor da sucessão. Há receio de que a falta de um dos sentidos físicos (fala, audição e visão) ou culturais (escrita e leitura) da pessoa humana a coloque em posição de vulnerabilidade acima do normal no momento da facção da cédula testamentária, o que conduz à imposição de várias restrições à escolha da forma do testamento. Tal tratamento jurídico não altera a posição jurídica da pessoa humana de, baseada no valor de sua dignidade, ser dotada de capacidade testamentária ativa. Assim, não há qualquer redução de capacidade testamentária, mas sim apenas restrição à liberdade de escolha das várias formas testamentárias, restrição que se fundamenta no interesse social de garantir a autenticidade dos atos de última vontade.

Capacidade testamentária ativa do pródigo, do índio e do ausente

A despeito da previsão contida no inc. IV, do art. 4º, do novo Código Civil, ao ser incluído como relativamente incapaz, o pródigo é dotado de capacidade testamentária ativa. Com efeito, a prodigalidade somente inibe a pessoa de dispor em vida sobre seu patrimônio, mas não altera a capacidade testamentária ativa que, como visto, se aproxima bastante da noção de plena ou razoável capacidade de fato quanto ao discernimento. Na eventualidade da pessoa do pródigo, além da prodigalidade, também ser desprovida de discernimento total ou parcialmente, haverá incapacidade testamentária ativa baseada no art. 1.860, c.c. arts. 3º, inc. II ou 4º, incs. II e III, todos do novo Código Civil⁵⁰.

O índio, a exemplo da pessoa idosa, tem capacidade testamentária ativa, não sofrendo qualquer limitação ou restrição, caso inexista qualquer problema no que tange ao seu discernimento. De acordo com a orientação de Arnaldo Wald, a própria circunstância do índio fazer seu testamento demonstra que ele está perfeitamente adaptado à sociedade brasileira e, conseqüentemente, inexistente motivo para reconhecer eventual invalidade do testamento⁵¹. Ao contrário, se inexistente compreensão a respeito do ato que está praticando e, portanto, inexistente discernimento ou este é reduzido, haverá incapacidade testamentária ativa que, assim, deverá ser demonstrada já que a regra é a da capacidade (testamentária ativa).

O ausente, no novo Código Civil, não figura mais como incapaz – sequer entre os relativamente incapazes. Assim, mesmo tendo sido judicialmente declarado como tal, a pessoa do ausente não é incapaz de testar. O instituto da ausência foi construído como maneira de buscar a preservação dos bens do ausente –

⁵⁰ No mesmo sentido do texto: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 291.

⁵¹ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103.

de natureza patrimonial, prioritariamente e, portanto, ainda vinculado aos valores atualmente ultrapassados –, mas sem se basear na desproteção à pessoa do ausente. Não havendo qualquer redução ou perda do discernimento, o ausente preenche, subjetivamente, os requisitos necessários para permitir a Sucessão testamentária.

Apesar de não ter sido expressamente incluída no art. 1.860, do novo Código Civil, a pessoa jurídica não é dotada de capacidade testamentária ativa. Tal afirmação decorre da própria noção de dignidade da pessoa humana (sob o significado de valor objetivo, interesse central do ordenamento jurídico) não se estender às pessoas jurídicas que, desse modo, terão outros mecanismos e instrumentos jurídicos para destinar seu patrimônio no caso de extinção da própria pessoa jurídica. O exemplo da incapacidade testamentária ativa das pessoas jurídicas é elucidativo quanto à não-coincidência entre a incapacidade em geral e a incapacidade testamentária.

Capacidade superveniente e incapacidade superveniente

O art. 1.861, do novo Código Civil, reproduziu a regra contida no art. 1.628, do Código Civil de 1916, ao estabelecer que *a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade*. Em outras palavras: o momento para aferir a presença do requisito subjetivo de validade do testamento é a época da sua facção⁵². Exige-se, portanto, a verificação da capacidade testamentária ativa no momento da feitura do testamento, sendo irrelevante qualquer alteração posterior que possa influir no discernimento ou nas condições físicas e culturais do testador⁵³. Do contrário, caso no momento da realização do testamento a pessoa fosse incapaz para testar, a superveniente aquisição da capacidade não convalidaria o ato eivado de nulidade. O dispositivo legal (novo Código Civil, art. 1.861) contempla duas regras, denominadas do “lado da medalha” e do “reverso da medalha”, no oportuno comentário de Eduardo de Oliveira Leite: a) caso o testador tenha feito o testamento na plenitude da sua capacidade de testar, não haverá sua invalidação na eventualidade da pessoa contrair doença mental (“lado da medalha”); b) se o testador fez o testamento quando não tinha capacidade para testar – no exemplo do menor de dezesseis anos – e, posteriormente, falecer quando já teria capacidade para testar, a disposição de última vontade é nula por força da incapacidade testamentária ativa no momento da facção da cédula (“reverso da medalha”)⁵⁴. Neste caso, o testador poderia ter feito o testamento válido ao atingir os dezesseis anos de idade, não se podendo presumir que sua inércia em providenciar a facção de outro testamento convalidasse o anterior.

⁵² OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 161.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 94.

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 326.

Tais regras alicerçam o entendimento doutrinário segundo o qual é a lei vigente no momento da facção do testamento que rege a capacidade testamentária ativa – também denominada testamentificação ativa (ou *testamenti factio activa*)⁵⁵.

4 CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA

Ao lado da capacidade testamentária ativa, para que a Sucessão testamentária possa produzir efeitos, sob o prisma da validade quanto ao preenchimento dos requisitos subjetivos, faz-se necessária a presença da capacidade testamentária passiva – também denominada capacidade para adquirir ou suceder por testamento, testamentificação passiva ou *testamenti factio passiva*. Apesar de haver inúmeras diferenças entre a capacidade testamentária ativa e a capacidade testamentária passiva, ambas se mostram fundamentais para o reconhecimento da validade do testamento ou, ao menos, de determinadas disposições testamentárias, permitindo a produção normal dos efeitos do ato de última vontade do testador. A capacidade testamentária passiva se reveste de alguns contornos bastante particulares, permitindo, por exemplo – sob a modalidade de instituição testamentária condicional –, a disposição em favor de ente que sequer tem existência física e, simultaneamente, jurídica, como na hipótese envolvendo o filho eventual de pessoa determinada existente por ocasião do falecimento do testador.

Nos termos do art. 1.787, do novo Código Civil, é a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão que rege a capacidade para suceder e, também, os casos de ilegitimidade para receber a herança ou o legado⁵⁶. A respeito do tema relacionado à capacidade testamentária passiva, o novo Código Civil apresenta nova estrutura normativa comparativamente ao Código Civil de 1916. Neste, o Capítulo XI, do Título III (“Da Sucessão Testamentária”), do Livro IV, da Parte Especial, cuidava da “capacidade para adquirir por testamento” nos arts. 1.717 a 1.720, com algumas disposições que não eram específicas da capacidade testamentária passiva. Assim, o texto codificado de 2002 reestruturou vários dispositivos anteriormente integrantes do corpo do Código de 1916, tentando empreender atividade de reconstrução das normas jurídicas com base na experiência concreta da realidade jurídica brasileira, em especial da interpretação doutrinária e jurisprudencial. Tal diretriz propiciou a inclusão de um novo capítulo no Título I (“Da Sucessão em Geral”), do atual Livro V, da Parte Especial, do novo

⁵⁵ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁶ Dai o comentário de Maria Helena Diniz: “a) se capaz o herdeiro por ocasião da feitura do testamento, porém incapaz no momento da abertura da sucessão, não poderá suceder ao de cujus; b) se incapaz para suceder no tempo da confecção do testamento, mas capaz no momento em que se abre a sucessão, sucederá ao falecido; c) se o testador instituir fideicomisso, com designação alternativa de fideicomissários, serão beneficiários os que já existirem no instante em que se abrir a sucessão do fideicomitente” (*Op. cit.*, p. 43).

Código Civil, com a ementa intitulada “*Da Vocação Hereditária*”, Dentro dos limites deste item do trabalho, serão desenvolvidos aspectos da capacidade testamentária passiva⁵⁷.

A voca o hereditária representa a indica o dos destinatários da sucessão, ou por ffor a de lei (sucessão legítima) ou por ffor a de testamento (sucessão testamentária), sendo considerado o segundo pressuposto da sucessão *mortis causa*, ao lado da morte do autor da sucess o⁵⁸. Na esfera da capacidade genérica passiva para a sucessão *mortis causa*,   comum designar-se por “capacidade para suceder” a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado que, em se tratando de sucessão legítima, somente se reconhece às pessoas ffor icas (ou naturais). Assim,   necessária a condi o de pessoa humana para ser titular do direito hereditário no campo da sucessão legítima, sendo que na sucessão testamentária também há outros entes com aptidão para o recolhimento da herança ou do legado.

Capacidade sucessória passiva em geral

Nas precisas coloca es de doutrina, são inid neos para suceder os entes que, ao tempo da abertura da sucessão, sequer foram concebidos, ou premorreram ao autor da sucess o⁵⁹, daí a obrigatoriedade da existência da pessoa humana por ocasião do falecimento do autor da sucessão para que seja assumida a posi o jurídica anteriormente ocupada pelo *de cuius*. Tal orienta o decorria do próprio sistema jurídico implantado com o Código Civil de 1916, a despeito da norma se localizar somente no segmento da Sucessão testamentária (art. 1.717). O novo Código Civil, diante da verifica o da inadequa o do tratamento legislativo – ao menos sob o prisma formal do texto codificado de 1916 –, coloca a questão de maneira mais técnica e adequada, “*ex vi*” da regra prevista no art. 1.798, ao estabelecer que “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Observa-se que o dispositivo se localiza no Título referente   *Sucessão em Geral* e, por isso, a regra   aplicável às duas espécies de sucessão – legítima e testamentária –, permitindo o chamamento das pessoas dotadas de personalidade civil (sob os dois significados) ou dos nascituros (pessoas em potencial, com a personalidade, sob o significado de valor objetivo) para assumirem as posi es de herdeiros – legítimos ou testamentários – e legat rios⁶⁰.

⁵⁷ O assunto foi desenvolvido em outro trabalho já publicado que serve de referência para as idéias a desenvolver neste (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. Op. cit., capítulo 7 – “Voca o Hereditária”. p. 60-70).

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 10.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. Op. cit., p. 60.

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. (Coord. Ant nio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 86.

O nascituro, apesar de ser ente desprovido de personalidade civil – no sentido de não ter aptidão para titularizar situa es jurídicas – para o ordenamento jurídico brasileiro⁶¹, tem seus interesses resguardados na esfera do Direito das Sucessões desde a concep o, tendo idoneidade e aptidão para suceder caso venha a nascer com vida. Observa-se, pois, que sua capacidade sucessória passiva não   atual, e sim condicional. Cuida-se de uma situa o provisória, de pendência da dela o, aguardando-se o posterior nascimento com vida para permitir a aquisi o do direito   herança ou ao legado⁶². O que se exige, portanto,   a constata o da personalidade civil daquele que reclama a voca o hereditária, diante da existência da pessoa ffor ica no momento da abertura da sucess o⁶³. Assim, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional já que ainda não tem personalidade civil na dic o do art. 2 , do novo Código Civil.

Desse modo, nos termos do art. 1.798, do novo Código Civil, são capazes, “legitimados” e, conseqüentemente, aptos a suceder (como herdeiros ou legatários): a) as pessoas ffor icas (ou naturais), ou seja, aqueles dotados de personalidade civil por terem nascido e existirem na época da abertura da sucessão; b) os nascituros, ou seja, aqueles já concebidos no momento da morte do autor da sucess o⁶⁴. Atualmente,   perfeitamente admissível buscar a fundamenta o jurídica para a capacidade sucessória condicional do nascituro com base no valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como já foi comentado “*a dignidade da pessoa humana, tal como prevista no dispositivo constitucional relativo ao planejamento familiar,   também aquela da futura pessoa, ou seja, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar...*”⁶⁵.

Diante das novas técnicas de reprodu o medicamente assistida, especialmente com a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva da futura transferência para o corpo de uma mulher, bem como no caso da criopreserva o de sêmen ou de óvulo para futura utiliza o, deve-se ser equacionada a

⁶¹ Sem a pretensão de aprofundar o tema a respeito da *condi o jurídica do nascituro* e suas várias teorias, o direito brasileiro se filiou   doutrina natalista quanto   aquisi o de personalidade civil sob o significado tradicional, nos termos do art. 2 , do novo Código Civil brasileiro, mas tal não o coloca equiparado às coisas, especialmente levando em conta o valor objetivo da potencialidade da pessoa humana (no segundo sentido da palavra personalidade), daí a própria ressalva contida no dispositivo referido. Para maior aprofundamento do debate: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filia o: o biodireito e as rela es parentais*, op. cit., p. 563-568. No direito brasileiro, Rubens Limongi França e S lmaria Juny A. Chinelato de Almeida são adeptos da teoria concepcionista reconhecendo personalidade civil – na acep o tradicional – ao nascituro (FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 142-144; ALMEIDA, S lmaria Juny A. Chinelato de. O nascituro no Código Civil e no direito constitu o. *Revista Inf. Legislativa*, n. 97, p. 181-190, jan./mar. 1988).

⁶² Em sentido contrário ao texto: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 88-89.

⁶³ CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6, p. 128.

⁶⁴ GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. (Coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Fereb, 2003. v. XVI, p. 78.

⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filia o*. Op. cit., p. 464.

questão acerca da possibilidade da vocação dos embriões congelados – e daqueles resultantes da utilização do material fecundante congelado – na sucessão *mortis causa* diante da redação do art. 1.798, do novo Código Civil. Não se pode olvidar, a esse respeito, que o projeto do novo Código Civil foi apresentado com texto cuja formulação foi iniciada no final da década de sessenta, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões – especialmente os embriões excedentários. O legislador, ao formular a regra contida no atual art. 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718, do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é apenas necessária a espera do momento do nascimento para verificar-se se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se considerar, de acordo com o sistema implantado pelo novo Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, do novo Código Civil, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal)⁶⁶.

O tema relacionado à capacidade para suceder e a reprodução assistida *post mortem* é dos mais polêmicos e, indubitavelmente, o novo Código Civil não apresenta solução transparente, a despeito da gravidade da questão. A doutrina contemporânea, especialmente à luz do novo Código Civil, apresenta posturas diversas a respeito do assunto. Francisco José Cahali observa que, no sistema jurídico anterior ao novo Código, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado) sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade; contudo, diante da regra do art. 1.597, do novo Código Civil, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido quando o nascimento da criança ocorrer quando já encerrado o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão⁶⁷.

⁶⁶ Em outro trabalho, cujo tema central era a filiação resultante da reprodução assistida heteróloga, no concernente aos aspectos e efeitos civis, a conclusão referida no texto foi alcançada, com a apresentação de interpretação razoável (e em conformidade com a Constituição Federal de 1988) do art. 1.597, do novo Código Civil. Assim, “no estágio atual do direito brasileiro, não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**. *Op. cit.*, p. 1.000).

⁶⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 132.

Débora Gozzo, por sua vez, propõe o emprego da analogia para solucionar a questão, no sentido de considerar possível reconhecer o direito sucessório à criança resultante de técnica de reprodução assistida *post mortem* da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual de pessoa certa e determinada como possível herdeiro testamentário ou legatário, sugerindo o ajuizamento da ação de petição de herança para tanto⁶⁸. Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai; b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante; para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária pois já houve concepção, ao passo que na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão⁶⁹.

Há, pois, variados posicionamentos a respeito do tema, sendo que não há problema antecedente ao próprio Direito das Sucessões, a saber, a admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida *post mortem* no direito brasileiro. Com fulcro nos valores e princípios constitucionais especialmente relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, é inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente havia fornecido seu material fecundante e, além disso, tivesse consentido a que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses acima indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha

⁶⁸ GOZZO, Débora. *Op. cit.*, p. 42.

⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 109-110.

pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

A capacidade sucessória passiva em geral se aproxima bastante da noção de capacidade de direito (ou de gozo), diferentemente da capacidade testamentária ativa que, como visto, tem maior proximidade com a capacidade de fato. Não há correspondência absoluta, conforme já foi considerado, e a própria inclusão do nascituro no rol daqueles que têm capacidade para suceder confirma a não-coincidência entre capacidade de direito e capacidade para suceder.

Capacidade testamentária passiva

Na estrutura do novo Código Civil, o art. 1.799, é reservado, na temática da vocação hereditária, para tratar apenas das pessoas com aptidão para suceder (como herdeiras ou legatárias) no campo da sucessão testamentária, excluindo, portanto, a possibilidade de tais entes personalizados (ou não) adquirirem direito à herança decorrente da sucessão legítima. A matéria recebia tratamento legislativo diverso no Código Civil de 1916 já que o art. 1.718 regulava a matéria no segmento da Sucessão testamentária. Desse modo, além das pessoas físicas (ou naturais) e dos nascituros, na sucessão testamentária também podem ser vocacionados: a) os filhos não-concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas no momento da abertura da sucessão; b) as pessoas jurídicas existentes; c) as futuras fundações, cuja organização for determinada pelo testador para receber o patrimônio ou parte do patrimônio do autor da sucessão⁷⁰.

No que tange às pessoas jurídicas, observa-se que a vocação hereditária prevista no Código é apenas aquela relacionada à sucessão testamentária, não sendo admitido que a herança legítima possa ser adquirida pela pessoa jurídica⁷¹. As únicas posições jurídicas admitidas para a pessoa jurídica no Direito das Sucessões são as de herdeira testamentária e de legatária, não se aplicando todo

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. Op. cit., p. 62.

⁷¹ A própria retirada – formal – do Município, do Distrito Federal e da União da ordem de vocação hereditária (conforme tratamento dado pelo atual art. 1.829, do novo Código Civil, em comparação ao art. 1.603, do Código Civil de 1916) confirma a regra da inexistência de pessoa jurídica como herdeiro legítimo.

o Título II, do Livro do Direito das Sucessões (Da Sucessão Legítima). Assim, somente por força de designação feita em testamento, a pessoa jurídica pode ser chamada à sucessão, devendo estar constituída e existindo na forma da lei. Inexiste restrição quanto à espécie de pessoa jurídica de direito privado (sociedade, associação e fundação) ou de direito público, sendo requisito apenas que ela tenha existência na época da abertura da sucessão⁷².

A única exceção ao requisito da existência da pessoa jurídica no momento da abertura da sucessão é aquela contida no inc. III, do art. 1.799, do novo Código Civil, ou seja: a disposição testamentária em favor de pessoa jurídica cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Com base na regra do art. 62, do novo Código Civil, o sistema jurídico brasileiro permite que o testador destine seu patrimônio ou parte dele para a constituição de uma fundação a partir de seu falecimento. Note-se que a fundação, nos termos do parágrafo único, do referido art. 62, somente poderá ter fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, ou seja, fins não-econômicos, daí a excepcionalidade da admissão da capacidade testamentária passiva especial da futura fundação. Atualmente, a fundamentação jurídica da regra do art. 1.799, inc. III, do novo Código Civil, é constitucionalizada, no contexto dos valores e princípios que preponderam na ordem jurídica brasileira atual, inclusive da solidariedade constitucional, da funcionalização social da propriedade, da implementação e concretização da justiça social.

Alguns doutrinadores sustentaram, na vigência do Código Civil de 1916, a possibilidade de instituição de sociedade de fato (e de sociedade a ser constituída) através de testamento⁷³. Contudo, outra corrente doutrinária se manifestava contrária à tal possibilidade, com fundamento na falta de personalidade civil às sociedades irregulares e associações não registradas⁷⁴. O novo Código Civil, no inc. III, do art. 1.799, encerra tal polêmica, ao estabelecer expressamente que a única hipótese de pessoa jurídica ainda não constituída que pode ser vocacionada à sucessão testamentária é a fundação, excluindo, assim, as sociedades e associações inexistentes juridicamente na época da abertura da sucessão. Há de se ressaltar a posição de Débora Gozzo no sentido de reconhecer a possibilidade da sociedade ser sucessora testamentária, invocando, inclusive, a regra contida no art. 12, inc. VII, do Código de Processo Civil⁷⁵. *Data venia* da orientação da

⁷² CAHALI, Francisco José. Op. cit., p. 132. Como leciona Débora Gozzo, "as pessoas jurídicas de direito público externo não podem ser instituídas como herdeiras ou legatárias caso a sucessão aberta tenha por objeto mediato bens imóveis localizados no território brasileiro ou suscetíveis de desapropriação no Brasil" (Op. cit., p. 83).

⁷³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 43.

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 173; CAHALI, Francisco José. Op. cit., p. 133.

⁷⁵ GOZZO, Débora, op. cit., p. 85. Eduardo de Oliveira Leite, apesar de não admitir a capacidade testamentária ativa em favor de associações e sociedades ainda não dotadas de personalidade jurídica, considera que a instituição testamentária deverá ser considerada válida, interpretando-se a instituição como instituidora de benefício sucessório aos associados ou aos sócios, respectivamente (Op. cit., p. 111).

autora citada, o sistema jurídico atual é claro a respeito da capacidade testamentária passiva especial e excepcional das fundações futuras, mas não abre oportunidade para outras hipóteses. Admite-se, sim, a imposição de encargo ao herdeiro instituído por testamento para fins de transmitir determinada parcela do patrimônio para uma pessoa jurídica que ainda será formada, mas tal não se confunde com a nomeação de pessoa jurídica inexistente como herdeira testamentária ou legatária, como já havia aventado Francisco José Cahali⁷⁶.

Capacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa determinada e existente

No sistema jurídico instaurado pelo Código Civil de 1916, era possível, ainda que a título excepcional, que na sucessão testamentária houvesse vocação hereditária da prole eventual de determinada pessoa existente na época do falecimento do testador. Como lecionava Itabaiana de Oliveira, "por meio do fideicomisso, pode o testador instituir a prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão, compreendendo-se nesta expressão – prole eventual – não só o filho já concebido, como também os filhos por nascer"⁷⁷. A possibilidade de indicação de prole eventual de pessoa determinada como herdeira testamentária ou legatária gerou várias dúvidas acerca da aplicação concreta da norma contida no art. 1.798, do Código Civil de 1916, daí o comentário acima no sentido de somente ser possível tal designação através da substituição fideicomissária.

O novo Código Civil, no art. 1.799, inc. I, estabelece que poderão ser vocacionados os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Nesta hipótese, inexistente a pessoa física (ou natural) vocacionada no momento da abertura da sucessão, mas o testador a indica na condição de futuros filhos de pessoas existentes na época da abertura da sucessão, o que é admitido na legislação codicista. A maior polêmica, surgida ainda na época do Código Civil de 1916, consistia em determinar a destinação do bem deixado em legado ou da herança enquanto não ocorresse o nascimento com vida dos filhos de determinada pessoa. Alguns doutrinadores defenderam que a hipótese representava fideicomisso e, desse modo, em se tratando de legado, os bens ficariam em poder do herdeiro incumbido de cumpri-lo enquanto não sobreviesse o evento previsto pelo testador; na eventualidade de se tratar de herança testamentária, e não tendo sido determinado o fiduciário, considerou-se a pessoa cuja prole eventual se pretendeu beneficiar como a pessoa beneficiada antes do evento⁷⁸. O novo Código Civil, no art. 1.952, estabelece

⁷⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 133-134.

⁷⁷ OLIVEIRA, Arthr Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 167.

⁷⁸ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 174.

que a substituição fideicomissária somente é possível em favor dos não concebidos à época da abertura da sucessão, confirmando a orientação doutrinária a respeito do tema no período anterior. Contudo, diante da regra do art. 1.800, do novo Código Civil, é possível que a designação de pessoa inexistente (sequer concebida) possa ser feita, em se tratando de filho eventual de pessoa indicada e existente à época da morte do testador, sem se sujeitar à substituição fideicomissária.

A respeito da hipótese prevista no inc. I, do art. 1.799, do novo Código Civil, surge o tema envolvendo a possibilidade do filho eventual ser aquele decorrente de outra origem que não da consangüinidade – aí inserindo-se o filho adotado, o filho fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga (sem o emprego de material fecundante da pessoa indicada pelo testador) e o filho resultante da posse de estado de filho⁷⁹. A respeito de tal assunto, deve-se considerar a incidência automática da regra principiológica contida no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, com a igualdade material entre os filhos independentemente da origem, atualmente inserida na legislação infraconstitucional (art. 1.596, do novo Código Civil, e art. 20, da Lei 8.069/90 – o ECA). A expressão "filhos, ainda não concebidos", inserida no art. 1.799, inc. I, do novo Código Civil, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988, relendo-se o texto da seguinte maneira: *filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida* relativamente às pessoas determinadas pelo testador e existentes à época da abertura da sucessão. Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, inc. I, do novo Código, os filhos fruto da adoção⁸⁰, da reprodução assistida heteróloga e da posse de estado de filho.

No sistema do Código de 1916, a redação do art. 1.798, ao se referir à *prole eventual*, gerou dúvidas acerca da viabilidade de se inserir nesta noção não apenas os filhos das pessoas indicadas pelo testador, mas também outros descendentes como os netos, bisnetos, entre outros. Como adverte Débora Gozzo,

⁷⁹ GOZZO, Débora apresenta a questão apenas sob o prisma do filho decorrente da adoção (*Op. cit.*, p. 82). Contudo, diante do preceito contido no art. 1.593, do novo Código Civil, nos dias atuais é perfeitamente possível o reconhecimento da parentalidade-filiação no contexto do parentesco civil que, no campo dos seus efeitos, produzirá todas as consequências dos vínculos de paternidade, maternidade e filiação resultantes da consangüinidade (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. p. cit., *passim*).

⁸⁰ No sentido do texto: CAHALI, Francisco José (*Op. cit.*, p. 130). Giselda Hironaka também se posiciona no mesmo sentido, acrescentando, ainda: "Poder-se-ia, isso sim, buscar afastar o filho adotivo da sucessão em que indicado, pelo fato de ter sido ele concebido anteriormente à abertura da sucessão. Mas parece que nem mesmo essa possibilidade de exclusão pode prevalecer se se atentar ao fato de a lei tentar tutelar, em verdade, pessoas que o testador não conheceu em vida, pessoas estas ligadas pelo laço da filiação a outras que ele indicou. Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 93). Em sentido contrário, veja a orientação de Maria Helena Diniz: "Diante do estágio atual da lei, o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário" (*Op. cit.*, p. 152).

tal dúvida não deve mais subsistir à luz do novo Código Civil que, no inc. I, do art. 1.799, somente menciona os filhos eventuais – ainda não concebidos⁸¹. Trata-se, a exemplo da disposição testamentária em favor do nascituro, de instituição testamentária condicional, acarretando, via de consequência, a capacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa designada e existente na época da abertura da sucessão condicionada⁸² aos eventos futuros da concepção e do nascimento com vida do herdeiro testamentário ou legatário não identificado – salvo como filho eventual da pessoa individualizada.

Outro tema de relevo a respeito da designação testamentária de filhos eventuais de pessoa indicada e existente à época da abertura da sucessão diz respeito à necessidade de haver indicação de mais de uma pessoa existente para permitir a validade e a eficácia da disposição testamentária. Como leciona Giselda Hironaka, não há qualquer óbice a que o testador aponte os filhos de apenas uma pessoa identificada e existente à época da abertura da sucessão, notadamente diante do próprio reconhecimento constitucional das famílias monoparentais no art. 226, § 4º, da Constituição Federal⁸³. Não será admitido – por manifesta inconstitucionalidade – que o testador aponte que a instituição testamentária foi feita sob condição do eventual filho ser do sexo masculino ou do sexo feminino, ser filho de origem consanguínea ou de outra origem. A condição deve ser declarada inconstitucional não contaminando a própria disposição testamentária que, por sua vez, poderá ser concretizada, tendo-se por não-escrita a condição inconstitucional⁸⁴. Ao se referir aos filhos, o dispositivo legal admite que os herdeiros testamentários ou legatários sejam concebidos e venham a nascer no período de dois anos – referido no art. 1.800, § 4º, do novo Código Civil –, não podendo ser considerado apenas o primogênito como sucessor testamentário.

A hipótese em tela – relativa aos filhos de pessoa determinada e existente à época da abertura da sucessão – não permite que o testador indique futuros ou atuais embriões formados a partir de seu material fecundante como possíveis herdeiros testamentários ou legatários. Em outras palavras: não pode o testador indicar sua própria prole eventual no contexto do art. 1.799, inc. I, do novo Código Civil, considerando a exigência legal a respeito da existência da pessoa indicada no momento da abertura da sucessão do autor da sucessão⁸⁵.

⁸¹ GOZZO, Débora. *Op. cit.*, p. 81.

⁸² CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 129.

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁴ *Idem*, p. 94.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 96. Lembra, a autora, que o testador poderá obter o mesmo resultado de maneira reflexa, ao indicar a outra pessoa (cônjuge, companheiro ou mesmo pessoa com quem nunca manteve relacionamento afetivo) como a pessoa existente na época da abertura da sucessão (*Op. cit.*, p. 96).

O art. 1.800 representa novidade introduzida pelo Código Civil de 2002, porquanto não havia regra semelhante no Código de 1916 ou em qualquer lei especial, regulamentando com maior rigor lógico determinados pontos envolvendo a vocação de filhos eventuais de pessoa existente à época da abertura da sucessão. Na hipótese da disposição testamentária não instituir fideicomisso em favor dos filhos eventuais, nos termos do art. 1.952, do novo Código Civil, os bens do espólio reservados aos filhos de pessoa indicada pelo testador serão entregues ao curador nomeado pelo juiz depois da liquidação do acervo ou da partilha dos bens, nos termos do *caput*, do art. 1.800, do novo Código Civil. Tal regra, logicamente, se aplica aos casos em que o bem (ou o patrimônio) tiver sido deixado em legado. Na eventualidade de ter sido instituído tal disposição acoplada à substituição fideicomissária, somente será aplicável a regra caso o bem não se encontre em poder de fiduciário e, portanto, deve ser combinada com o disposto nos arts. 1.951 e seguintes, do novo Código Civil, que regulamentam o fideicomisso neste caso.

No caso da necessidade de nomeação de curador aos bens hereditários reservados, o art. 1.800, § 1º, do novo Código Civil, estabelece supletivamente que a curatela será titularizada e exercida pela pessoa cujo filho o testador indicou como seu sucessor (e não apenas herdeiro, como constou da redação do dispositivo legal)⁸⁶. Contudo, se houver disposição testamentária indicando o curador dos bens hereditários ou da herança reservada, deve ser cumprida a vontade do testador, motivo pelo qual a regra do § 1º, do art. 1.800, CC, é supletiva. O próprio dispositivo prevê a ordem de nomeação do curador remetendo o tratamento da matéria ao art. 1.775, CC, que prevê a ordem de nomeação de curador ao incapaz⁸⁷. É oportuno lembrar que a curatela dos bens hereditários reservados receberá tratamento bastante próximo à curatela dos bens do ausente, exatamente diante maior preocupação ser com a conservação e administração dos bens, aguardando-se o nascimento com vida do herdeiro ou legatário (na hipótese da prole eventual), ou o retorno do ausente.

Diante de tais ponderações, de acordo com a coerência do sistema, a curatela referida no art. 1.800, do novo Código Civil, deveria ser regida pelas regras da primeira fase do processo de ausência, diante da similitude das duas situações. Contudo, o § 2º, do art. 1.800, referido, faz expressa referência às disposições referentes à curatela dos incapazes, no que couber, para reger os poderes, deveres e responsabilidades do curador. O curador deverá prestar con-

⁸⁶ Cuida-se de curatela *nondum conceptus*, na expressão de Maria Helena Diniz (*Op. cit.*, p. 153).

⁸⁷ De acordo com o Projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, o § 1º, do art. 1.800, do novo Código Civil, poderá ser alterado para substituir a referência ao art. 1.775 para o art. 1.797, ou seja, substituir o rol dos indicados para nomeação de curador ao incapaz pelo rol dos previstos em lei como possíveis administradores provisórios. Assim, ficará a redação do dispositivo: "**Art. 1.800. (...) § 1º** Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.797".

tas ao herdeiro ou legatário quando ocorrer o nascimento com vjda, diante da regra contida no § 3º, do art. 1.800, do novo Código Civil, já que o preceito estabelece peremptoriamente que o sucessor do falecido terá direito aos frutos e rendimentos referentes à herança ou ao legado desde a época do falecimento do testador.

Finalmente, o § 4º, do art. 1.800, do novo Código Civil, prevê o prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão para que ocorra a concepção da pessoa designada no testamento, sob pena da disposição testamentária caducar – e, assim, ser tida como ineficaz –, impedindo a Sucessão legítima na parte reservada aos filhos eventuais da pessoa indicada⁸⁸. Diante da não-concepção da pessoa do instituído em testamento, o preceito do parágrafo prevê que os bens ou a herança reservada caberão aos herdeiros legítimos, salvo se houver disposição em contrário do testador, nomeando substituto para o fim de permitir a eficácia da disposição testamentária. O prazo de dois anos deve ser considerado apenas para a indicação de filhos eventuais de pessoa determinada e existente na época da abertura da sucessão quando a instituição não se deu através de fideicomisso já que, a respeito da substituição fideicomissária, o tratamento jurídico é dado em outra parte do Livro V, a saber, o segmento da Sucessão testamentária⁸⁹.

5 INCAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA E ILEGITIMIDADES EXCEPCIONAIS

Itabaiana de Oliveira, ao classificar as espécies de incapacidade testamentária passiva, apontava a incapacidade absoluta – aquela que a lei proíbe que, pelo testamento, venha a entidade receber de quem quer que seja – e a incapacidade relativa – aquela em que a lei impede a disposição em favor de certa e determinada pessoa⁹⁰. Contemporaneamente tal classificação perdeu sua utilidade, especialmente em decorrência da evolução da Ciência do Direito, com a distinção entre incapacidade e ilegitimidade (ou falta de legitimação). A incapacidade é geral, não permitindo que haja qualquer benefício sucessório por testamento, ao passo que a ilegitimidade é circunstancial, aplicando-se apenas em relação a determinada pessoa com base em fundamento considerado relevante para criar tal óbice ou restrição legal.

Desse modo, cogita-se a respeito da incapacidade testamentária passiva das pessoas inexistentes ao tempo da abertura da sucessão, ressalvadas as hipó-

⁸⁸ No mesmo sentido do texto: Débora Gozzo (*Op. cit.*, p. 90).

⁸⁹ Na edição atualizada das *Instituições de Direito Civil*, de Caio Mário da Silva Pereira, é mencionada a possibilidade do testador reduzir ou dilatar o prazo de dois anos (*Op. cit.*, p. 32). *Data vênia* da orientação apresentada, não há como prevalecer tal orientação, devendo ser considerado o limite de dois anos como restrição imposta por norma de ordem pública, admitindo-se, apenas, sua redução, mas não a ampliação, por motivo de segurança jurídica e interesse social.

⁹⁰ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 160.

teses mencionadas no item acima, como o nascituro, os filhos eventuais de pessoa identificada, e a futura fundação. Assim, por exemplo, a pessoa que faleceu antes da morte do testador é incapaz de receber a herança ou o legado instituído no testamento por haver perdido a personalidade civil, bem como aquela que sequer foi concebida à época da abertura da sucessão (ressalvada a hipótese de instituição testamentária em favor de filho eventual de pessoa determinada). Também há incapacidade testamentária passiva no que tange às associações e sociedades de fato, levando em conta que são desprovidas de personalidade civil (ressalvada a futura fundação, conforme analisado). Também não há capacidade testamentária passiva relativamente à *alma do testador* diante da indispensabilidade do beneficiário da instituição testamentária ser uma pessoa, dotada de personalidade civil, tampouco no que tange à disposição instituidora de herança ou legado em favor um animal⁹¹. O animal, como bem móvel, não pode ser herdeiro ou legatário.

Além das hipóteses de incapacidade testamentária passiva, há os casos de ilegitimidade ou falta de legitimação para suceder⁹². O tema era objeto de tratamento legislativo no art. 1.719, do Código Civil de 1916, e, atualmente, vem regulado no art. 1.801 e seguintes, do novo Código Civil brasileiro. Orlando Gomes apontava o equívoco da legislação codificada de 1916 ao considerar incapazes para suceder as pessoas em relação às quais a lei proibia a instituição de benefício testamentário: “*faltalhes legitimação, pois não podem ser nomeadas herdeiros ou legatários, pelo testador impedido*”⁹³.

O art. 1.801, do novo Código Civil, tem como antecedente mais próximo no direito brasileiro o art. 1.719, do Código Civil de 1916 que, no entanto, se localizava no Título III (*Da Sucessão Testamentária*) e, desse modo, agiu corretamente o legislador ao trazer para o título da *Sucessão em geral* tal preceito que cuida das hipóteses de ilegitimidade para suceder ou de *indisponibilidade relativa*⁹⁴, ou seja, proibição de instituição de disposição testamentária que beneficie determinada pessoa com fundamento em determinada relação de natureza pessoal, casual ou circunstancial.

O novo Código, no art. 1.801, arrola os seguintes casos de ilegitimidade para instituição de herdeiros ou legatários: a) a pessoa que escreveu o testamento a pedido do testador (incluindo seu cônjuge ou companheiro, seus ascendentes e irmãos); b) as testemunhas do testamento; c) o concubino do testador casado,

⁹¹ A esse respeito, o comentário de Francisco José Cahali: “*pelo nosso sistema, as coisas inanimadas e os animais, não sendo sujeitos de direitos, não reúnem as condições de receber uma herança*” (*Op. cit.*, p. 127).

⁹² As considerações feitas a respeito do tema reproduzem, de maneira geral, os pensamentos já expressos em outro trabalho publicado (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões. Op. cit.*, p. 65-70).

⁹³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 99.

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 96.

salvo na eventualidade de se encontrar separado de fato, sem culpa sua, por cinco anos pelo menos; d) o tabelião ou aquele que faça as suas vezes em circunstâncias excepcionais (comandante ou escrivão) nos casos em que foi lavrado testamento público ou cerrado. Dos quatro incisos, três deles se referem aos motivos insitos à própria participação ou concorrência direta da pessoa ilegítima na confecção da cédula testamentária⁹⁵. Assim, a pessoa que escreveu, a rogo, o testamento (e seus familiares mais próximos), as testemunhas e o oficial público (ou quem exerça atribuição notarial em determinados casos excepcionais) não podem ser instituídos herdeiros ou legatários diante da grande possibilidade de adulterarem, influenciarem, mascararem, modificarem a real, livre e espontânea vontade do testador.

As novidades contidas no inc. I, do art. 1.801, do novo Código Civil, são a inclusão do companheiro da pessoa que, a pedido, escreveu o testamento, e a exclusão dos descendentes do rol das pessoas próximas à pessoa ilegítima para receber herança ou legado. A previsão contida no inc. I acerca das pessoas próximas àquele que redigiu o testamento se mostra irrelevante, considerando o próprio conteúdo do art. 1.802, parágrafo único, do novo Código Civil, que prevê como pessoas interpostas os ascendentes, descendentes, irmãos e o cônjuge (ou o companheiro) das pessoas não legitimadas para receber herança ou legado. Contudo, ao se analisar o inc. I, do art. 1.801, isoladamente, não havia sentido para a retirada dos descendentes do rol das pessoas próximas ao redator do testamento⁹⁶. Houve, por óbvio, lapso na transposição da regra do inc. I, do art. 1.719, do Código Civil de 1916, para o projeto do novo Código Civil, sem maior cuidado. Quanto à inserção do companheiro da pessoa que redigiu o testamento, a pedido do testador, a novidade se revela em perfeita harmonia e integração com a Constituição Federal de 1988 que reconheceu formalmente que os companheiros constituem partícipes de uma família tutelada constitucionalmente e, logicamente diante da relação familiar, era fundamental também incluir o companheiro no rol das pessoas não-legitimadas devido ao grande risco de ser favorecido por disposição testamentária que não seria fruto da livre e espontânea vontade do testador.

O inc. III, do art. 1.801, do novo texto codificado, corresponde ao revogado inc. III, do art. 1.719, do texto de 1916, com significativas alterações. Durante a vigência do Código de 1916, foi expressamente prevista, como regra imperativa, a falta de legitimidade da concubina do testador casado para herança testamentária e legado, com a cominação da sanção da nulidade à disposição testamentária que a instituisse como beneficiária. Tal regra proibitiva mantinha íntima relação com o disposto no revogado art. 1.177, do Código Civil de 1916

⁹⁵ Na precisa observação de Eduardo de Oliveira Leite, "sob qualquer ângulo que se aprecie o artigo sob exame, a idéia de suspeição ressurgiu veemente" (*Op. cit.*, p. 113).

⁹⁶ Débora Gozzo também apontou a omissão relativa aos descendentes no dispositivo do novo Código Civil, concluindo, no entanto, que o art. 1.802, do próprio texto, preenche a lacuna (*Op. cit.*, p. 94).

(atual art. 550, do novo Código) que vedava a doação de bens pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, assim como com o art. 1.474, do Código Civil de 1916 que impedia a indicação de beneficiário de seguro de pessoa proibida de receber doação. Tais disposições legais (arts. 1.719, III, 1.177 e 1.474, todos do texto de 1916) representavam a visão negativista do Código de 1916 a respeito das relações extramatrimoniais, com tratamento legal voltado a restringir, proibir e invalidar qualquer negócio ou benefício em favor daqueles que mantinham vínculos afetivos fora do casamento. Observa-se que o inc. III, do art. 1.719, referido, somente vedava a instituição de herdeira ou legatária, sancionando, portanto, apenas a mulher que era concubina, o mesmo não se verificando se se tratasse de instituição de herança ou legado em favor do concubino da testadora casada⁹⁷. O ranço machista prevaleceu na construção da norma legal do Código de 1916. Além de discriminatória, a regra revogada, e ora comentada do texto de 1916, desconsiderava a espécie de união existente entre o testador e a instituída como herdeira ou legatária, deixando de levar em conta, inclusive, os casos de separação de fato. Coube à jurisprudência, em interpretação nitidamente voltada à evolução dos costumes e valores sociais, passar a restringir o alcance da regra legal e, desse modo, distinguir situações de companheirismo daquelas outras de concubinato propriamente dito⁹⁸. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e diante da regra expressa constante do art. 226, § 3º, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido da necessidade de se distinguir a companheira da concubina e, desse modo, reconhecer a validade das disposições testamentárias, das doações e do seguro em favor de companheira⁹⁹.

O art. 1.801, inc. III, do Código Civil em vigor, corrige o equívoco histórico do Código de 1916, ao se referir, genericamente, ao concubino de testador casado, empregando o gênero masculino que, em matéria redacional, abrange as duas situações: a do concubino de testadora casada e da concubina de testador casado¹⁰⁰. Desse modo, é implementado, sob o prisma formal, o princípio da igualdade entre os gêneros (Constituição Federal, art. 5º, inc. I), além de se prosseguir distinguindo companheiro de concubino. Há, no entanto, uma impropriedade na redação do inc. III, referido que, no trabalho de interpretação da norma, precisa ser corrigida. Com efeito, se o inciso somente se refere ao concubinato, logicamente que o companheirismo não está abrangido pelo art. 1.801, do novo Código, sendo irrelevante o período de separação de fato da pessoa casada – e que vive em companheirismo – para que possa instituir sua companheira como

⁹⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. XXIV, p. 50-51.

⁹⁸ BARREIRA, Wagner. A Constituição de 1988 e a proibição de a concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária. *Revista dos Tribunais*, v. 670, ag. 1994. p. 23-25.

⁹⁹ Por todos: *RSTJ* 62/193.

¹⁰⁰ No mesmo sentido do texto: GOZZO, Débora (*Op. cit.*, p. 96).

herdeira testamentária ou legatária¹⁰¹. Assim, a previsão constante do inc. III acerca da separação de fato do testador, à evidência, somente é aplicável aos casos de concubinato fundado em outra razão que não, a manutenção formal do casamento. Assim, por exemplo, um pai e uma filha que constituam união fundada na sexualidade são concubinos, considerando a existência de impedimento matrimonial que também se aplica ao companheirismo e, se um deles for casado, poderá testar instituindo o concubino como herdeiro ou legatário caso esteja separado de fato do cônjuge (sem culpa do testador) por mais de cinco anos¹⁰². Caso não seja adotada tal interpretação, haveria claro retrocesso na matéria envolvendo o companheirismo que, desde a construção jurisprudencial na distinção entre concubina e companheira, já não mais se insere no rol das hipóteses de falta de legitimidade para suceder do revogado art. 1.719, inc. III, do Código Civil de 1916¹⁰³.

O art. 1.803, do novo Código Civil, não tinha correspondente no Código Civil de 1916, sendo que durante a vigência deste Código, houve julgamento pelos tribunais da questão envolvendo a aplicação (ou não) do revogado art. 1.720, do Código Civil de 1916, aos casos envolvendo filho comum da concubina e do testador. Washington de Barros Monteiro observava, na vigência do Código de 1916, que sendo comum o filho à concubina e ao testador (atualmente, também ao concubino e à testadora), desaparece o motivo da nulidade da disposição testamentária já que nesta hipótese o beneficiado é realmente o designado no testamento, já que *“ao pai compete precipuamente velar pela sorte e futuro da prole, fornecendo-lhe os recursos necessários à sua sobrevivência”*¹⁰⁴. A Súmula 447, do Supremo Tribunal Federal, foi editada para o fim de orientar a jurisprudência no sentido de reconhecer perfeita e incólume de vício a disposição testamentária feita em favor de filho comum do testador e da concubina¹⁰⁵.

¹⁰¹ Posição diversa é adotada por Débora Gozzo no sentido de que a disposição contida no inciso III, do art. 1.801, do novo Código Civil, confirma a previsão contida no § 1º, do art. 1.723, do mesmo texto, sendo que este se refere aos companheiros, e não aos concubinos (art. 1.727). Caso venha a ser exigido o prazo de cinco anos de separação de fato entre os cônjuges para permitir que aquele que viva em união estável fundada no companheirismo possa testar em favor do companheiro, haverá nitido retrocesso comparativamente ao sistema jurídico anterior.

¹⁰² No mesmo sentido do texto: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁰³ A respeito de tal ponto, o Projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, procura corrigir o equívoco da redação do inc. III, do art. 1.801, do novo Código Civil, que, desse modo, caso venha a ser aprovado o texto projetado, terá a seguinte redação: *“Art. 1.801. (...) III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge”*. Há, no entanto, outra proposta no sentido de apenas reduzir de cinco para três anos o prazo de separação de fato constante do inc. III, do art. 1.801, do novo Código Civil (conforme consta do relatório do Desembargador Federal Mairan Maia, entregue ao Conselho da Justiça Federal, por força da Comissão formada sobre o novo Código Civil junto àquela repartição pública).

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁵ Giselda Hironaka reputa discriminatório o preceito contido no art. 1.803, do novo Código Civil, sob o fundamento de que, em sendo o indicado filho do testador, é logicamente herdeiro legítimo e, portanto, receberá forçosamente seu quinhão hereditário na sucessão legítima, sendo desnecessário e inútil o dispositivo (*Op. cit.*, p. 110-111). *Data vênia* da posição da autora, o preceito se fez necessário em virtude das

Assim, o art. 1.803, do novo Código Civil, atualiza a redação do enunciado da Súmula ao não se referir ao filho adúlterino, procedendo em sintonia e conformidade com a Constituição de 1988, notadamente em seu art. 227, § 6º.

Logo, o art. 1.803, do novo Código Civil, representa uma exceção à regra do art. 1.802, do mesmo texto (a seguir comentado), por considerar que a hipótese da instituição testamentária beneficiar filho comum do testador e do concubino não é simulação testamentária e, por isso, ela visa beneficiar realmente o nomeado pelo testador, daí sua licitude e validade.

Nulidade da disposição testamentária e ilegitimidade para suceder

O art. 1.802, do novo Código Civil, repete, fundamentalmente, o mesmo preceito do revogado art. 1.720, do Código Civil de 1916, havendo pequenas alterações na substância do dispositivo. O principal preceito estabelecido no art. 1.802, do novo Código, é a da nulidade textual para o caso das disposições testamentárias feitas em favor de pessoas não legitimadas a suceder. Desse modo, afasta-se apenas a instituição do herdeiro ou legatário sem que haja contaminação do restante do testamento. A regra é clara; nulidade da disposição testamentária que, a princípio, é perfeitamente destacável do testamento, não alterando as demais disposições que não ficam contaminadas pela invalidade da disposição testamentária nula.

O dispositivo – art. 1.802, referido – também se refere à nulidade da disposição testamentária contemplando interposta pessoa, por força de simulação praticada pelo testador (utilização de pessoa como mera “testa-de-ferro” para realizar operação que teve em mente), ou em razão de estipulação sob a forma de criar dívida fictícia (confissão de suposta obrigação inexistente, ou alegação de ter prometido vender certo bem com recebimento de preço). Em ambos os casos, o objetivo do testador foi descumprir a proibição constante do art. 1.801, do novo Código Civil, agindo deslealmente com os herdeiros legítimos, em clara afronta ao princípio da boa-fé objetiva¹⁰⁶. Trata-se de artifício empregado pelo testador para fazer liberalidade testamentária em favor da pessoa não legitimada a receber herança ou legado, sendo os intermediários escolhidos por serem reputados os mais confiáveis e seguros. Como advertia Itabaiana de Oliveira, na

várias ocorrências no passado a respeito da exclusão dos filhos extramatrimoniais, o que inclusive conduziu o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 447. Haveria total razão à autora referenciada caso a realidade social e cultural já tivesse sedimentado o princípio da igualdade material entre os filhos, a partir do texto da Constituição Federal de 1988 (art. 227, § 6º) e do novo Código Civil brasileiro (art. 1.596). No entanto, a realidade se mostra ainda reticente, daí a pertinência normativa de se incluir o art. 1.803 no novo Código Civil.

¹⁰⁶ O princípio da boa-fé objetiva recebeu expressivo acolhimento no novo Código Civil, e pode ser depreendido como inserido no contexto da cláusula geral de ilicitude de índole objetiva no contexto do art. 187, do texto codificado. Entre outras funções, o princípio da boa-fé objetiva atua como limite ao exercício de determinadas posições jurídicas como no exemplo do testador e de sua faculdade jurídica de testar.

vigência do Código revogado, “a interposição do pai, da mãe, dos descendentes e do cônjuge do incapaz é, portanto, uma presunção legal, ou *juris et de jure*, que não admite prova em contrário”¹⁰⁷. O novo Código corrige o texto codificado anterior que somente se referia ao pai e à mãe da pessoa não legitimada, para substituí-lo pelos ascendentes desta. Verifica-se, pois, o reparo normativo de grave vício de redação do texto do art. 1.720, do texto de 1916, que acabava por permitir que o testador instituisse ascendentes em segundo grau ou grau mais afastado das pessoas não legitimadas sem que a disposição fosse nula. Contudo, era possível demonstrar a simulação, com base nas regras da Parte Geral do Código Civil de 1916 para o fim de invalidar a disposição testamentária¹⁰⁸.

De maneira sintomática, o art. 1.802, do novo Código Civil, não emprega a terminologia anteriormente utilizada que era de designar as pessoas dos arts. 1.718 e 1.719, do Código Civil de 1916, de “incapazes”, adotando expressão mais técnica: pessoas não legitimadas a suceder. E, em coerência com outros dispositivos do próprio texto, e com a Constituição Federal, o parágrafo único, do art. 1.802, do novo texto, inclui no rol das pessoas interpostas o companheiro da pessoa não legitimada a receber.

6 CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR

Além das capacidades testamentárias ativa e passiva, bem como da legitimação para receber herança ou legado, no segmento da temática da validade do testamento há que se considerar a presença da capacidade para testemunhar. Testemunha é a pessoa humana que tem condições de esclarecer a verdade sobre o ato ou o fato que se pretende demonstrar, em razão de ter assistido ou, de algum modo, obtido informações de relevo para o esclarecimento do fato, ato ou negócio jurídico.

O novo Código Civil não reproduz o tratamento dado pelo Código Civil de 1916 a respeito da capacidade das testemunhas testamentárias. No texto revogado, o art. 1.650 era regra especial acerca do tema, com a enumeração daqueles que não podiam ser testemunhas em testamentos: a) os menores de dezesseis anos; b) os *loucos* de todo gênero; c) os surdos-mudos e os cegos; d) o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge; e) os legatários. Tal dispositivo trazia norma específica sobre as testemunhas na Sucessão

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁸ Itabaiana de Oliveira, à luz do sistema jurídico do Código Civil de 1916, observava que as hipóteses tratadas no revogado art. 1.720 (atual art. 1.802) eram de presunção legal de interposição, mas que era possível a verificação de outros casos mediante prova da existência de interposição de outra pessoa em favor da pessoa ilegítima para receber herança testamentária ou legado, em caso de consideração de resunção comum ou *hominis* (OLIVEIRA, Arthur Vasco de Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 171). No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena (*Op. cit.*, p. 156).

testamentária, distinguindo-se da norma geral contida no art. 142, do Código Civil de 1916. Silvio Rodrigues, ao tratar do tema sob o prisma do texto codificado revogado, observava a existência de algumas diferenças importantes: enquanto nos atos (e negócios) jurídicos em geral os cegos e os surdos somente não poderiam ser testemunhas quando a ciência do fato dependesse dos sentidos da visão e da audição, respectivamente, em matéria de testamento havia tratamento mais rigoroso no sentido da incapacidade dos cegos e dos surdos-mudos serem testemunhas em todos os casos¹⁰⁹. O novo Código Civil deixou de incluir dispositivo específico no Livro V (*Direito das Sucessões*), da Parte Especial, propiciando que o tema seja analisado com base nas disposições da Parte Geral, especialmente o art. 228.

De acordo com orientação doutrinária a respeito, das testemunhas se dividem em: a) testemunhas instrumentárias (ou testemunhas certificadoras), a saber, aquelas que assistem e subscrevem o documento relativo ao ato para o qual foram chamadas; b) testemunhas judiciárias, ou seja, aquelas que declaram o que sabem e conhecem sobre determinados fatos controvertidos durante a fase de instrução em litígio judicial¹¹⁰. A testemunha testamentária é a pessoa que presenciou a facção do testamento (ou ao menos sua apresentação à pessoa com atribuições de recebê-lo para depois cerrá-lo), normalmente subscrevendo-o para assegurar que efetivamente não houve qualquer vício, podendo ser chamada para confirmar os fatos e atos presenciados, após a morte do testador, em juízo. O novo Código Civil, em consonância com os novos tempos – especialmente diante das transformações culturais, tecnológicas e sociais –, diminuiu o rigor das exigências formais quanto à validade do testamento, inclusive no segmento das testemunhas testamentárias. Assim, nas modalidades ordinárias de testamento houve a redução do número de testemunhas – duas testemunhas para os testamentos público e cerrado, e três testemunhas (pelo menos) para o testamento particular¹¹¹.

Da mesma forma que no tema relativo à incapacidade testamentária e à legitimidade para receber herança ou legado, a temática das testemunhas testamentárias também incluiu a incapacidade e a falta de legitimação para testar¹¹².

¹⁰⁹ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 118.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 201.

¹¹¹ Conforme previsão contida nos arts. 1.864, inc. II, 1.868, inc. I, e 1.876, §§ 1º e 2º, todos do novo Código Civil. É curioso notar que, em circunstâncias excepcionais, o art. 1.879, do novo Código Civil, admite a validade e eficácia de testamento particular feito sem a presença de qualquer testemunha. Nas palavras de Zeno Veloso, o art. 1.879, do novo Código, cria outra modalidade de testamento especial, ou seja, “um testamento elaborado ‘em circunstâncias excepcionais’, que impedem ou dificultam extremamente o testador de se utilizar de outra forma de testar, ou do próprio testamento particular, em sua configuração normal” (*Op. cit.*, p. 144). Cuida-se de modalidade excepcional de testamento que, com base no conceito jurídico indeterminado “circunstâncias excepcionais”, terá que decidir baseado na equidade, levando em conta o fim social e contemporâneo do dispositivo inserido no novo texto codificado.

¹¹² RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 118. Itabaiana de Oliveira não fazia a distinção nos termos expostos, mas apresentava diferença entre os *absolutamente incapazes* e os *relativamente incapazes* de testemunhar o

Assim, enquanto a incapacidade se caracteriza pela inaptidão da pessoa a praticar determinado ato ou negócio jurídico – inclusive ser testemunha –, a falta de legitimação (ou ilegitimidade) decorre da proibição imposta pela lei de determinada pessoa intervir em uma determinada relação jurídica devido à posição jurídica (ou fática) peculiar.

Diante da diferença entre incapacidade e falta de legitimação, podem ser considerados os seguintes casos de incapacidade para testemunhar, baseados em motivo de inaptidão resultante de aspecto físico ou psíquico (novo Código Civil, art. 228, incs. I, II e III): a) os menores de dezesseis anos, independentemente de sexo, levando em conta sua imaturidade; b) as pessoas que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil, devido à ausência de condições psíquicas para testemunhar; c) os cegos e os surdos, apenas quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam. Os analfabetos foram apontados por Itabaiana de Oliveira como incapazes de testemunhar devida à assinatura da testemunha na cédula testamentária ser considerada requisito essencial nas várias modalidades de testamento¹¹³.

Na condição de pessoas desprovidas de legitimação para testemunhar, nos termos o art. 228, incs. IV e V, do novo Código Civil, devem ser considerados: a) o interessado na instituição feita através da disposição testamentária, bem como o amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer dos instituídos testamentariamente ou dos herdeiros legítimos; b) o cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de qualquer dos instituídos como herdeiros testamentários ou legatários, seja por vínculo de parentesco, seja por vínculo de afinidade. Tais restrições para as pessoas indicadas serem testemunhas se fundamentam no interesse (direto ou indireto) que poderia conduzir à falta de isenção a respeito do que testemunhou, havendo risco de desvio da realidade no campo probatório. De acordo com as lições de Giselda Hironaka, o grupo dos ilegitimados para testemunhar se baseia na suspeição que sobre tais pessoas pode existir diante da posição jurídica que ocupam no próprio testamento ou por reflexo dele¹¹⁴. Desse modo, e levando em conta a própria inserção do companheirismo no rol das famílias constitucionalmente protegidas (art. 226, § 3º, da Constituição Federal), deve também o companheiro do herdeiro testamentário ou do legatário ser considerado pessoa desprovida de legitimação para testemunhar. Caso não se adote tal entendimento, o próprio sistema jurídico perderia coerência e unidade, levando em conta que até os parentes colaterais são considerados ilegítimos para testemunhar.

testamento, o que, em termos práticos, equivale a distinção contemporânea entre incapacidade e falta de legitimação (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 201-202).

¹¹³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 202.

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 328-329.

É fundamental considerar que tanto a incapacidade quanto a falta de legitimação para testemunhar devem ser aferidas no momento da facção do testamento, não havendo motivo para invalidar o testamento caso algum fato ou ato superveniente possa alterar a posição jurídica da testemunha que já presenciara a realização do testamento¹¹⁵.

Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade da presença de testemunhas extramunerárias – ou seja, aquelas que ultrapassam o limite mínimo das testemunhas instrumentárias, com reforço da segurança, aumento da cautela e aperfeiçoamento da prova. Caso haja alguma testemunha incapaz ou ilegítima, tal motivo não contaminará necessariamente o testamento feito caso haja número suficiente mínimo de testemunhas capazes e dotadas de legitimação.

No sistema codificado de 1916, houve controvérsia a respeito da (i)legitimidade dos familiares do legatário para testemunhar, tendo Silvio Rodrigues se posicionado entre aqueles que defendia a interpretação restritiva da regra contida no inc. V, do art. 1.650, do Código Civil de 1916, que somente se referia ao legatário¹¹⁶. Com o sistema introduzido pelo novo Código Civil, o art. 228, inc. V, resolve a questão ao se referir aos familiares de *alguma das partes* – que incluiu, logicamente, o legatário. Há legados, inclusive, que têm maior importância patrimonial do que quinhões hereditários ou mesmo heranças inteiras destinadas aos herdeiros legítimos ou testamentários¹¹⁷.

7 NOTA CONCLUSIVA

Após proceder à análise das várias nuances acerca da capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento à luz da disciplina normativa apresentada pelo novo Código Civil brasileiro – de 2002 –, observa-se que o trabalho a ser desenvolvido é, ainda, bastante intenso e árduo. A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno e, simultaneamente, diretriz dos novos tempos, permitindo se alcançar a unidade, a harmonia e a coerência no sistema. As normas jurídicas codificadas, a despeito do esmero na sua formulação na via legislativa e da sua pertinência à ordem jurídica em vigor, não deixam de se revestir de algo teórico, necessitando, assim, ser diuturnamente experimentadas e avaliadas de acordo com a verificação das suas conseqüências no meio social. Daí porque a atividade de interpretação não pode se restringir às normas jurídicas, devendo abranger os fatos da vida social, sendo obrigatório inserir as nor-

¹¹⁵ Daí a frase de Itabaiana de Oliveira: “Na apreciação da incapacidade das testemunhas instrumentárias, deve atender-se ao tempo em que o testamento foi feito, de sorte que, se o impedimento resulta de uma mudança de estado, que aconteça depois, a disposição do testador nada perde na sua eficácia” (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 203).

¹¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 119-120. Silvio de Salvo Venosa também adotou a mesma orientação no período anterior à vigência do novo Código Civil (*Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 185).

¹¹⁷ No sentido do texto: DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 186-187.

mas no contexto do processo histórico global sob o prisma das necessidades sociais contemporâneas¹¹⁸.

Neste sentido, é sempre atual a advertência de Spêncer Vampré, feita em 1919, a respeito do Código Civil brasileiro de 1916: "*O Código Civil é sempre uma fórmula imperfeita de princípio jurídicos, é sempre um producto transitório da cultura humana*"¹¹⁹. Tal frase se mostra em perfeita coerência com o estágio contemporâneo do tratamento normativo-codificado dos temas desenvolvidos no trabalho ora apresentado, cabendo ao intérprete realizar sua importante e fundamental atividade de interpretação e aplicação do Direito, não apenas com o conhecimento e domínio analítico-descritivo do sistema jurídico, mas também com a idoneidade e capacidade de formular juízos de valor a respeito dos interesses individuais, coletivos e sociais em jogo.

8 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato de. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo. *Revista Inf. Legislativa*, n. 97, p. 181-190, jan./mar. 1988.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BARREIRA, Wagner. A Constituição de 1988 e a proibição de a concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária. *Revista dos Tribunais*, v. 670, p. 23-25, ago. 1994.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 6, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 6 v. 2002.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: RT. v. 1.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. (Coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XVI.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.
- JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. t. 251.

¹¹⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, *passim*.

¹¹⁹ VAMPRÉ, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919. p. 66.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 6 v.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. VI. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. XXII.
- _____. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. XXIV.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VAMPRÉ, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919.
- VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. (Coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XVI.
- _____. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO COMERCIAL DO TRABALHO

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

*Sergio Campinho*¹

Sumário: 1. Fundamento legal da dissolução; 2. A ruptura da affectio societatis; 3. Ausência de distribuição de lucros; 4. A dissolução parcial; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 FUNDAMENTO LEGAL DA DISSOLUÇÃO

A Lei 6.404/76, em seu art. 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, por isso, 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 de 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 sua vida e evolução. Já as sociedades de capital, relegam a

¹ Advogado e Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Cândido Mendes – UCAM – Faculdade de Direito – Centro.

pessoa dos sócios a um plano secundário, sendo levada 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 os membros, quando torna insustentável a vida em sociedade, implica na quebra de *affectio societatis*, que, no dizer de Lagarde, se caracteriza da união e a aceitação das áleas comuns, podendo justificar a dissolução da sociedade.

Como curial, as sociedades anônimas se enquadram no rol das sociedades de capital, repelindo-se, nessa tipologia, qualquer feição personalíssima.

Todavia, apesar de a tónica da Lei 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 de economia nacional não acompanhou a idéia evolutiva da lei, por quanto subsistem sociedades anônimas de médio e pequeno portes, que jamais podem ser vistas como instituições. Constando esta realidade, afirma Rubens Requião, que “os estudos sobre o tema levam à convicção que hodiernamente dois tipos bem distintos de sociedades anônimas: a fechada e a aberta”².

Particularizando a 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.

Fabio 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”³.

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

² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1982, 2 v.

³ COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, p. 160.

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 de órgãos públicos em seus negócios”⁴.

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 constituídas por elementos da mesma família” justifica a sua dissolução⁵.

3 AUSÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

O caráter lucrativo encontra-se insito no Direito Comercial. Daí porque inúmeros autores, ao abordarem as características deste 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 sócio, ou que exclua algum da partilha destes 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. 2º), sendo, pois, o resultado direto do efetivo cumprimento, pela empresa, dos seus objetivos sociais. Se ela não pode preencher esse fim precípua, 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 produtivo, vendo estiolar-se a companhia”⁶.

⁴ Ob. cit., p. 28.

⁵ 5ª CC TJSP, RT 554/74.

⁶ Ob. cit., p. 128.

Comunga da mesma idéia Fabio 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”⁷.

A jurisprudência não destoa desta 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 decidiui a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 219/253).

Nesta enumeração de precedentes jurisprudenciais, não se poderia olvidar de citar o julgamento do Recurso Extraordinário 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, n. 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 de repeli-la, consoante se tem no julgado da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião da apreciação da Apelação Cível 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 nas sociedades por cotas”.

Com efeito, a regra nesse tipo societário deve ser a dissolução total dada a natureza e estrutura 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 parcial dissolução.

Dir-se-á que a Lei 6.404/76, ao cuidar dos casos de dissolução, sempre pressupõe a dissolução integral da companhia (art. 206).

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

Foi, portanto, também deste ambiente de rigor de nosso Código de Comércio, em evolução indispensável à ciência jurídica, doutrina e jurisprudência 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

⁷ COMPARATO, Fabio Konder. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. *Revista de Direito Mercantil*, v. 96/67.

notória importância no desenvolvimento econômico e social, como fonte geradora de mão de obra, tributos, bem e serviços para o mercado, o que consolida sua noção de geração de riquezas no mundo contemporâneo.

Destarte, na situação 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 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 aplicação da regra contida na alínea “d”, do inc. I, do art. 206 da Lei 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 nessa situação específica pode ser aplicada a dissolução parcial, tal qual ocorre na sociedade intitulada *intuito personae*.

5 CONCLUSÃO

Face à exposição acima realizada, é nossa conclusão que:

- a) a sociedade anônima fechada, constituída com *intuito 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 deve ser total, por inexistir empresa a ser preservada.

6 REFERÊNCIAS

- COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva. _____, Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. *Revista de Direito Mercantil*, v. 96.
- GUIMARÃES, Ruy Carneiro. *Sociedade por Ações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3.
- LAGARD, Gaston. *Cours de Droit Commercial – le cours de droit*. Paris, 1966.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1982. 2 v.
- SOPRANO E. & CAMERLYNCK, G. *De l'Intuitu personae dans les sociétés anonymes*. Paris, 1966.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

DIREITO DO ESTADO

CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS, FINALIDADE E FATO GERADOR

José Marcos Domingues de Oliveira¹

“Lo que me interesa resaltar ahora es que, siendo la Ley Orgánica una institución que no brilla por su coherencia, los estudios sobre la misma pretenden analizarla como si fuera algo coherente, pretenden explicarla como algo cohesionado y con perfiles que pueden ser definidos con precisión. Y esto, obviamente, no puede ser así”.

Javier Pérez Royo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Parafiscalidade e afetação; 3. Classificação dos tributos; 4. Fato gerador, natureza jurídica e veículo legislativo; 5. Finalidade e fato gerador; 6. Finalidade, trestinação e inconstitucionalidade; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As palavras sábias de Pérez Royo devem iluminar o espírito do jurista que se propõe ao novo exame que é imperioso fazer da Constituição brasileira, cujas inúmeras contradições e incoerências, equívocos e casuísmos sem fim, recomendam uma interpretação consentânea com a Doutrina, e não uma simplista tentativa de explicação do texto notória e reconhecidamente defeituosa.

Se, segundo Karl Larenz³, “as normas jurídicas são interpretadas para, por regra, serem ‘aplicadas’ a casos concretos”, então a Doutrina é a maior e mais viva fonte do Direito: sem suas luzes o Legislador não sabe legislar razoavelmente; sem se socorrer dela o Magistrado não pode julgar adequadamente, até porque inexistente norma jurídica que dispense interpretação⁴. Esta é a lição dos mestres da Teoria Geral do Direito, que, em Karl Engisch⁵, atribui ao “Direito

¹ Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² **Las Fuentes del Derecho**. 4. ed., 4. reimpr. Madrid: Tecnos, 1995. p. 60.

³ **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução da 6ª edição, reformulada, 1991, 3. ed., 1997. p. 293.

⁴ Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *In: Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 398.

⁵ **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7. ed., da tradução do original (1983). Lisboa, 1996. p. 275.

dos Juristas” a função de “preencher lacunas” e “retificar incorreções no ordenamento jurídico”, pois é de sua natureza intelectual que advém a sua força, nas palavras de Hermes Lima⁶.

Não é diferente no Direito Financeiro e no Direito Tributário. Fonte do Direito Financeiro pelas mesmas razões que o é do Direito Administrativo (Giuliani Fonrouge⁷), para Sáinz De Bujanda⁸, o “labor interpretativo” consiste exatamente em “*proceder-se à fixação do sentido da norma para que se possa adotar a decisão jurídica concreta*”. Entre nós, no ensinamento de Alfredo Augusto Becker⁹, a atividade do jurista, analisando o fenômeno da criação da regra jurídica, tem por fim “*orientar o criador (Estado) sobre a Arte de construí-lo e torná-lo praticável*”.

Ora, leiam-se os Anais da Assembléia Nacional Constituinte e ver-se-á que o texto final da Constituição de 1988 foi resultado de uma notória mistura aleatória, ideologicamente confusa e acritica de posições políticas contraditórias, que resultaram, por exemplo, num pretense regime parlamentaristicamente democrático num ambiente autocraticamente imperialóide e presidencialisticamente unipessoal. É a prova real das impropriedades constitucionais que afetam diariamente o Direito Tributário, para dizer o mínimo, através da profusa e descontrolada reedição de medidas provisórias...

Cabe, pois, à Doutrina interpretar a Constituição, e os seus capítulos financeiro e tributário em particular, à luz dos grandes valores integrantes da natureza humana e dos princípios que, em decorrência dela, informam a convivência numa sociedade democrática, pois que o Homem é o centro das preocupações do democrático Estado de Direito; não se deve, reiterar-se, procurar “explicar” os erros de um texto, assim, “infeliz” em várias passagens e que se presta ao mau uso que dele se tem feito, lamentavelmente.

O sistema tributário brasileiro, insatisfatório na Constituição, oportunisticamente manipulado pelo Legislador e deturpado pela Administração, sendo alvo de infundáveis debates sobre sua reforma e vítima de inúmeros remendos,

⁶ “Se é verdade que a autoridade da doutrina é, de sua natureza, intelectual, não há negar que ela, muitas vezes, influi no legislador e nos juizes, porque suas análises e investigações, seus comentários e suas opiniões se impõem pela força e lucidez dos argumentos e das críticas” (Introdução à Ciência do Direito. 28. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986. p. 167).

⁷ “... doutrina e jurisprudência (...). Ainda que não sejam obrigatórias, constituem fontes do direito financeiro, e as mesmas razões que militam em favor de sua admissão no direito administrativo são válidas em nossa disciplina” (Derecho Financiero. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001. v. I, p. 95).

⁸ “... se há de proceder à fixação do sentido da norma para que se possa adotar a decisão jurídica concreta. Nisto consiste o labor interpretativo” (Lecciones de Derecho Financiero. 9. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991. p. 63).

⁹ “A atividade do jurista consiste precisamente em analisar o fenômeno da criação do instrumento (regra jurídica), a fim de orientar o criador (Estado) sobre a Arte de construí-lo e torná-lo praticável” (Teoria Geral do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 19). Cf. também Luciano Amaro, que refere o “trabalho construtivo do direito” exercido pela doutrina e pela jurisprudência (Direito Tributário Brasileiro. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 157).

quando não de “pacotes” casuístas, por um lado, confirma a indigência da Constituição e, por outro, corrobora a impressão generalizada de imoralidade no trato das Finanças Públicas e de aviltamento dos direitos e garantias individuais.

O Estado, sociedade politicamente organizada, instituição necessária ao convívio e desenvolvimento humano, recebe atribuições de que se deve desincumbir sempre visando ao Bem Comum, em prol dos indivíduos que o criaram e, por conseguinte, devem contribuir para os encargos da coletividade por força da solidariedade social que preside o relacionamento interpessoal¹⁰.

Essa, porém, não é a realidade da tributação brasileira.

Segundo dados da Receita Federal, no ano 2000 arrecadaram-se no País R\$.... 176.020.000.000,00 em tributos federais, dos quais apenas R\$ 267.000.000,00 relativos a imposto territorial rural (cuja arredação, já pífia, cresceu menos 2% do que no ano anterior), enquanto R\$ 3.657.000.000,00 foram pagos de imposto sobre a renda das pessoas físicas, que, como se sabe, incide regressivamente sobre a classe média... Somente a cumulativa Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, imposto disfarçado, responde por cerca R\$ 18.000.000.000,00, ou 10% do bolo tributário federal.

A Cidadania não se pode convencer¹¹ da justiça da tributação a que se vê submetida porque não encontra racionalidade no sistema tributário nacional, que não tem raízes em estudos estatísticos sérios quanto à sua base econômica, nem teve os seus estabelecimento e implantação precedidos de uma razoável distribuição da competência político-administrativa entre os entes da Federação.

Registra-se grande imoralidade fiscal no País¹². E, mercê de uma conveniente anarquia legislativa, as contribuições parecem ser o o terreno prioritaria-

¹⁰ Na visão de Rousseau, celebrou-se o contrato social entre titulares de direitos ontologicamente naturais, à vida, à liberdade, à propriedade, os quais, com Locke, tiveram formulada a sua natureza de limites essenciais ao poder do Estado, verdadeiras garantias de segurança jurídica e paz social. No plano financeiro, “respeitando a liberdade humana, o tributo é o instituto que permite racionalizar juridicamente o esforço de cooperação individual em prol da comunidade: ao mesmo tempo em que representa uma contribuição, constitui uma obrigação, permitindo ao seu destinatário exigí-lo daqueles que, por uma razão ou por outra, deixem de prestá-lo ou o façam em desconformidade com a norma vigente. Tal é a concepção ético-jurídica do tributo, baseada no interesse social, resultante da possibilidade que tem o indivíduo, componente do grupo, de concorrer para o sustento deste; possibilidade que, se efetiva, transforma-se em dever, pois, do contrário, estar-se-ia determinando ou, pelo menos, ensejando o locupletamento de uns à custa de outros e a própria inviabilização da forma social. Essa possibilidade-dever de cada um contribuir para o custeio do Estado determinará, de consequência, a medida do sacrifício individual que este poderá legitimamente reivindicar, sob pena de pôr em risco a continuidade do influxo dos meios de que necessita, pela destruição da célula produtora desses recursos, e, também aqui, frustrar a sua manutenção. Estabelecem-se, assim, as bases lógicas do princípio da capacidade contributiva como fundamento do tributo e que tem a ver com as convicções mais profundas da cidadania e do Estado de Direito” (cf. do Autor. Direito Tributário – Capacidade Contributiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5-7).

¹¹ “A exação dos ingressos públicos se fundamenta em boa parte em normas de caráter ético que manifestam sua eficácia na aquisicência” (BENVENUTO GRIZIOTTI. In: Princípios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda. 2. ed. da trad. espanhola da 1. ed. italiana de 1929. Madrid, 1958. p. 272).

¹² Cf. do autor As contribuições parafiscais no sistema tributário nacional e a moralidade fiscal. In: REZENDE, Condorcet (Coord.). Estudos Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 304.

mente *eleito* para o exercício da insaciável voracidade fiscal e da pré-falada imoralidade fiscal do Estado.

Dada a falta de sistematização do tema, os Tribunais pátrios, *data venia*, ao influxo de um anacrônico positivismo, ainda não superado por grande parte da Doutrina brasileira, não têm avançado, em sede tributária, na interpretação de um texto constitucional casuístico e de leis, como ele, não raro incoerentes.

O presente estudo pretende modestamente sugerir um caminho novo que, em sintonia com a boa Hermenêutica, enseje uma conciliação entre a visão clássica do Direito Tributário, fundamentalmente correta, centrada no estudo do fato gerador da obrigação tributária, com as exigências contemporâneas de legitimidade dos atos e institutos jurídicos, derivada dos valores finalisticamente visados pela ordem constitucional, sem o que não se pode dar um escoreito controle de proporcionalidade e razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente as leis tributárias.

2 PARAFISCALIDADE E AFETAÇÃO

A parafiscalidade e a contribuição parafiscal nasceram com a intervenção estatal na ordem econômica e social, e com a descentralização administrativa necessária à sua implementação. Daí a umbilical, ontológica e necessária **afetação** da contribuição como receita própria das entidades da Administração Pública Indireta incumbidas daquela nova tarefa.

Mantemo-nos fiéis à terminologia *parafiscalidade*¹³ por exprimir ela um fenômeno histórico que não pode ser olvidado no estudo das contribuições, que são apenas a conseqüência fiscal (ou *parafiscal*) da descentralização administrativa que se verificou no mundo, especialmente a partir dos anos 1930 e intensamente após a 2ª Guerra Mundial.

A criação de entidades *paraestatais*, com **personalidade jurídica própria**, gravitando embora em torno do Estado (Administração Indireta) e assumindo funções das quais a Administração Direta não dava conta, fez surgir a necessidade de novas receitas *paralelas* ao orçamento fiscal (daí *parafiscais*) que financiassem (com a **finalidade** de financiar) as correspectivas despesas, assim, descentralizadas.

Afetava-se um patrimônio estatal a um novo ente administrativo; afetava-se-lhe uma **receita própria** para que com ela se desincumbisse da tarefa a ser descentralizadamente executada. Foram assim referidas no **Inventário Schumann** (1947) as *receitas parafiscais*.

¹³ *Contribuições parafiscais* é a terminologia também utilizada pela melhor doutrina [por todos, BALEEIRO, na sua *Introdução à Ciência das Finanças*, e Ulhôa Canto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Contribuições Sociais, Caderno de Pesquisa Tributária*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1992, p. 25-67, e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 138.284, de 01 jul. 1992).

Não obstante as diversas definições e classificações que a doutrina e até a jurisprudência brasileira tem formulado, das quais em boa parte divergimos, conceituamos *contribuição parafiscal* como o **tributo devido a entidades paraestatais**¹⁴ em razão de **atividades públicas especiais** por elas desenvolvidas e as classificamos em *contribuições sociais, econômicas ou de intervenção na ordem econômica, e corporativas*.

Aliás, essa classificação tricotômica das contribuições, que atende a critério finalístico, está no texto do art. 149 da Constituição e é dentro dela que parece caber incluir as contribuições ao FGTS, à seguridade social e quaisquer outras, no intuito de se sistematizar a matéria.

Inúmeras leis federais têm se referido insistentemente a *tributos e contribuições*, como se estas não fossem tributos; como se a natureza jurídica de uns e outras não fosse a mesma, a tributária; ou que fosse especialmente peculiar de molde a autonomizá-la.

Ora, como haveremos de ver adiante, a circunstância de a Administração Pública desenvolver uma atividade específica com os recursos arrecadados através das contribuições, embora relevante para o Direito Tributário, não tem o condão de desqualificá-las como imposto ou taxa.

Tal afetação de recursos à **finalidade específica** indicada imbricou-se no **atrelamento ou vinculação desta ao fato gerador** da contribuição parafiscal, invariavelmente próprio de imposto ou de taxa, que, todavia, a criatividade humana ainda não conseguiu superar. É preciso, pois, construir doutrina **legítima-dora** das contribuições exatamente através de sua **vinculação** ao ente paraestatal encarregado de uma **determinada** missão constitucional, pois que a atrela irremediavelmente à **finalidade** prevista expressamente na Lei Magna como **justificadora** da sua instituição. Para tanto, é necessário rever a interpretação do art. 4º do Código Tributário Nacional – CTN, a qual tradicionalmente empalidece a matéria.

Cabe aqui uma respeitosa crítica à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando admitiu a arrecadação, pela Administração Direta, da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas¹⁵, prevista no capítulo constitucional da seguridade social; parece posicionamento fundamentado em doutrina superada pela Carta Magna que, ademais, enseja ao Executivo margem de manipulação sobre os recursos das contribuições. Afinal, se os recursos são afetados, por exemplo, à Seguridade, qual a razão legítima para não serem arrecadados

¹⁴ No sentido da definição, invoquem-se e enalteçam-se as lúcidas palavras de MISABEL DERZI: “O lógico é que, tendo o Estado criado pessoas, como serviços descentralizados, evite arrecadar os recursos para depois repassá-los à pessoa beneficiada, delegando-lhes tal aptidão diretamente” (*Contribuições Sociais*. In: *CADERNOS DE PESQUISAS TRIBUTÁRIAS*. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária, 1992, v. 17, p. 136).

¹⁵ RE 138.284 – j. em 01.07.1992. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 190, p. 78, 82-83.

pela Seguridade? Como diria, José Casalta Nabais¹⁶, “*estranha relação tributária seria essa em que os pretensos sujeitos activos (a região e o município) jamais se encontram com o correspondente sujeito passivo (o contribuinte) e em que aqueles só intervêm, ao fim e ao cabo, quando os impostos já foram pagos e as respectivas obrigações fiscais já se encontram extintas*”, o que se traduziria, entre nós, pela cotidiana perplexidade de o sujeito passivo das contribuições ter uma relação jurídico-tributária com o Estado-Administração Direta, de quem nada recebe, quando a relação administrativa, de fundo, justificadora do tributo, se estabelece com uma outra pessoa jurídica, isto é, a entidade paraestatal encarregada da tarefa pública especialmente tutelada pela Constituição, que fica, ademais, sem um adequado e tempestivo controle de proporcionalidade e moralidade fiscal...

3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS

A nosso ver a perplexidade que aflige os juristas quanto ao tema deve ser enfrentada a partir da classificação dos tributos e dos correspondentes critérios de distinção, que nos obrigam a refletir sobre categorias fundamentais do Direito Tributário.

Pelo critério da *finalidade*, 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 atividades¹⁷, nos termos da Constituição (arts. 43, § 2º, III; 151, I; 153, I e II; 153, § 4º; e 182, § 4º).

A finalidade ou destinação do produto da arrecadação dos tributos, embora irrelevante apenas para a qualificação *da espécie tributária*, ou melhor, da respectiva *natureza jurídica específica*, isto é, se imposto, taxa ou contribuição de melhoria (CTN, art. 4º), não teria qualquer importância do ponto de vista jurídico-tributário, segundo a doutrina tradicional, à qual já nos filiamos no passado¹⁸, pois os interesses considerados no momento *pré-jurídico* da concepção

¹⁶ *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 72.

¹⁷ FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. v. I, p. 56-58. À *extrafiscalidade* referiu-se Alfredo Augusto Becker, interessadamente, como a tributação utilizada pela lei “*para impedir ou desestimular*” (ou, acrescente-se aqui, incentivar ou estimular) “*indiretamente, um ato que a ordem jurídica permite*” (*Teoria Geral do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 556). A Becker filiou-se Rubens Gomes de Sousa (*Distribuição Disfarçada de Lucros*. In: *Resenha Tributária, Imposto sobre a Renda – Comentário 1.3*. São Paulo: Resenha Tributária, a. II. p. 299, 30 jun. 1971).

¹⁸ Espécies de Tributos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar – Fundação Getúlio Vargas, v. 183, p. 42-55, jan./mar. 1991.

ou idealização do tributo pertenceriam à esfera de avaliação política do legislador 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.

Mas o Código não declara que a finalidade é absolutamente irrelevante para qualificar o *tributo* como tal. De fato, ao se interpretar o art. 4º do CTN é preciso ter em consideração a lição dos grandes jus-financeiros como Trotabas e Cotteret¹⁹ Benvenuto Griziotti²⁰, Giuliani Fonrouge²¹, Ferreiro Lapatza²², José Casalta Nabais²³ entre outros, no sentido de ser o tributo uma prestação pecuniária percebida pelo Estado para **fins de interesse público** (não em decorrência da propriedade de certo patrimônio ou para manutenção deste), **para satisfação das necessidades públicas**, não por força de um contrato sinalagmático, mas em virtude de mandato constitucional, **através da ação própria do serviço público custeado por aquele recurso financeiro**. Deles não discrepam autores pátrios de nomeada, como Ricardo Lobo Torres²⁴, Carlos Valder Do Nascimento²⁵ e Luciano Amaro²⁶.

Até mesmo Acquile Donato Gianinni²⁷, notório positivista, foi sensível à relevância jurídica da destinação legitimante da atividade financeira do Estado – que é instrumento e não um fim em si mesma – e ensinou, no particular, que “*os tributos têm tres 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*”, sendo esta última componente referida como **princípio da destinação pública do tributo**.

Assim, parece-nos que o princípio jurídico da *proporcionalidade* condiciona, sim, o 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, *meio* que é de financiamento da Despesa Pública.

Tais lições nada perdem, pelo contrário, ganham maior expressão quando especificada a análise do problema em face das contribuições parafiscais, onde a questão apenas se *especializa*. Há que ponderar que, se a destinação pública

¹⁹ *Droit Fiscal*. 6. ed. Paris: Dalloz, p. 5.

²⁰ *Op. cit.*, p. 15, 268-273.

²¹ *Op. cit.*, v. I, p. 315-319.

²² *Curso de Derecho Financiero Español*. 14. ed. Madrid: Marcial Pons, 1992. p. 168-169.

²³ *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 191-192.

²⁴ *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 335.

²⁵ *Curso de Direito Financeiro*. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 117-118.

²⁶ *Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16-18.

²⁷ I Concetti Fondamental del Diritto Tributario. *Apud* D'AMATI, Nicola. In: *Derecho Tributario, Teoria y Critica*, Tradução espanhola, da edição italiana de 1985, *Diritto Tributario, Teoria e Critica*, Torino, UTET. Madrid: Derecho Financiero, 1989. p. 21.

caracteriza o tributo como gênero, é a **especial destinação** que, afinal, **distingue** as contribuições como **subespécies tributárias afetadas**, e justifica constitucionalmente a sua instituição em homenagem a **valores especialmente tutelados**; então, aquele princípio de destinação pública dos tributos deve-se entender, no campo das contribuições, como um **princípio de destinação específica** atrelada aos respectivos fatos geradores.

Tanto assim é que a Jurisprudência recente²⁸ do Supremo Tribunal Federal – STF confirma a orientação estabelecida pelo Plenário num caso isolado, em que se declarou a inconstitucionalidade de acréscimo moratório do antigo ICM paulista (tido pelo Tribunal como integrante do *produto da arrecadação* do imposto a ser, na proporção de 20% do todo, encaminhado aos Municípios (Constituição de 1967, art. 23, § 8º), por ter sido afetado à Santa Casa da Misericórdia; levantada a preliminar de falta de interesse do contribuinte na declaração de inconstitucionalidade porque, mesmo que acolhida, o acréscimo continuaria devido, só que em benefício dos cofres públicos, a Corte rejeitou a preliminar, forte no voto do Ministro Moreira Alves: “*A meu ver, desde que o acréscimo seja criado em lei com destinação específica, que é inconstitucional, a destinação específica contamina o próprio acréscimo. (...) o estado criou esse acréscimo para atender a uma finalidade que é vedada pela Constituição. Assim, no meu entender, se a finalidade é inconstitucional, o acréscimo criado para atender a essa finalidade também o será*”²⁹.

Essa argumentação, como dito, vem de ser reiterada nos julgamentos de diversos recursos extraordinários nos quais foi declarada a inconstitucionalidade da Lei Paulista 6.556, de 30.11.1989, que aumentou em 1% a alíquota do ICMS, com destinação específica de a majoração atender a aumento de capital da Caixa Econômica estadual³⁰, para financiamento de programa habitacional, e enseja o correspondente *controle de constitucionalidade*.

²⁸ Nem sempre foi assim: veja-se a decisão do STF no julgamento do caso FINSOCIAL (RE 103.778/DF. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 116, p. 1.138), em que a Corte placitou a *contribuição* ora como “imposto residual” ora como “adicional do imposto de renda” não obstante alegações de viciada criação de um verdadeiro imposto inconstitucional pela vinculação da respectiva arrecadação, proibida então pelo § 2º do art. 62 da Carta de 1967, como hoje o é pelo inc. IV do art. 167 da Constituição de 1988 (cf., no ponto, a excelente dissertação de mestrado com vem de ser aprovado na Universidade ALMEIDA JR., Cândido Mendes Fernando Osório de. Inédita. **Direito Tributário – Teoria e Prática do Critério da Interpretação Conforme a Constituição – Estudo de Casos Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57-58, no prelo). Aponte-se, porém, o equívoco da Suprema Corte de, hoje, considerar a contribuição uma espécie autônoma de tributo, mesmo reconhecendo que ela tem, geralmente, fato gerador próprio de imposto, às vezes idêntico ao de imposto nominado já instituído, como se deu no julgamento da constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas – CSLL (RE 138.284/CE. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 190, p. 78, 82-83).

²⁹ RE 97.718/SP – j. em 24.03.1983, ac. unânime. **Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, v. 106, p. 1.132-1.137, especialmente p. 1.135.

³⁰ *Leading case*: RE 183.906 (Pleno, 18.09.1997); cf. Diário da Justiça de 30.04.1998, ementário 1908-03. O Min. Carlos Velloso vota vencido na matéria.

Então a finalidade é relevante, sim, para a análise da constitucionalidade do tributo. E se o desvio de finalidade pode ensejar a nulidade do imposto (porque a afetação deste é constitucionalmente proibida), deve-se entender, pela mesma razão, que o desvio de finalidade das contribuições e dos empréstimos compulsórios, cuja afetação é determinada na Constituição, torna-os ilegítimos desde a sua instituição. Isto se pode explicar também pela **natureza justificadora** que a destinação específica (finalidade) exerce sobre os fatos geradores desses tributos³¹.

Outro critério de classificação dos tributos é o do *fato gerador*, isto é, a situação, fato ou conjunto de fatos, tipificados hipotética e genericamente em lei, que, ocorrendo na vida real, sujeita alguém ao pagamento de tributo.

Na feliz formulação de Amílcar Falcão³², fato gerador é “*o fato, conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado*”, 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. E por que ontológica, e assim essencial, definitiva distinção.

Note-se que em princípio (ressalvada a taxa) a tributação se fundamenta sempre em alguma manifestação de capacidade contributiva, sobretudo no caso do imposto, tributo mais exuberante e importante exatamente porque dissociado de qualquer atividade estatal referida ao contribuinte (logo, justificado tão-somente pela presença de indício de riqueza ou capacidade econômica). Ou seja, há que se conceber uma **situação** reveladora de alguma aquisição, acumulação ou consumo de riqueza (Adolf Wagner) – ou seja aquela que fará surgir o dever de pagar tributo (imposto), **fato gerador**, pois; depois de tipificada na hipótese de incidência tal situação é que se cogita de dimensioná-la economicamente de maneira adequada (e aí, e só aí, é que entra em cena a base de cálculo ou matéria tributável, derivada do fato gerador, função dele, sua expressão econômica (Falcão) só legitimada se se contiver razoavelmente naquele, que é o seu verdadeiro vetor e condicionante. Por isso, pensamos que é mesmo o fato gerador, e não a base de cálculo, o mais completo critério de classificação dos tributos.

³¹ A propósito da destinação dos tributos, consulte-se, na doutrina estrangeira, Günter Schmolders (**Teoria General del Impuesto**. Madrid: Tradução espanhola da edição alemã, Ed. Derecho Financiero, 1962), contra o caráter tributário da destinação dos tributos, e, na doutrina brasileira, BOTELHO, Werther (**Da Destinação dos Tributos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994), a favor.

³² **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 26.

Daí haver o fato gerador sido acolhido, corretamente, pelo CTN como elemento determinante da *natureza jurídica dos tributos* (art. 4º), e não a base de cálculo ou base impositiva (perspectiva dimensível do fato gerador) como queria Alfredo Augusto Becker³³. É que a *base de cálculo é função* e não a própria materialidade do tributo Geraldo Ataliba³⁴; ela é *objeto do fato gerador* Dino Jarach³⁵.

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. **Por isso a Constituição designa os tributos pelos seus fatos geradores, não pelas respectivas bases de cálculo**, a par de utilizá-los para distribuir as competências tributárias privativas. O valor maior entre ambos há de ser o fato gerador, pois, ademais, ele é que dá nascimento à obrigação tributária.

Falcão³⁶ 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-os. 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 (estas, de melhoria), que encontra guarida no art. 145 da Constituição e no art. 5º do CTN. Assim, *imposto* é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte (art. 16); *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). Segundo Valdés Costa a classificação dos tributos em impostos, taxas e contribuições (com algumas variações em relação a estas) “é praticamente unânime na Itália, Espanha e América Latina”³⁷.

4 FATO GERADOR, NATUREZA JURÍDICA E VEÍCULO LEGISLATIVO

Consoante o critério do fato gerador, as contribuições parafiscais classificam-se como **verdadeiros impostos ou taxas**, que são, porque têm **fatos gera-**

³³ Teoria Geral do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 338.

³⁴ Hipótese de Incidência Tributária. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 121.

³⁵ O Fato Impositivo. Tradução bras. da 3. ed. Abeledo Perrot. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 153-154.

³⁶ Op. cit., 137-138.

³⁷ Curso de Derecho Tributario. 2. ed. Buenos Aires: Santa Fe de Bogotá; Madrid: Depalma, Temis, Marcial Pons, 1996. p. 87.

dores próprios de uns ou de outras, com a peculiaridade de terem destinação específica.

Se os fatos geradores das contribuições não estiverem indicados na Constituição e se se pretender instituí-las com fato gerador próprio de imposto nela já previsto, então, haverá necessidade de sua submissão à lei complementar tributária, nos termos do art. 146 da Carta, porque é de imposto que se tratará; e se os fatos geradores pretendidos forem próprios de taxas, deverão eles se comportar dentro da competência administrativa federal (art. 149), ressalvadas, excepcionalmente, as contribuições previdenciárias locais (parágrafo único), porque é de taxa que se trata.

Por esta razão, respeitosamente, manifestamos divergência com a jurisprudência do STF que interpreta literal e equivocadamente, *data venia*, o inc. III, “a”, do art. 146 da Constituição quanto à exigência de lei complementar para a edição de normas gerais em relação a *impostos* discriminados na Carta Magna.

Para os impostos não discriminados na Constituição haverá necessidade de uma lei complementar especial (art. 154, I), o que deve ser também o caso das contribuições que tiverem seus fatos geradores (próprios de impostos) não previstos na Constituição, porque é de verdadeiros impostos residuais de que se trata.

5 FINALIDADE E FATO GERADOR

Como acima exposto, as contribuições parafiscais, de que são espécies as contribuições ditas sociais, econômicas (de intervenção) ou corporativas, são verdadeiros impostos ou taxas afetados(as), porque, instituídos em lei (com fundamento no poder tributário primário, legislativo, consubstancial às pessoas políticas), têm fatos geradores próprios de uns ou de outras, com a peculiaridade de terem destinação específica, porque afetados à finalidade dos respectivos entes arrecadadores (titulares de poder tributário derivado, de arrecadação e fiscalização).

Se ao fato gerador das contribuições não estiver vinculada uma atuação estatal específica referida ao contribuinte, teremos uma contribuição com fato gerador de imposto (como o são as contribuições previdenciárias patronais e as ao FGTS), isto é, um verdadeiro imposto; se o fato gerador estiver, porém, vinculado a um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, então, teremos uma contribuição com fato gerador de taxa (como é o caso da contribuição patronal denominada “seguro de acidentes de trabalho” e da contribuição previdenciária dos “segurados” da Previdência), isto é, uma verdadeira taxa.

Onde, então, estará a distinção jurídico-tributária das contribuições em face dos impostos e taxas? A resposta está na **finalidade** das primeiras que é,

pela sua destinação específica, **vinculada ao fato gerador!** Não basta para a instituição das contribuições, como não basta para a instituição de empréstimos compulsórios, a simples destinação pública genérica do tributo a que aludiu A. D. Gianinni. É necessária a **destinação específica** desejada pela Constituição ao permitir que eles sejam instituídos.

É interessante notar que nos dois casos acima a Constituição **positivou a vinculação da justificativa** da instituição de empréstimos compulsórios (aplicação vinculada à **despesa que fundamentou** sua instituição – art. 148, parágrafo único) e de contribuições (como instrumento de **ação nas respectivas áreas** – art. 149).

Cabe neste ponto lembrar a opinião de Werther Botelho³⁸, para quem “os ingressos são a medida dos gastos”, e, especificamente em matéria de contribuições, a arrecadação “*não integra livremente o orçamento fiscal da União, estando diretamente vinculado a orçamento autônomo ou ainda a fundos ou despesas específicas*”.

Traz, depois, as lições de Ródriguez Bereijo, para quem, nas contribuições, “*o gasto público constitui a justificativa imediata e direta do ingresso tributário*” e de Miguel Llamas, em cujo magistério as contribuições constituem “*um ingresso especialmente obtido para financiar um gasto, influenciando este sobre aquele, até o ponto de comunicar-lhe, por exemplo, sua possível ilegalidade, ou bem dar origem a que sua falta de execução – ou ilegalidade da mesma – comporte a devolução do correspondente ingresso tributário por faltar os pressupostos legais do mesmo*”.

Finalmente, a *unicidade do fenômeno financeiro* tem sido realçada pela recente doutrina espanhola (Herrera Molina³⁹), com invocado apoio na alemã, em que pontificam Tipke e Birk, no sentido da “*necessária coordenação entre ingressos e gastos públicos*”. No escólio de Trotabas E Cotteret⁴⁰ “*o estudo da fiscalidade é complementar ao do direito orçamentário, na medida em que ela representa o elemento essencial de equilíbrio orçamentário*”. No mesmo sentido é a clássica lição de Giuliani Fonrouge⁴¹, que pregou a autonomia do Direito Financeiro exatamente por ter ele um objeto de estudo multifacetado, mas “*organicamente indivisível*”. E entre nós Aliomar Baleeiro⁴² considera que “*as relações jurídicas específicas que decorrem da tributação e da despesa, a índole específica do orçamento (...) definem claramente a autonomia do Direito Financeiro*”.

³⁸ Op. cit., p. 85-88.

³⁹ *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

⁴⁰ Op. cit., p. 5.

⁴¹ Op. cit., v. I, p. 42.

⁴² *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 34.

Ora, essa argumentação enseja, por outro lado, um criterioso controle constitucional de **proporcionalidade** entre os *meios* (tributo, seja contribuição parafiscal, seja empréstimo compulsório) e os *fins* (destinação específica), como já tivemos oportunidade de sustentar, em sede de tributação extrafiscal, no nosso **Direito Tributário e Meio Ambiente – Proporcionalidade, Tipicidade Aberta, Afetação da Receita**⁴³.

Pensamos ser correta a classificação das contribuições parafiscais como imposto ou taxa, conforme a doutrina do fato gerador, não transigindo, respeitosamente, com setores do positivismo, ainda que abrandado, que pretendem construir doutrina sobre o texto constitucional pátrio, tantas vezes imperfeito e equivocado, que no caso especial de que nos ocupamos pode induzir em erro o intérprete, levando-o a confundir finalidade específica (legitimidade concreta) com fundamento de validade (legitimidade abstrata) do tributo *in genere* e de suas respectivas espécies.

Quando existente, a finalidade específica ou destinação específica do tributo é *conexa* ou *vinculada* ao respectivo fato gerador, como um *acessório*, na medida em que lhe serve de *justificativa* de instituição, como no caso das contribuições e empréstimos compulsórios (a despesa correspondente à atuação especial – art. 149 – ou à tarefa excepcional – art. 148, I e II); já o fundamento de validade do tributo (manifestação de riqueza ou serviço público) *integra* o fato gerador como *condição* de criação do tributo. Ou seja, a *finalidade específica* (e só me refiro a esta, porque a finalidade genérica dos tributos é a sua destinação pública (A. D. Gianinni), em nada auxiliando, pois, invocá-la para distinguir as figuras tributárias) de certos tributos é relevante para o Direito Tributário, sim, para *colorir* ou *adjetivar* o *fato gerador típico*, como o faz todo chamado *fato gerador acessório* em relação ao respectivo fato gerador principal (ou típico).

Há exemplos, como no ICMS, cujas alíquotas variam consoante o destinatário (de *destinação*, *fim* visado pela lei) da mercadoria seja ou não contribuinte do imposto, mas não chega a influir substancialmente na natureza jurídica específica do tributo; o que ocorre quando, contra o mandato constitucional, não forem diferenciadas as alíquotas em função do destinatário é uma inconstitucionalidade, sem dúvida, mas o ICMS em questão não terá deixado de ser essencialmente um imposto, um ICMS, exatamente porque deixou de ser observado apenas um requisito específico de *legitimidade específica* ou *concreta*. Recorra-se a Amílcar Falcão⁴⁴:

O fato gerador típico (fatispecie típica) dá lugar ao nascimento da obrigação tributária; é o pressuposto relevante para a produção desse efeito jurídico. Todavia, em algumas hipóteses, tal efeito variará ou se modificará, pela presença de um fato auxi-

⁴³ Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 79-122.

⁴⁴ *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. Op. cit., p. 132.

liar ou subsidiário (*fato aggiuntivo*), como pode ser o caso da destinação de bens em matéria de imposto de importação ou consumo, do emprego do rendimento em matéria de imposto de renda, da destinação de imóveis, edificados ou não, em matéria de impostos predial e territorial ou do imposto sobre o lucro obtido por pessoas físicas na alienação de propriedades imobiliárias etc.; é o que designamos como fato gerador complementar ou acessório.

Vê-se, assim, que a destinação específica das contribuições parafiscais⁴⁵ qualifica juridicamente esses tributos, integrando-se aos respectivos fatos geradores, como fato gerador acessório, sem que isso implique, por outro lado, em alteração da natureza essencial (de imposto ou de taxa) tendo em vista a configuração ontológica da respectiva hipótese de incidência (fato gerador principal). A finalidade específica se afigura, assim, verdadeira condição de **legitimidade concreta** da parafiscalidade; ou seja, a finalidade específica é **justificadora** da instituição das contribuições parafiscais.

No atual estágio do Estado de Direito, em que a legitimidade é o conceito que subordina toda a ordem jurídica, manipulações da legalidade assumem color de fraude; e a fraude não se sustenta juridicamente (e este é o perigo de dar-se interpretação literal ao art. 4º, II, do CTN). A destinação dos tributos pode não ser relevante para definir a natureza jurídica de impostos, taxas ou contribuições de melhoria, mas o é, absolutamente, sim, para legitimá-los concretamente em certos casos quando a ordem jurídica se socorre deles para perseguir determinado fim (como é o caso das contribuições e empréstimos compulsórios). Tal condicionamento parece mais intenso no caso das contribuições porque a Constituição indica o **valor** (dignidade da pessoa humana, igualdade de oportunidade, seriedade do trabalho) por ela especialmente tutelado, a **tarefa** a ser empreendida (assistência social, intervenção na ordem econômica, fiscalização de profissões) e a **fonte de custeio** (contribuição parafiscal).

6 FINALIDADE, TREDESTINAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE

A conseqüência inarredável da inserção da finalidade na gênese do fato gerador das contribuições parafiscais é a vedação à tredestinação, a proibição do desvio de finalidade.

A questão, porém, comporta algumas variáveis: desde a tredestinação normativa à tredestinação administrativa, há que se explorar um leque de alternativas, com soluções diversas. As linhas que se seguem representam uma modesta sugestão de enquadramento das hipóteses vislumbradas.

⁴⁵ E a restituição dos empréstimos compulsórios que, segundo Amílcar Falcão, é uma forma especial de destinação específica (*Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório*. Rio de Janeiro: UERJ, ed. Mimeografada, 1966).

A primeira situação é a de a **lei tributária** expressamente **determinar** o emprego dos recursos provenientes da cobrança de certa contribuição em uma **finalidade diversa** da constitucionalmente assentada. Neste caso, parece evidente que a lei será inconstitucional por dispor em sentido contrário ao preconizado na fonte hierarquicamente superior, o que dispensa maiores considerações. O tributo aqui será claramente indevido por ruptura do fato gerador acessório. Se a finalidade é inconstitucional, o tributo é inconstitucional. Esta solução encontra-se em simetria com a jurisprudência do STF⁴⁶ que tem invalidado tentativas de afetação de impostos, proibida pela Constituição (art. 167, IV).

A segunda possibilidade é a de a **lei tributária omitir-se quanto à afetação** da receita da contribuição. Neste caso, deve-se considerar que o mandato constitucional permanece intacto, dando-se pela adequação da lei à Constituição quer face à presunção de legitimidade dos atos do Poder Público, quer porque, sendo o ditame constitucional cogente autoaplicável, incide ele direta e imediatamente sobre o preceito legal; em qualquer caso, a solução será a da *interpretação conforme* salvadora que se imporá exatamente em função das citadas presunção e autoaplicabilidade.

A terceira hipótese a cogitar é a de **regulamento**, na omissão da lei, determinar o emprego dos recursos provenientes da cobrança da contribuição numa **finalidade diversa** da constitucionalmente assentada. Exsurge aqui que o ato normativo regulamentar será inconstitucional, quer por dispor em sentido contrário ao expressamente preconizado na Constituição, quer por regulamentar contrariamente ao sentido possível da lei *ut interpretação conforme*, como acima exposto. Cremos que se verifica, então, a **nullidade** do regulamento por infração ao princípio da *hierarquia das fontes* e ao princípio da *separação de poderes*; permanece válido e devido o tributo, mas o ato administrativo normativo, inconstitucional, deve ser assim declarado judicialmente para recomposição formal da ordem jurídica e para ressalva de procedimento dos agentes do Fisco e dos Contribuintes, já que os primeiros, funcionários públicos, não se sujeitam ao cumprimento de ordem inconstitucional, e os sujeitos passivos tributários não estão ligados a fonte normativa secundária, expondo-se o seu expedidor de tal pseudo ato regulamentar à responsabilidade política (Chefe do Executivo e/ou Ministro de Estado) ou funcional (demais autoridades administrativas), como for o caso.

Se a lei houver indicado a destinação correta e o regulamento a contradizer, ter-se-á o caso típico de flagrante **ilegalidade do ato regulamentar**, a ser proclamada em Juízo, mantida a validade do tributo, com as mesmas conseqüências sancionatórias acima. Cremos que, aqui, como na hipótese anterior, e sob pena de inversão de valores, há que se dar, também aqui, precedência hierárquica à lei (aliás, *in casu*, coerente com o mandato constitucional, a qual, em função do princípio da separação dos poderes, não pode ser contrariada por ato

⁴⁶ RE 97.718/SP - j. em 24.03.83, ac. unânime. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 106, p. 1.132-1.137, especialmente p. 1135.

administrativo destinado à sua fiel execução. Assim, a solução não pode ser a nulidade da lei (válida) em função de um **regulamento nulo** ter sido expedido, mas sim a prevalência da ordem legítima da lei (pagamento de contribuição) e o concomitante reconhecimento do vício regulamentar; nulo que é, tal regulamento não tem vigência e muito menos eficácia, menos ainda a eficácia específica de proceder a uma tredestinação ilegal e, antes, inconstitucional; incide o expedidor do regulamento ilegal nas mesmas sanções antes indicadas.

A quarta situação é a de a **lei orçamentária** não proceder à correta destinação da verba arrecadada, que, conseqüentemente, estará sendo alocada a despesa diversa daquela compatível com a Constituição. Para a doutrina majoritária, o orçamento tem natureza jurídica formal de lei (ato expedido pelo Legislativo), embora, no plano material, se classifique como ato administrativo (determinação de organização do Erário). Considerando que a função legislativa se dá, por definição, no plano normativo e que aquela **determinação** de execução do plano de governo não deixa de configurar uma **norma de comportamento** pela qual há de se pautar a Administração, sendo certo que na atual Constituição o Legislativo assumiu prerrogativas de ascendência clara⁴⁷ sobre a vontade do Executivo em tema de orçamento, tem-se que a lei orçamentária atua integrada no plano normativo em que está posta a lei tributária que estabelece o fato gerador acessório, quando existente (cuja validade, como visto, decorre de mandato constitucional, isto é, a destinação específica, por exemplo, das contribuições).

Nessa conformidade, pensamos que a tredestinação orçamentária das contribuições rompe com o fato gerador acessório e provoca o respectivo indébito tributário.

Finalmente, cogite-se da tredestinação promovida por ato administrativo subjetivo (gasto em desconformidade do disposto em lei ou em sentido diverso do correspondente comando constitucional). Outra vez temos que trazer à colação a figura da nulidade do ato administrativo. Mais do que nunca, estará em causa a prática de uma ilegalidade, que não pode produzir qualquer efeito, principalmente ofender a integridade do fato gerador previsto em lei. Caberá aqui, tão somente, em ação popular ou em outro procedimento constitucionalmente hábil, a declaração de nulidade e a condenação do réu à devolução das verbas tredestinadas.

Certamente que esta última não é a hipótese que se apresentará como digna de grandes preocupações doutrinárias, já que se trata de toco descumprimento da lei a merecer as sanções cabíveis em face do funcionário que o praticar. Mais instigantes são as hipóteses de tredestinação normativa consideradas, as quais

⁴⁷ Art. 165, II, e § 2º. Diverso era o regime constitucional anterior em que o Legislativo, segundo interpretação do Plenário do STF, no julgamento da Representação 877/SP, nem teria a prerrogativa de rejeitar a proposta de lei orçamentária, a qual, assim, não devolvida para sanção, era de ser considerada promulgada como lei (art. 66, parte final, da Constituição de 1967 com a redação da Emenda 1, de 1969). Cf. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 63, p. 14 e ss).

são aqui rapidamente articuladas no intuito de estimular o debate doutrinário sobre tema que está a merecer estudo aprofundado e sistematização.

Alerte-se para a inaplicabilidade, ao caso tributário, de certa doutrina desenvolvida no Direito Administrativo, onde a tredestinação de um bem desapropriado, desde que a um *outro fim público*, não viciaria o ato expropriatório. Como bem ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁸, isso se daria em função de a Constituição, ao autorizar a desapropriação de bens, o faz de forma genérica (para fins de necessidade pública, utilidade pública e interesse social).

Ora, no caso das contribuições parafiscais, o mandato constitucional é expresso e específico: não é qualquer fim genericamente público que basta para legitimar a exação, mas, apenas, as finalidades específicas explicitadas nos arts. 149, 195, 240 etc., da Carta Federal, porque especialmente tuteladas por ela, a serem atendidas, como pensamos devam sê-lo, pelas entidades paraestatais encarregadas das correspondentes tarefas públicas especiais. Não cabe, pois, buscar em outro ambiente jurídico que não o constitucional-financeiro-tributário o afrouxamento da teoria do fato gerador e do fato gerador acessório. Impende, ademais, lembrar que aqui se trata exatamente da legitimidade própria de uma figura tributária criada exatamente para oxigenar, não as Finanças Públicas em geral, mas para dar consequência a determinado programa de atividades garantindo-se-lhe os correspondentes recursos justificadores da Despesa Pública específica em questão. Se as contribuições parafiscais constituem-se em exceção ao princípio da não afetação da Receita Pública parece impertinente invocar doutrina fundada na generalidade interesse público; em matéria de afetação de tributos (contribuições) o princípio adequado é o da especialidade do interesse público a atender.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incerteza doutrinária acerca da natureza jurídica das contribuições parafiscais se faz acompanhar de insatisfação da Cidadania em face da elevada carga tributária delas decorrentes e do mau uso que se tem feito dos correspondentes recursos. Este, certamente um problema geral de Finanças Públicas, sentido desde sempre no relacionamento Fazenda-Contribuinte (a *Magna Charta* já preconizava que as exigências fiscais, ainda que autorizadas, deveriam ser *moderadamente fixadas*), torna-se especialmente sério no caso das contribuições, porque nestas avulta o teste de proporcionalidade que se impõe entre a arrecadação e o atendimento da finalidade constitucional através da Despesa.

Se o Homem é um ser racional, nas palavras de Magin Mestres⁴⁹, "*tudo consiste em forçar a marcha para lograr uma convivência social mais harmônica*", sob pena, ensina magistralmente Griziotti⁵⁰, de reação que "*pode variar*

⁴⁸ *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 326.

⁴⁹ *El Problema de la Resistencia Fiscal*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 235.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 272.

adotando a forma de protesto, de fraude fiscal e, inclusive, às vezes, de sublevação política”, do que, aliás, são exemplos históricos a *Boston Tea Party*, a Tomada da Bastilha e; entre nós, a Inconfidência Mineira.

Para a boa interpretação e implementação do sistema tributário nacional, há necessidade de buscar-se uma conciliação da doutrina clássica do fato gerador da obrigação tributária com as modernas tendências de legitimidade, de justificação material dos tributos, imbricando a finalidade específica de certas figuras tributárias no fato imponible.

Em recente seminário promovido em São Paulo pela Editora Dialética de Direito Tributário, de que tive a honra de participar, o ilustre Professor Alcides Jorge Costa bem lembrou que, malgrado a atual jurisprudência do Supremo Tribunal federal, a natureza jurídica específica das contribuições parafiscais como impostos ou taxas, e não como uma nova figura tributária, ainda hoje, permanece um tema em aberto na Doutrina, desde que Morselli e Mérigot iniciaram o debate em meados do século passado. Misabel Derzi⁵¹ anota que o tema divide a doutrina. Ives Gandra Martins⁵² e Hugo de Brito Machado⁵³ advogam uma divisão quinquipartida dos tributos, em que os empréstimos compulsórios e as contribuições teriam autonomia em relação aos impostos e às taxas e às contribuições de melhoria. Aliomar Baleeiro⁵⁴ e Sacha Calmon Navarro Coelho⁵⁵ são vozes percucentes em favor da tradicional tricotomia dos tributos (impostos, taxas e contribuições); e Marco Aurelio Greco⁵⁶ vislumbra no regime jurídico-constitucional brasileiro vigente um modelo adicional, à parte da tricotomia tradicional expressa na Carta Magna (art. 145) e no CTN (art. 5º); perplexo entre o Texto de 1988 e a interpretação literal que lhe deu o Supremo Tribunal, deixa em suspenso até mesmo sua definição pela inclusão das contribuições no campo tributário.

Pensamos que a Constituição brasileira não quis, nem poderia, romper com toda a doutrina do Direito Tributário, assentada no Brasil e alhures, no sentido de que é o fato gerador da obrigação tributária que qualifica as espécies tributárias, ensejando a respectiva classificação com base em critério unitário.

Reconhecendo claramente que, coerente com a idéia de *segundo Estado de Direito*⁵⁷, é na legitimidade, e não na simples legalidade, que está a chave para o controle de proporcionalidade das ações do Estado, e, no caso tributário, da adequação do tributo aos fins a que a Constituição os destina, afirma-se que é na finalidade específica de alguns tributos, cientificamente integrada à

⁵¹ Nota de atualização a BALEIRO. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 71.

⁵² *Teoria da Imposição Tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 97.

⁵³ *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 46-47.

⁵⁴ *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, cit., p. 292.

⁵⁵ *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 73.

⁵⁶ *Contribuições (uma figura "sui generis")*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 75.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. In: *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 362-363.

respectiva gênese, que reside a conciliação possível do tributo com o ideal de justificar, pela legitimidade, todo e qualquer ato do Poder Público. Para tanto a teoria do fato gerador acessório fornece ao jurista a solução ontológica necessária: integrado que é ao fato gerador principal, imprime a este qualidades ideláveis, de sorte que já não são mais do que “dois em um só”; sem prescindir do primeiro, imprime-lhe uma dignidade própria e altaneira, a de servir de elemento genético de um tributo destinado a prover os meios ao atendimento de valores especialmente tutelados pela ordem constitucional.

As contribuições são, pois, impostos ou taxas, com uma destinação específica: a de atenderem, pela afetação dos respectivos recursos, necessidades que o Constituinte houve por bem delegar a entidades paraestatais hábeis a empreender a tarefa mais importante do *segundo Estado de Direito*, qual seja a garantia da igualdade de oportunidade, pela viabilização financeira da intervenção na ordem econômica e social.

Com base nessa visão, será possível, conter as tentativas, toscas ou sofisticadas, de violação do princípio finalístico de legitimação das contribuições, sobretudo no plano normativo, e assim, separando o joio do trigo, ensejar procedimentos mais compatíveis com a moralidade fiscal.

A Doutrina não deve esmorecer no labor de provocar o Judiciário a rever equivocados posicionamentos em matéria de contribuições, provocados por uma visão excessivamente positivista do fenômeno jurídico-tributário, quando, também aqui, a garantia de Liberdade não está na indigência verbal da lei formal, mas na colmatação da Lei aos grandes valores da natureza humana, cujo maior anseio, o anseio racional do Homem, é a Igualdade, sem a qual inexistem as condições da verdadeira Liberdade.

8 REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. atualizada por Déjalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____, na sua *Introdução à Ciência das Finanças*, e Ulhôa Canto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Contribuições Sociais, Caderno de Pesquisa Tributária*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1992, p. 25-67, e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 138.284, de 01 jul. 1992).
- _____. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. In: *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BUJANDA, Sáinz de. *Lecciones de Derecho Financiero*. 9. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991.

- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COSTA, Valdés. **Curso de Derecho Tributario**. 2. ed. Buenos Aires: Santa Fe de Bogotá; Madrid: Depalma, Temis, Marcial Pons, 1996.
- D'AMATI, Nicola. *In: Derecho Tributario, Teoria y Critica*. Trad. espanhola, da edição italiana de 1985, *Diritto Tributario, Teoria e Critica*, Torino, UTET. Madrid: *Derecho Financiero*, 1989.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7. ed., da tradução do original (1983). Lisboa, 1996.
- FALCÃO, Amílcar. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. v. I.
- FONROUGE, Giuliani. **Derecho Financiero**. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001. v. I.
- GRECO, Marco Aurelio. **Contribuições (uma figura "sui generis")**. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRIZIOTTI, Benvenuto. *In: Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. 2. ed. da trad. espanhola da 1. ed. italiana de 1929. Madrid, 1958.
- JARACH, Dino. **O Fato Imponível**. Trad. bras. da 3. ed. Abeledo Perrot. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- LAPATZA, Ferreiro. **Curso de Derecho Financiero Español**. 14. ed. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução da 6ª edição, reformulada, 1991, 3. ed., 1997.
- LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MARTINS, Ives Gandra. **Teoria da Imposição Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MESTRES, Magin. **El Problema de la Resistencia Fiscal**. Barcelona: Bosch, 1972.
- MOLINA, Herrera. **Capacidad Económica y Sistema Fiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Financeiro**. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- REZENDE, Condorcet (Coord.). **Estudos Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ROYO, Pérez. **Las Fuentes del Derecho**. 4. ed., 4. reimpr. Madrid: Tecnos, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TROTABAS; COTTERET **Droit Fiscal**. 6. ed. Paris: Dalloz.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (PÓS-MODERNIDADE, TEORIA CRÍTICA E PÓS-POSITIVISMO)

Luis Roberto Barroso¹

Sumário: Capítulo I: Pré-compreensão do tema; Capítulo II: Algumas bases teóricas; Capítulo III: Algumas bases filosóficas; Capítulo IV: Conclusão: Referências.

CAPÍTULO I PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

1 A PÓS-MODERNIDADE E O DIREITO²

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana³.

¹ Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School* e Doutor livre-docente pela UERJ.

² BAUMAN, Zygmunt. **A globalização: as conseqüências humanas**, 1999; RAMONET, Ignacio. O pensamento único e os regimes globalitários. *In: Globalização: o fato e o mito*, 1998; Arnaud, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**, 1999; SOUZA SANTOS, Boaventura de. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1996; FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política. *In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.)*. 1988-1998: uma década de Constituição, 1999; SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo* 215/19, 1999; CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. *In: NOVAES, Adauto (Org.)*. Ética, 1992; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *In: Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. I, 2000; RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. *In: Direito e neoliberalismo*, 1996; HONDERICH, Ted (Ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*, 1995; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, 1998; REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). *Revista de Direito Público* 94/265.

³ MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *In: Cidadania e Justiça*, n. 6, 1999: "(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim

Brasil, 2001. Ano 13 da Constituição de 1988. Sem superstições. O constitucionalismo vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. O estudo que se vai desenvolver procura investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas idéias para o presente e para o futuro. Antes de avançar, traçam-se algumas notas introdutórias para situar o leitor. A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão*⁴.

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

No campo *econômico e social*, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos éticos da engenharia genética⁵. A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque

do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado".

⁴ Sobre o tema da *pré-compreensão*, vejam-se LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997. p. 285 ss.; HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 1983. p. 44: "El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios".

⁵ Sobre esta temática, vejam-se BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; FACHIN, Luiz Edson. *Bioética e tecnologia*. In: *Elementos críticos de direito de família*, 1999; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 2001; BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paula (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*, 2001, onde se averbou: "As técnicas de reprodução humana assistida, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplantes, as técnicas para alteração do sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador" (BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x biodireito*: insuficiência dos conceitos jurídicos, p. 2).

não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tomam as ruas lugares tristes e inseguros.

Na *política*, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. As causas se acumularam impressentidas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos (Reagan, Bush) e na Europa (Thatcher) na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; e o fiasco das ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o Código Civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microsistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*⁶. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Seria possível seguir adiante, indefinidamente, identificando outras singularidades dos tempos atuais. Mas o objeto específico do presente estudo, assim como circunstâncias de tempo e de espaço, recomendam não prosseguir com a apresentação analítica das complexidades e perplexidades desse início de era. Cumpre dar desfecho a este tópico⁷.

⁶ Como o comércio internacional não tem fronteiras, tende a ser regulado por regras de fontes não nacionais, denominadas *lex mercatoria*, que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países.

⁷ Nada obstante, não resisto à transcrição de trecho de José Carlos Barbosa Moreira acerca da influência da globalização sobre a cultura e a linguagem no Brasil (A subserviência cultural. In: *Temas de direito processual*. Sétima Série, 2001): "As vezes me assalta a tentação de dizer, à guisa de imagem, que a língua portuguesa, entre nós, está sendo repetidamente estuprada. A imagem, contudo, não é boa: o estupro importa violência do sujeito ativo sobre o passivo. Ora, não costuma partir dos norte-americanos, que se saiba, pressão alguma no sentido de batizarmos com nomes ingleses condomínios e clínicas, nem de exclamarmos 'uau' quando nos sentimos agradavelmente surpreendidos. O que se passa é que muitos gostam de entregar-se ainda na ausência de qualquer compulsão. Isso acontece com o corpo, e já é algo lamentável. Mas também acontece com a alma, e aí só se pode falar de desgraça".

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

2 A BUSCA DA RAZÃO POSSÍVEL⁸

Os gregos inventaram a idéia ocidental de *razão* como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Traz em si a superação dos mitos, dos preconceitos, das aparências, das opiniões sem fundamento. Representa, também, a percepção do outro, do próximo, em sua humanidade e direitos. Idealmente, a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões.

Sem enveredar por um debate filosófico feito de sutilezas e complexidades, a verdade é que a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos. O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud. Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o *materialismo histórico* – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo,

⁸ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 1999; VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*, 1997; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 2000; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 1997; ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando*: introdução à filosofia, 1986; JAPIASSU, H. *O mito da neutralidade científica*, 1975; FREUD, Sigmund. *Pensamento vivo*, 1985; RICKMAN, John (Ed.). *A general selection from the works of Sigmund Freud*, 1989; KEHL, Maria Rita. A psicanálise e o domínio das paixões. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Os sentidos da paixão*, 1991; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1979; ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*, 1997; DOREN, Charles van. *A history of knowlegde*, 1991.

mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*^{9/10}.

É possível, aqui, enunciar uma conclusão parcial: os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente. Os estudos de ambos os pensadores acima – sem embargo de amplamente questionados ao longo e, especialmente, ao final do século XX – operaram uma mudança profunda na compreensão do mundo. Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros fatores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela auto-crítica e pelo auto-conhecimento, não é vão, mas é limitado. Nem por isso a razão se torna menos importante. A despeito de seus eventuais limites, ela conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: (i) o *ideal de conhecimento*, a busca do sentido para a realidade, para o mundo natural e cultural e para as pessoas, suas ações e obras; (ii) o *potencial da transformação*, o instrumento crítico para compreender as condições em que vivem os seres humanos e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário¹¹.

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe

⁹ FREUD, Sigmund. *Pensamento vivo*, 1985. p. 59: "Mas a megalomania humana terá sofrido o seu terceiro e mais contundente golpe da parte da pesquisa psicológica atual, que procura provar ao ego que nem mesmo em sua própria casa é ele quem dá as ordens, mas que deve contentar-se com as escassas informações do que se passa inconscientemente em sua mente".

¹⁰ Em uma crônica densa e espirituosa (A quarta virada. *Revista de Domingo, Jornal do Brasil*), após comentar as transformações advindas com Copérnico, Darwin e Freud, escreveu Luis Fernando Veríssimo: "Mas houve outra virada no pensamento humano. A de Marx, que nos permitiu pensar num homem predestinado, não pelas estrelas ou pelos seus instintos, mas pela história. Mesmo sem a orientação divina, estaríamos destinados a ser justos, pois a história, no fim, é moral. Em vez da escatologia cristã, Marx propôs uma redenção final: cientificamente inescapável, e, se ninguém mais acredita em materialismo histórico na prática, a compulsão solidária persiste, como uma fé religiosa que o desmentido dos fatos só reforça. Talvez porque seja a fé secular que reste para muita gente. Ficamos órfãos de todas as melhores ilusões a nosso respeito (inclusive as marxistas) e nem assim nos resignamos à idéia de que aquilo que vemos no espelho é apenas um bípede egoísta, em breve e descompromissada passagem por um dos planetas menores. Quando esta fé acabar, aí sim estaremos prontos para os magos e as seitas. Tenho ouvido falar numa que adora a Alcachofra Mística e ainda ensina como aplicar na bolsa. Vou investigar".

¹¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 1999. p. 85-7.

um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

A *objetividade* se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à *interpretação*. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam¹². O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas

¹² Tal conclusão tem a adesão do próprio Hans Kelsen, que tentou desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, considerando que o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do direito. Em sua celebrada *Teoria pura do direito* – uma das obras de maior significação no século que se encerrou – escreveu ele (1979, p. 466-70): “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.

alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático¹³. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

Antes de encerrar este tópico, é de proveito confrontar estas idéias – reconfortantes e apaziguadoras – com o mundo real à volta, com a história e seus descaminhos. A injustiça passeia impunemente pelas ruas; a violência social e institucional é o símbolo das grandes cidades; a desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes; a intolerância política, racial, tribal, religiosa povoa ambos os hemisférios. Nada assegura que as conclusões alinhavadas nos parágrafos acima sejam produto inequívoco de um conhecimento racional. Podem expressar apenas a ideologia ou o desejo. Um esforço de estabilização, segurança e paz onde talvez preferissem luta os dois terços da população mundial sem acesso aos frutos do progresso, ao consumo e mesmo à alimentação.

A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social¹⁴. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.

¹³ V. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional*, 2001: “O *constitucionalismo* tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o *fim da história*, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo não se provaram mais atraentes”. Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. Os militarismo anti-comunista gravitava em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem sucedida.

¹⁴ FÁRIA, José Eduardo. In: Prefácio ao livro de Gisele Cittadino. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 1999: “No limiar do século XXI, contudo, a idéia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia”. Insere-se nessa discussão a idéia de Constituição meramente procedimental, que estabeleceria apenas as regras do processo político, sem fazer opções por valores ideologicamente engajados. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001. p. 20.

CAPÍTULO II ALGUMAS BASES TEÓRICAS

1 A DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL E SUA SUPERAÇÃO¹⁵

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. A família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e idéias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos. O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência.

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi*¹⁶ – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificada, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de com-

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1979; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1990; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 1996; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997; DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos*, 1978; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 1990; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996; FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, 1998; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, 2000; ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, 1993.

¹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1748. No texto em português (*O espírito das leis*, Saraiva, 1987, p. 176): "Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor".

pletude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Ou talvez não seja bem assim.

2 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO¹⁷

Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: científicidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como conseqüência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação¹⁸.

¹⁷ MARX e ENGELS, *Obras escolhidas*, 2 vs., 1961; COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, 1991; CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica*, 1995; MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*, 1989; WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*, 2 vs., 1994-5; AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 1989; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento crítico*, 1995; WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo da (Org.). *Teoria do direito e do Estado*, 1994; HAYMAN, Robert; LEVIT, Nancy. *Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives*, 1994; MARI, Enrique *et al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, 1991; CARCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*, 1998; CORREAS, Oscar. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico*. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, 1996; CLEVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *Direito Alternativo – Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*, 1993; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, 2000; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*, 1999; ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: *Teoria do direito e do Estado*, 1994; HONDERICH, Ted. (Ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*, 1995; CHAUJ, Marilena. *Convite à filosofia*, 1999; ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Engels e o direito. In: *Fios de Ariadne: ensaios de interpretação marxista*, 1999.

¹⁸ Proposição inspirada por uma passagem de Marx, na XI Tese sobre Feuerbach: os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positividade, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontra na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)¹⁹. A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.

O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a *Critique du Droit*, influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira²⁰. Nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, também sob influência marxista – embora menos explícita –, difundiram os fundamentos de sua crença de que *law is politics*, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários²¹. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando o postulado positivista da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares – a ideologia e a práxis²² –, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica²³. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse,

¹⁹ DIAZ, Elias. *Sociologia y filosofía del derecho*, 1976. p. 54. *Apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 1989. p. 36.

²⁰ CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica*, 1995. p. 126-32. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*, 1989. p. 327: “Esta experiência crítica do direito abre campo a uma nova maneira de tratar o direito. (...) É o sentido profundo do marxismo, deslocar o terreno do conhecimento do real, oferecendo uma passagem libertadora: o trabalho teórico liberta e emancipa condições clássicas da investigação intelectual pelo fato decisivo de o pensamento marxista refletir, ao mesmo tempo, sobre as condições da sua existência e sobre as condições da sua interseção na vida social”.

²¹ HAYMAN, Robert L.; LEVIT, Nancy. *Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives*, 1994. p. 215. Uma das lideranças do movimento foi o professor de Harvard, de nacionalidade brasileira, Roberto Mangabeira Unger, que produziu um dos textos mais difundidos sobre esta corrente de pensamento: *The critical legal studies movement*, 1986. Para uma história do movimento, v. TUSHNET, Mark. *Critical legal studies: a political history*, 100 Yale Law Journal 1515, 1991. Para uma crítica da teoria crítica, v. Owen Fiss, *The death of the law*, 72 Cornell Law Review 1, 1986.

²² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, 1991. p. 398: “As categorias críticas exurgidas dessa dialética são a práxis, que se manifesta como teoria crítica, como atividade produtiva e como ação política, e a ideologia, vista como processo de substituição do real pelo imaginário e de legitimação da ordem social real em função do imaginário”.

²³ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 1999: “Os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades da razão: a **razão instrumental** ou razão técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a **razão crítica** ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora”.

Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terão sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica.

No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos que a inspiraram em sua matriz européia, tendo se manifestado em diferentes vertentes de pensamento: epistemológico, sociológico, semiológico²⁴, psicanalítico²⁵ e teoria crítica da sociedade²⁶. Todas elas tinham como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público.

Nem poderia ter sido diferente. O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional – beneficiária da tradição e da inércia –, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma *legalidade paralela* – dos atos institucionais e da segurança nacional – que, freqüentemente, desbordava para um Estado de fato. Não eram tempos amenos para o pensamento de esquerda e para o questionamento das estruturas de poder político e de opressão social.

Na visão de curto prazo, o trabalho de *desconstrução* desenvolvido pela teoria crítica, voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional, trouxe algumas *consequências problemáticas*²⁷, dentre as quais: a) o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas; b) o desperdício das potencialidades interpretativas das normas em vigor. Disso resultou que o mundo jurídico tornou-se feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. E que não se exploraram as potencialidades da aplicação de normas de elevado cunho social, algumas inscritas na própria Constituição outorgada pelo regime militar.

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, nesse

²⁴ Para um alentado estudo da interpretação jurídica sob esta perspectiva, v. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*, 1999.

²⁵ Sobre esta temática, vejam-se dois trabalhos publicados na obra coletiva *Direito e neoliberalismo*, 1996: RAMALHO, Agostinho. *Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise*; COUTINHO, Jacinto de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*.

²⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, 1991. p. 396-7.

²⁷ SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*, 1999. p. 34: “Essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas consequências problemáticas, dentre as quais (...): (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento de emancipação dos homens em sociedade e (ii) o esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica”.

início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989, conserva as honras de ter modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional.

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito²⁸. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja “a expressão da vontade geral institucionalizada”²⁹ e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei³⁰. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem incompatibilidade nem exclusão.

CAPÍTULO III ALGUMAS BASES FILOSÓFICAS³¹

1 ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO JUSNATURALISMO

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na

²⁸ Pessoalmente, fiz a travessia do pensamento crítico para a utilização construtiva da dogmática jurídica em um trabalho escrito em 1986 – *A efetividade das normas constitucionais (Por que não uma Constituição para valer?)*, apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987. Esse texto foi a base de minha tese de livre-docência, concluída em 1988, e que se converteu no livro *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001.

²⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6º: “A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada”.

³⁰ WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*, 1994. p. 83-5.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, 1995; BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO. *Dicionário de Política*, 1986; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, 1998; VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*, 1991; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, 2000; HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 1977; SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*, 1998; NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, 1995; CICERO, *Da república*, s.d.; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 1978; RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*, 2001; TUMANOV, Vladimir. *O pensamento jurídico burguês contemporâneo*, 1984; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*, 1999; BARCELLOS, Ana Paula de. *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais*. *Revista Forense* 351/3.

sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico, que será examinado mais à frente.

O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica³² e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média³³. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII³⁴.

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo³⁵ na crítica à tradição anterior, dando subs-

³² O jusnaturalismo tem sua origem associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária. Coube a Cícero sua divulgação em Roma, em passagem célebre de seu *De republica*, que teve forte influência no pensamento cristão e na doutrina medieval: “A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...). Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, – uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo...” (CICERO, *Da república*, s.d., p. 100).

³³ Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o tomismo, demarcando fronteiras entre a fé e a razão. Pregando ser a lei um ato de razão e não de vontade, distinguiu quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina. Sua principal obra foi a *Summa teológica*. Sobre o contexto histórico de Tomás de Aquino, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, 2000. p. 144 ss.

³⁴ O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), exposta em sua obra clássica *De iure belli ac pacis*, de 1625, considerada, também, precursora do direito internacional. Ao difundir a idéia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, Grócio desvincula-o não só da vontade de Deus, como de sua própria existência. Vejam-se: BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO. *Dicionário de política*, 1986. p. 657; BARCELLOS, Ana Paula de. *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais*. *Revista Forense* 351/3, p. 8-9.

³⁵ *Iluminismo* designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram a gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas

trato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

A crença de que o homem possui *direitos naturais*, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)³⁶ e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)³⁷, estão impregnados de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke³⁸, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes³⁹ e sucedido por Rousseau⁴⁰. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja *Revolução Gloriosa* foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade⁴¹. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização

transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

³⁶ O Preâmbulo da Declaração afirma que ela contém os *direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem*, tendo o art. 2º a seguinte dicção: "**Art. 2º.** O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

³⁷ Da Declaração, redigida por Thomas Jefferson, constam referências às *leis da natureza* e ao *Deus da natureza* e a seguinte passagem: "*Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a Busca da Felicidade*".

³⁸ Autor dos *Dois tratados sobre o governo civil*, 1689-90 e do *Ensaio sobre o entendimento humano*, 1690. Vejam-se LOCKE, John. *Second treatise of government*. Indianapolis-Cambridge, Hackett Publishing Co, 1980; LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1990. (Coleção Os Pensadores).

³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Londres: Penguin Books, 1985 (a primeira edição da obra é de 1651). Há edição em português na Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Edições de Ouro, s.d. (a primeira edição de *Du contrat social* é de 1762).

⁴¹ Em seu magnífico estudo *On revolution*. 1ª ed. em 1963. Londres: Penguin Books, 1987, Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que a foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em antes e depois. Escreveu ela: "*A 'Revolução Gloriosa', evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local*" (p. 43, 55-6).

foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se "*domesticado e ensinado dogmaticamente*"⁴². A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra⁴³.

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica⁴⁴. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos⁴⁵. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

2 ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por

⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, 2000. p. 188.

⁴³ Sobre codificação, Escola da Exegese e *fetichismo da lei*, vejam-se: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*, 2000; MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*. Rio de Janeiro, 1999.

⁴⁴ BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO. *Dicionário de política*, 1986. p. 659: "*Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo*".

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. *Revista Forense* 351/3, p. 10: "*Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o direito natural conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As idéias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a sequência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo*".

Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais⁴⁶.

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas:

- i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;
- ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;
- iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade⁴⁷. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

O positivismo comportou algumas variações⁴⁸ e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen⁴⁹. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

⁴⁶ Em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu *Curso de filosofia positiva* (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*, 1995. p. 135, onde se acrescenta: "A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade". Pouco mais à frente, o grande mestre italiano, defensor do que denominou de "positivismo moderado", desenvolve a distinção, de matriz kelseniana, entre *validade* e *valor* do Direito.

⁴⁸ HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 1977. p. 174-5: "(...) As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem 'coisas positivas'. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual)".

- i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção⁵⁰, herdado do formalismo alemão.

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência⁵¹. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.

O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito⁵². O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia

⁴⁹ A obra prima de Kelsen foi a *Teoria pura do direito*, cuja primeira edição data de 1934 – embora seus primeiros trabalhos remontassem a 1911 –, havendo sido publicada uma segunda edição em 1960, incorporando alguns conceitos novos.

⁵⁰ A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo. Como visto anteriormente, esta concepção não tem a adesão de Hans Kelsen.

⁵¹ TUMANOV, Vladimir. *O pensamento jurídico burguês contemporâneo*, 1984. p. 141.

⁵² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, 1995. p. 223-4. V. também LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social – elementos para uma análise marxista*, 1996. p. 40: "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica".

de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século⁵³, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais⁵⁴.

3 PÓS-POSITIVISMO E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS⁵⁵

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório

⁵³ Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

⁵⁴ Sobre o tema, vejam-se: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 1998; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1998; Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2000; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997; DOLINGER, Jacob. *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. Recueil des Cours*, v. 283, p. 203 ss., Hague Academy of International Law; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 2000; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, 1998; NADER, Paulo. *Filosofia do direito*, 2000; VECCHIO, Giorgio del. *Filosofia del derecho*, 1997; CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*, 1999; TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*, 2000; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1996; FREITAS, Juarez de. *Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional*, *Ajuris* 76/397; ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, 1998; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 1999; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999; GOUVEA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. *A sindicabilidade dos direitos prestacionais à luz de conceitos-chave contemporâneos*, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito⁵⁶. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: "*Nada pode ser e não ser simultaneamente*", preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: "*Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu*"⁵⁷. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não⁵⁸, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideo-

⁵⁶ Esse fenômeno é referido por autores alemães como "virada kantiana". V. a respeito, Ricardo Lobo Torres, em remissão a HÖFFE, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne (O orçamento na Constituição)*, 1995, p. 90).

⁵⁷ ULPiano, Digesto 1.1.10.1: "Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere". V. NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*, 2000, p. 82; DOLINGER, Jacob. *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. Recueil des Cours*, v. 283, p. 203 ss.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, "Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como

logia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores;⁵⁹ b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica⁵⁹, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin⁶⁰. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo, ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra.

fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação". Em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: "O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um 'mais' de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões". BVerGE 34, 269, Apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997. v. 1, p. 303.

⁵⁹ A axiologia está no centro da filosofia e é também referida como teoria dos valores, por consistir, precisamente, na atribuição de valores às coisas da vida. V. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 2000. p. 37 ss.

⁶⁰ DWORIKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1997 (a primeira edição é de 1977).

Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*⁶¹.

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral⁶². Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas

⁶¹ O tema foi retomado, substancialmente sobre as mesmas premissas, pelo autor alemão ALEXY, Robert (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997. p. 81 ss.), cujas idéias centrais na matéria são resumidas a seguir. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas graduações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

⁶² Sobre antinomias e critérios para solucioná-las, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1990. p. 81 e ss.

constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais⁶³. Relembre-se: enquanto as regras são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são ponderados.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo⁶⁴. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada⁶⁵.

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor⁶⁶. Em hipóte-

⁶³ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.1998. p. 10: "As colisões dos direitos fundamentais acima mencionados devem ser consideradas, segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios".

⁶⁴ FREITAS, Juarez de. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Ajuris 76/397**, resgata um bom exemplo: "Caso emblemático no Direito Comparado é o do prisioneiro que faz greve de fome. Após acesa polémica, a solução encontrada foi a de fazer valer o direito à vida sobre a liberdade de expressão, contudo o soro somente foi aplicado quando o grevista caiu inconsciente, uma vez que, neste estado, não haveria sentido falar propriamente em liberdade de expressão".

⁶⁵ Sobre o tema, na doutrina alemã, ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.1998; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 1997. p. 164 ss.; STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal alemana**, 1987. p. 295. Na doutrina nacional, vejam-se BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999. p. 192; TORRES, Ricardo Lobo. **Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação**, 2001, mimeografado. E, ainda, as dissertações de mestrado de SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 2000; GOUVEA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. **A sindicabilidade dos direitos prestacionais**, 2001, mimeografado, onde averbou: "No mais das vezes, contudo, a aplicação da norma constitucional ou legal não pode ser efetuada de modo meramente subsuntivo, dada a existência de princípios colidentes com o preceito que se pretende materializar (...) À luz do conceito-chave da proporcionalidade, desenvolveu-se o método de ponderação pelo qual o magistrado, considerando-se a importância que os bens jurídicos cotejados têm em tese mas também as peculiaridades do caso concreto, poderá prover ao direito postulado, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos" (p. 381).

⁶⁶ V. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Temas de direito processual**. 2ª Série. 1980. p. 61 ss.

ses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria. Esta não é, todavia, a instância própria para desenvolvê-las.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional⁶⁷. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada⁶⁸, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores⁶⁹, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo⁷⁰.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, identifica o seguinte catálogo de princípios de interpretação especificamente constitucional: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade. Para uma sistematização sob perspectiva diversa, v. FREITAS, Juarez de. **Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional**. **Ajuris 76/397**.

⁶⁸ O método tópico aplicado ao problema funda-se em um modo de raciocínio voltado para o problema e não para a norma. A decisão a ser produzida deve basear-se no exame de um conjunto de elementos, de *topoi* (pontos de vista) relevantes para o caso – além da norma, os fatos, as consequências, os valores –, que dialeticamente ponderados, permitem a solução justa para a situação concreta examinada. O trabalho clássico no tema é de VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, 1979 (1ª edição do original **Topik und Jurisprudenz** é de 1953).

⁶⁹ A obra fundamental da denominada teoria da argumentação é do belga Chaim Perelman, em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca: **Tratado da Argumentação: a nova retórica**, 1996 (1ª edição do original **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**, 1958). Vejam-se, também, MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. **Notas sobre direito, argumentação e democracia**. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. p. 89-90, onde averbou: "No campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de vencer os interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas, logrando a adesão do auditório".

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997 (1ª edição do original **Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation**, 1975). p. 13: "Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos; não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição".

disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real⁷¹. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. O primeiro percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão – notadamente nos Estados Unidos⁷² – e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade⁷³. O segundo – a dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

O princípio da razoabilidade⁷⁴ é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária,

⁷¹ V. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 1996. p. 281: "(O sistema jurídico) não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou 'sistema científico', como para o próprio sistema da ordem jurídica, o 'sistema objetivo'. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais".

⁷² Para uma breve análise da evolução histórica da razoabilidade no direito norte-americano, a partir da cláusula do devido processo legal, v. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999. p. 209 ss. V. também, GOUVEA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das cortes norte-americanas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro** 5, 2000.

⁷³ Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos – ao americano em um caso e ao alemão em outro – razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização. Em linha de divergência com a equiparação aqui sustentada, v. AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo** 215/151, 1999.

⁷⁴ Sobre o tema, vejam-se alguns trabalhos monográficos produzidos nos últimos anos: STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**, 1995; BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 1996; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**, 1999. Também em língua portuguesa, com tradução de SARLET, Ingo Wolfgang; SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público** 2/93, 1999.

havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível – ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁵ identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo⁷⁶. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do

⁷⁵ Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** 212/89; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**, 2001; ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001. Em texto escrito no início da década de 90, quando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ameaçavam a efetividade e a força normativa da Constituição, manifestei ceticismo em relação à utilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais, devido à sua baixa densidade jurídica (Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. **Revista Trimestral de Direito Público** 1). Essa manifestação foi datada e representava uma reação à repetição de erros passados. A Carta de 1988, todavia, impôs-se como uma Constituição normativa, dando ao princípio, hoje, uma potencialidade que nele não se vislumbrava há dez anos.

⁷⁶ O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, inicia-se com as seguintes constatações: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)".

*mínimo existencial*⁷⁷, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos⁷⁸.

Aos poucos se vai formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso *Morsang-sur-Orge*⁷⁹. No Brasil, o princípio tem sido fundamento de decisões importantes, superadoras do legalismo estrito, como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao autorizar o levantamento do FGTS por mãe de pessoa portadora do vírus da AIDS, para ajudá-la no tratamento da doença, independentemente do fato de esta hipótese estar ou não tipificada na lei como causa para o saque do fundo⁸⁰. Em outro acórdão, de ele-

⁷⁷ Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999. Veja-se, também, para uma interessante variação em torno dessa questão, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2001. Nota Prêvia: "A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores".

⁷⁸ Ana Paula de Barcellos, em preciosa dissertação de mestrado – *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana* –, assim consignou seu entendimento: "Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça".

⁷⁹ O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interdito a atividade conhecida como *lancer de nain* (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por "excès de pouvoir". O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando: "Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine" (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. Long, Wil, Braibant, Devolvé e Genevois, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1996. p. 790 ss. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. In: *Seleções Jurídicas ADV 12*, 1996. p. 17 ss.

⁸⁰ STJ – REsp. 249.026/PR – Rel. Min. José Delgado – DJU 26.06.2000, p. 138: "FGTS. Levantamento, tratamento familiar portador do vírus HIV. Recurso especial desprovido. 1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana

vada inspiração, o Tribunal deferiu *habeas corpus* em caso de prisão civil em alienação fiduciária, após constatar, dentre outros fatores, que o aumento absurdo da dívida por força de juros altíssimos comprometia a sobrevivência digna do impetrante⁸¹. No Supremo Tribunal Federal, a preservação da dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos invocados para liberar réu em ação de investigação de paternidade da condução forçada para submeter-se a exame de DNA⁸². A demonstrar a dificuldade na definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, além dos votos vencidos proferidos neste caso, parte da doutrina sustentou que, ao contrário da tese central do acórdão, a preservação da dignidade da pessoa humana estava em assegurar o direito do autor da ação de ter confirmada a sua filiação, como elemento integrante da sua identidade pessoal⁸³.

Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

e, levando-se em conta o caráter social do Fundo, que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares".

⁸¹ STJ – HC 12.547/DF – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 12.02.2001, onde se consignou: "A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão".

⁸² STF – RTJ 165/902 – HC 71.373/RS – Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 10.11.1994: "Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrêpa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos". Ficaram vencidos os Min. Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

⁸³ Vejam-se, em linha crítica da decisão, MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais* /85; ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA*, 2001.

Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO FINAL CONCLUSÃO

1 A ASCENSÃO CIENTÍFICA E POLÍTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas⁸⁴; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional⁸⁵. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa⁸⁶, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiram o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.

Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁸⁷.

⁸⁴ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2001.

⁸⁵ Para um levantamento da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, v. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2001.

⁸⁶ V. HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983; ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1985.

⁸⁷ V. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997. p. 6: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". Vejam-se, também: TEPELINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil** 65/21; TEPELINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁸⁸.

A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito. A Assembléia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera alijada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. Não se deve, contudo, subestimar o papel que tem desempenhado na restauração democrática brasileira. Sob sua vigência vem se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com a absorção de graves crises políticas dentro do quadro da legalidade constitucional. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional⁸⁹.

O constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a *ideologia da desigualdade*. *Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais

Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**, 2001.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, 1991. p. 45: "A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo". V. também, SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**, 1999.

⁸⁹ V. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: **Temas de Direito Constitucional**, 2001. Para um denso estudo acerca da expansão da jurisdição constitucional no Brasil, veja-se BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2001.

favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo⁹⁰.

Em segundo lugar, enfraquece e adia o projeto da democratização mais profunda da sociedade brasileira a *corrupção* disseminada e institucionalizada. Nem sempre a do dinheiro, mas também a do favor político e a da amizade. No *sistema eleitoral*, a maldição dos financiamentos eleitorais e as relações promíscuas que engendram. No *sistema orçamentário*, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso. No *sistema tributário*, a cultura da sonegação, estimulada pela voracidade fiscal e por esquemas quase formais de extorsão e composição. No *sistema de segurança pública*, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora.

A superação dos ciclos do atraso e o amadurecimento dos povos inserem-se em um processo de longo prazo, que exige engajamento e ideal. O novo direito constitucional brasileiro tem sido um aliado valioso e eficaz na busca desses desideratos. Mas o aprofundamento democrático impõe, também, o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusivo de toda a gente. Um bom programa para o próximo milênio.

2 SÍNTESE DAS IDÉIAS DESENVOLVIDAS

Ao final desta exposição, que procurou reconstituir alguns dos antecedentes teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro, é possível compendiar de forma sumária as idéias expostas, nas proposições seguintes:

1. O constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório. O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

2. A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico convencional, sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio

⁹⁰ Sobre o tema, v. o ensaio de ECO, Umberto. Quando o outro entra em cena, nasce a ética. In: ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?*, 2001. p. 83: "A dimensão ética começa quando entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe".

associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.

3. O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

4. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

5. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. New Haven: Yale Law School, 1997.
- ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, mimeografado. 1998.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANTUNES, Marcos Vinicius Martins. *Engels e o direito*. In: Centro de Estudos Marxistas (Org.). *Fios de Ariadne*: ensaios de interpretação marxista. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 1993.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo* 215/151. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *In: Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: PAX, v. 1, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1989.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **Bioética x biodireito**: insuficiência dos conceitos jurídicos. _____, BARRETTO, Vicente de Paula (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. *Revista Forense* 351/3. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Bioética, biodireito e direitos humanos. *In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. *In: Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **A globalização**: as conseqüências humanas. 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991
- CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1999.
- _____. Público, privado, despotismo. *In: NOVAES, Aduato (Org.). Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CICERO, **Da república**. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). *In: Direito Alternativo – Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, 1993.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.
- _____. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FACHIN, Luiz Edson; RAMOS FILHO, Wilson; GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e; RAMALHO NETO, Agostinho (Orgs.). Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Ediberj, 1996.
- COUTINHO, Jacinto de Miranda. **Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal**. Curitiba: Ediberj, 1996.

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DÍAZ, Elías. **Sociología y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1976. p. 54.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOLINGER, Jacob. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. *Recueil des Cours*, v. 283. Hague Academy of International Law.
- DOREN, Charles van. **A history of knowlegde**. New York: Ballantine Books, 1991.
- DWORIKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. Em que crêem os que não crêem? Rio de Janeiro: Record, 2001
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. Bioética e tecnologia. *In: Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política. *In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *In: Prefácio ao livro de Gisele Cittadino. Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Limonard, 1998.
- FREITAS, Juarez de. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional, *Ajuris* 76/397. Porto Alegre: Ajuris.
- FREUD, Sigmund. **Pensamento vivo**. São Paulo: Martin Claret, 1985.
- GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. **A sindicabilidade dos direitos prestacionais à luz de conceitos-chave contemporâneos**, dissertação mestrado pela UERJ 2001.
- GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das cortes norte-americanas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 1999.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYMAN, Robert L.; LEVIT, Nancy. **Jurisprudence**: contemporary readings, problems, and narratives. St. Paul: West Publishing, 1994.
- HESPANHA, Antonio M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Europa, 1977.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- _____. La fuerza normativa de la Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Penguin Books, 1985.
- HONDERICH, Ted. (Ed.). **The Oxford Companion to Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1995.
- JAPIASSU, H. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.
- KEHL, Maria Rita. A psicanálise e o domínio das paixões. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1990.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARÍ, Enrique *et al.*, **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: **Cidadania e Justiça 6**. Rio de Janeiro: Banco do Brasil, 1999.
- MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1986.
- MARX e ENGELS, **Obras escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 2 vs., 1961.
- MENDES, Gilmar Ferrêira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.
- MONTESQUIEU, **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier Frères 1748.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: PAX, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Temas de direito processual**. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RAMONET, Ignacio. O pensamento único e os regimes globalitários. In: FIORI, José Luiz; LOURENÇO, Marta Skinner de; NORONHA, José Carvalho de. **Globalização: o fato e o mito**. Rio de Janeiro: Eduerj, 1998.
- RAMOS FILHO, Wilson; FACHIN, Luiz Edson; CLÈVE, Clèveson Merlin; MARQUES NETO, A. R.; GOMES, M. E. A. C. E.; CORREAS. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: RAMALHO NETO, Agostinho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Direito e neoliberalismo**. Curitiba: Ediberj, 1996.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). **Revista de Direito Público 94/265**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- RICKMAN, John (Ed.). **A general selection from the works of Sigmund Freud**. New York: Doubleday, 1989.

- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: PAX, 1999.
- _____. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: **Teoria do direito e do Estado**, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Edições de Ouro, s.d.
- RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo 215/19**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público 2/93**. Belo Horizonte: Fórum, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo 212/89**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação**, 2001, mimeografado.
- _____. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUMÁNOV, Vladimir. **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**. Lisboa: Caminho, 1984.
- ULPIANO, Digesto 1.1.10.1: "*Honeste vivere, alterum non laedere. suum cuique tribuere*". V. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**, 2000.
- VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1997.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994-5. 2 vs.
- _____. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo da (Org.). **Teoria do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

LIMITAÇÃO E SACRIFÍCIO DE DIREITOS – O CONTEÚDO E AS CONSEQÜÊNCIAS DOS ATOS DE INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

Patricia F. Baptista¹

Sumário: 1. Introdução: a atividade ordenadora da Administração Pública; 2. Os graus de intervenção administrativa sobre os direitos dos administrados; 3. Limites às intervenções ordenadoras da Administração Pública sobre os direitos privados; 4. As limitações e os sacrifícios ao direito de propriedade; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO: A ATIVIDADE ORDENADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ordenação da conduta dos cidadãos para que seja desenvolvida conforme os interesses gerais da coletividade ou, ao menos, sem que cause lesões a tais interesses é apontada como uma das principais missões da Administração Pública. Essa missão de ordenação envolve, na verdade, a realização de atividades de distintas ordens, tais as de organização, de direção, de limitação, de controle, de fiscalização e de orientação, por meio das quais a Administração atua sobre a esfera privada dos cidadãos em prol do interesse público².

No direito administrativo brasileiro, acha-se consagrada a denominação *poder de policia* para identificar a atividade genérica e multiforme de intervenção da Administração Pública no âmbito privado³. Com efeito, na tradicional

¹ Professora de Direito Administrativo da UERJ. Doutoranda em Direito do Estado na USP. Mestra em Direito Público pela UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

² Cf. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. *Principios de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Ceura, 2000. v. 2, p. 255-256.

³ Na verdade, ao menos nas doutrinas alemã, espanhola, italiana e argentina de Direito Administrativo, a denominação *poder de policia*, de emprego anteriormente corrente, foi sendo substituída por expressões como *Administração Interventora* ou *Administração Ordenadora*. Essas designações são, hoje, preferidas nos manuais daqueles países para identificar as inúmeras formas pelas quais a Administração encontra-se habilitada a incidir sobre a esfera individual dos cidadãos. A decadência e a substituição da designação *poder de policia* naqueles países há de ser atribuída ao teor de autoritarismo com que tal expressão acabou impregnada ao longo do tempo, além do aspecto da confusão semântica que suscita à vista das outras formas de policia estatal previstas no ordenamento jurídico. No direito brasileiro, contudo, segue amplamente aceita,

definição de Caio Tácito, “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”⁴.

Para os fins do presente estudo, interessa-nos investigar especialmente uma das facetas da atividade ordenadora da Administração Pública, qual seja a de limitação dos direitos individuais a finalidades de interesse público e, em particular, a de limitação do direito de propriedade. Assim, serão expostos o conceito e as consequências jurídicas das limitações que a Administração impõe sobre os direitos individuais no exercício do poder de polícia e, ainda, as diferenças entre os condicionamentos e os chamados sacrifícios de direitos.

2 OS GRAUS DE INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA SOBRE OS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

A atividade administrativa de ordenação dos direitos individuais em decorrência do exercício do poder de polícia administrativa envolve, em geral, todas as atividades de conteúdo negativo que a Administração pratica em relação aos direitos individuais dos cidadãos em prol do interesse público. Em outras palavras, engloba toda intervenção do poder estatal que importe na prática de atos desfavoráveis ou na imposição de gravames que incidam negativamente na posição das pessoas, limitando ou, até mesmo, extinguindo seus direitos por causa do interesse público⁵.

Nesse ponto, convém registrar que a atividade administrativa de ordenação de direitos incide tão-somente sobre direitos legítimos dos particulares. As condutas antijurídicas ou ilegítimas dos cidadãos não são reprimidas por meio de *limitações de direitos*, mas, sim, pelo emprego da coação e das sanções previstas no ordenamento jurídico⁶.

As intervenções administrativas sobre direitos individuais mais comumente são impostas por meio de atos concretos e singulares de exercício de poder atribuído por lei. Admite-se, porém, que tais limitações possam advir diretamente de normas jurídicas, de leis ou de regulamentos, sem interposição de ato

sem maior questionamento, a expressão *poder de polícia administrativa* que, inclusive, tem acolhida no direito positivo, v.g. art. 78 do CTN. No direito francês, até onde se pôde constatar, também permanece a designação de polícia administrativa.

⁴ TACITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. *Revista de Direito Administrativo*, v. , 197, p. 8.

⁵ Em oposição aos atos gravosos, estariam os atos ampliadores da esfera jurídica dos cidadãos – os atos favoráveis –, como, por exemplo, as concessões, as subvenções e os subsídios, que, genericamente, constituem a atividade de *fomento* da Administração Pública, não se confundindo com o exercício do *poder de polícia* de que ora se trata. Sobre o tema, confira-se CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. 2. ed., atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 67-8. Veja-se, também, SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. *Principios de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2, p. 279.

⁶ Nesse sentido, cf. PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. *Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. 1, p. 410.

concreto pela Administração. Em qualquer dos dois casos, contudo, há de se ater a Administração à observância do princípio da legalidade administrativa em sua versão mais estrita, na medida em que somente por atribuição legal, direta ou indireta – e, por vezes, constitucional – pode a Administração incidir negativamente sobre a esfera dos direitos individuais⁷.

São diversas as técnicas de ordenação de direitos individuais por razões de interesse público. Tais técnicas se distinguem segundo o grau de incidência ou, em outras palavras, conforme a intensidade da medida interventora incidente sobre o direito do cidadão. Como leciona o administrativista espanhol J. Ramón Parada-Vázquez, dentre as medidas que representariam um grau inferior de intervenção podem ser citadas as obrigações de suportar inspeções ou os deveres de registro, que impõem pequenos ônus ou incômodos aos particulares. Em um patamar intermediário, estariam as exigências de autorização prévia para o exercício de um direito ou de uma atividade. No nível seguinte são mencionadas as proibições formais de exercer atividade ou a imposição de condutas positivas. Por último, o maior grau de intervenção da Administração sobre direito individual seria o próprio sacrifício ou privação do direito em favor de um interesse público, mediante indenização⁸.

Merece registro, igualmente, a sistematização elaborada por Eduardo García de Enterría, na qual o autor pretende alcançar todas as formas em que a ação administrativa incide de forma gravosa ou negativa sobre as situações jurídicas dos administrados. Em especial no aspecto que importa ao objeto do presente estudo, García de Enterría identifica as *limitações administrativas de direitos* (as que atuam sobre as condições de exercício do direito, deixando intactos os seus elementos), as *delimitações administrativas do conteúdo normal de direitos* (que não incidem sobre o exercício do direito, mas, ao contrário, definem o seu próprio âmbito normal) e as *potestades ablativas reais* (como, por exemplo, as desapropriações e as transferências coativas não expropriatórias)⁹.

⁷ Sobre a atuação do princípio da legalidade administrativa como limite às intervenções administrativas sobre os direitos individuais, confira-se o capítulo 3, adiante.

⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. *Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 1, p. 411-12.

⁹ Na verdade, E. GARCÍA DE ENTERRÍA repudia a aplicação da ideia de polícia administrativa, que entende ser arcaica, e busca estabelecer um sentido mais amplo de atividade ordenadora ou interventora da Administração Pública, “não no sentido de ordem pública, mas no genérico da ordenação das atividades privadas”, no que, então, se contrapõe ao de atividade prestacional. Por isso, partindo dessa ótica mais ampla da atividade administrativa ordenadora, o autor inclui ainda na tipologia elaborada, além daquelas citadas no texto acima, outras quatro formas de intervenção pública na esfera privada: os sacrifícios das situações de mero interesse (que não configuram direitos subjetivos), as prestações forçadas (pessoais e reais, em especial as tributárias), a imposição de deveres e a imposição de sanções. Todavia, considerando que tais modalidades desbordam daquelas que a doutrina tradicionalmente inclui como sendo expressões do exercício do poder de polícia administrativa, delas não se ocupará o presente estudo. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 2, p. 102-104.

Neste estudo, considerando a designação mais freqüentemente adotada nos escritos sobre o tema, tratar-se-á das modalidades de ordenação de direitos individuais pela Administração Pública em dois gêneros: o das limitações administrativas propriamente ditas, também chamadas de condicionamentos de direitos, e o dos sacrifícios de direitos.

2.1 As limitações administrativas de direitos

Dentre as diferentes técnicas de limitação de direitos individuais por razões de interesse público, identificam-se, em primeiro lugar, as *limitações administrativas* em sentido amplo, também chamadas de *condicionamentos* ou de *ablações parciais* de direitos.

Podem ser enquadradas genericamente como limitações administrativas de direitos tanto medidas que, no direito brasileiro, são estudadas como manifestações do exercício do poder de polícia (por exemplo, as medidas condicionadoras e restritivas do exercício de profissões ou de atividades econômicas), como também medidas elencadas comumente no capítulo da intervenção do Estado sobre a propriedade privada (por exemplo, as limitações administrativas sobre a propriedade em sentido estrito, a ocupação temporária e a requisição administrativa).

De um modo geral, a doutrina qualifica como limitações ou condicionamentos de direitos todos aqueles gravames impostos pela Administração Pública sobre direitos individuais que não excedam os inconvenientes normais decorrentes da vida em sociedade. Sobre o tema, E. García de Enterría, reportando-se ao esforço dogmático feito pelo italiano Vignocchi, descreve o conteúdo das limitações administrativas de direitos como sendo toda "*incidência que não modifica o direito subjetivo afetado, nem tampouco a capacidade jurídica ou de atuar do titular, operando, exclusivamente, sobre as condições do exercício do direito, deixando inalterados todos os demais elementos desse (configuração, funcionalidade, limites e proteção)*". Tais limitações seriam impostas para tornar compatíveis os direitos dos particulares com os da comunidade¹⁰.

De acordo com o também espanhol J. A. de Santamaría Pastor, toda limitação administrativa envolveria a *compressão*, a *eliminação* ou *mutilação parcial* de algum dos conteúdos do direito. Essa privação parcial poderia se operar de três formas diferentes: (1) pela proibição de um modo concreto do exercício do direito (tal como a proibição de funcionamento de estabelecimento em função do zoneamento urbano ou a proibição de pesca em determinadas épocas do ano); (2) pela privação de alguma das faculdades integrantes do

¹⁰ **Curso de Derecho Administrativo**. Ob. cit., p. 105-6 (tradução do original). No mesmo sentido, a definição apresentada por J. C. CASSAGNE: "as atuações cuja incidência não afeta substancialmente o direito subjetivo do particular nem sua capacidade jurídica, mas atua com exclusividade sobre as condições inerentes ao exercício do direito, sem alterar seu conteúdo normal". *La Intervención Administrativa*. Ob. cit., p. 73.

conteúdo do direito (v.g. a ocupação temporária de bens); ou (3) pela imposição de deveres especiais ou requisitos positivos para o exercício do direito (como, por exemplo, a obrigação da observância de normas sanitárias de uso de jalecos ou luvas na venda de carnes ou a obrigação de construção de muro ou de observância de recuo nos imóveis urbanos)¹¹.

Como dito anteriormente, parte da doutrina propõe a distinção entre *limitações* e *delimitações* administrativas de direitos. Ao contrário das *limitações* — que atuam sobre o exercício dos direitos —, as *delimitações administrativas* de direitos, estabelecidas por lei ou por regulamentos, operariam sobre o conteúdo normal do direito, "*definindo o âmbito do lícito e recortando os poderes jurídicos do titular, cujo direito não se reputa já preexistente*"¹².

Nessa ótica, por exemplo, seriam delimitações ao direito de propriedade, e não limitações, as restrições legais e regulamentares previstas para o direito de construir. Tais restrições representariam a configuração do próprio âmbito do direito de propriedade, com o objetivo de assegurar a observância da função social da propriedade prevista no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. Em outras palavras, como próprio direito de propriedade não é assegurado sem o cumprimento de sua função social, as *delimitações* impostas por norma jurídica ao direito de construir já estariam incluídas na própria extensão original desse direito¹³.

Nem sempre são claras, contudo, as fronteiras entre o que seja uma limitação e uma delimitação administrativa¹⁴. Além do mais, a distinção entre ambas não apresenta grande relevância prática na medida em que se assemelham em sua principal característica: a não-indenizabilidade. Talvez por isso, aliás, a doutrina brasileira não costume referir a essa distinção para discriminar os meios de intervenção administrativa sobre os direitos individuais, resumindo-se a diferenciar as intervenções restritivas daquelas consideradas supressivas de direitos¹⁵.

¹¹ Cf. **Principios de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2. p. 280-1. Os exemplos citados, contudo, são nossos.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. Ob. cit., p. 75.

¹³ Cf., a propósito, PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. **Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 1. p. 416. Semelhante linha de pensamento parece ter influenciado Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, quando este autor estabeleceu a distinção entre a *propriedade* tomada abstratamente e o *direito de propriedade* concretamente definido em cada ordenamento jurídico: "*Não há direitos ilimitados. Falar em direito — e, pois, em direito de propriedade — é falar em limitações. Assim, é compreensível que dispositivos legais estabeleçam condicionamentos ao exercício de propriedade, traçando deste modo o perfil do direito correspondente. (...) Dai que são distintas as noções de propriedade, abstratamente considerada — ou seja, para além de seu delineamento normativo, em tal ou qual país — e direito de propriedade, pois este é a configuração que ela tem perante certo direito positivo. (...) Percebe-se, então, que 'propriedade' é uma noção descompromissada com sua fisionomia em dado direito positivo, ao passo que 'direito de propriedade' é a expressão normativamente qualificada da propriedade em certo". Direito". In: Tombamento e Dever de Indenizar. **Revista de Direito Público**, v. 81. p. 65.*

¹⁴ SANTAMARIA PASTOR, J. A. de. **Principios de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2. p. 281.

¹⁵ Por todos, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 496; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 120.

As mais freqüentes características reconhecidas nas limitações administrativas são: a unilateralidade da imposição pelo Poder Público; a imperatividade da sua observância pelo particular; o caráter meramente restritivo e não supressivo do direito; e, por último, sua não-indenizabilidade, seja em virtude da generalidade do ônus, seja em razão da pequena monta do incômodo imposto.

Na verdade, a doutrina é unânime em apontar o caráter não-indenizável como sendo a nota distintiva mais importante das limitações administrativas de direitos genericamente consideradas. Nesse sentido, é eloqüente a lição de E. García de Enterría:

*Uma nota comum a todas as limitações é sua não indenizabilidade. Isso assume especial relevo a propósito das limitações à propriedade e aos direitos patrimoniais, porque esta nota as separa, segundo nosso Direito, das expropriações que supõem incidências administrativas sobre o patrimônio que devem ser indenizadas (...). O tema é extraordinariamente importante, como facilmente se compreende, visto que expressa a diferença entre, por um lado, uma atuação administrativa que deve ser suportada pelo administrado, como uma carga da vida social, sem contraprestação econômica alguma (...) e, por outro lado, aquela outra atuação da Administração que, ainda que produzindo o efeito de um sacrifício imperativo de direitos patrimoniais que o titular destes deve sofrer, faz nascer, correlativamente, um direito a ser indenizado pela perda material que a medida comporta (...)*¹⁶.

No direito administrativo brasileiro, estão assentadas, praticamente sem divergências, as características das limitações administrativas a direitos, sobretudo o seu caráter não-indenizável, no sentido de devem ser suportadas pelo particular como ônus decorrente da vida em sociedade. Esse entendimento encontra-se muito bem traduzido em decisão proferida, em 1988, pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, cuidava-se do julgamento de recurso no qual o proprietário de um imóvel em Curitiba insurgia-se contra alegada violação de seu direito de propriedade, supostamente perpetrada pela negativa do Prefeito em lhe conceder licença de demolição porque o bem foi considerado como unidade de interesse de preservação em decreto municipal de alcance genérico.

Limitação Administrativa. Prédio considerado unidade de Interesse de Preservação, por decreto do Prefeito de Curitiba. Limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito dos proprietários, em prol da memória da cidade, que tem base no parágrafo único do art. 180 da Constituição da República. Recusa de autorização para demolição que não importa afronta ao direito de propriedade. Recurso não conhecido.

(...)

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2. p. 111-2 (tradução do original).

No caso vertente, não tendo havido tombamento, que coloca sob a proteção especial do Poder Público os prédios de valor histórico, não há cuidar de restrição a direitos dos proprietários. Trata-se, sim, de uma limitação, que é uma imposição geral, gratuita e unilateral, condicionadora do exercício daqueles direitos. Entende-se que essa limitação vise a que não se desfigure ou mesmo destrua o prédio que concorra para marcar a memória da cidade de Curitiba. E se o prédio está danificado, a Lei 6.337/82, do Município, prevê a concessão de incentivo construtivo, para a sua recuperação. (Recurso Extraordinário 114.468/PR – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Madeira – j. 31.05.1988, RDA 173/170)

2.2 Os sacrifícios de direitos

Por vezes, a satisfação do interesse público impõe que a Administração Pública vá além do mero condicionamento do direito individual. Determina o próprio sacrifício ou a privação desse direito, no seu todo ou, ao menos em seu conteúdo substancial, em benefício da coletividade. Aqui se estará em face da hipótese que a doutrina reconhece como um *sacrifício* ou *ablação total* do direito.

Com efeito, designam-se *sacrifícios de direitos* todos os gravames excepcionalmente impostos pela Administração Pública que importem na eliminação de titularidades específicas de direitos subjetivos em favor do todo social. Trata-se aqui, nas palavras de J. A. de Santamaría Pastor, não de mera limitação, mas da *supressão de situações jurídicas ativas*¹⁷.

Apontam-se, normalmente, como sendo espécies de sacrifícios de direitos as desapropriações, as servidões administrativas e, em alguns casos, até os tombamentos, quando estes importem em esvaziamento econômico do bem tombado.

As características que com mais freqüência estão presentes nos sacrifícios de direitos são a unilateralidade e a imperatividade das medidas impostas na esfera de uma relação de supremacia geral, a singularidade da privação do direito e, por último, indenizabilidade.

Como ensina García de Enterría, não podem ser enquadrados como sacrifícios de direitos decorrentes de intervenção ordenadora do Poder Público aqueles atos ou medidas que se operam em razão da existência de uma relação jurídica singular entre a Administração e o titular do bem ou direito sacrificado¹⁸. Assim, por exemplo, não seriam sacrifícios de direito – no sentido empregado neste estudo – as medidas de ocupação e utilização de bens de concessionária de serviço público pela Administração por ocasião da extinção do contrato de concessão, não obstante a previsão de indenização constante da Lei 8.987/95. Nesse caso, verifica-se uma relação jurídica específica, com critérios próprios de aferição, e não uma relação de sujeição geral no âmbito do poder de polícia.

¹⁷ *Principios de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2. p. 282-3.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2. p. 247.

Costuma-se, ainda, apontar a singularidade da medida imposta como uma das características dos sacrifícios de direitos¹⁹. Os sacrifícios seriam impostos por ato ou decisão administrativa específica, não decorrendo diretamente de lei ou de regulamento geral. Ocorre, todavia, que, embora a maior parte dos sacrifícios provenha efetivamente de ato singularizador da Administração, aqui e acolá a doutrina e a jurisprudência já têm reconhecido não ser esta uma característica inafastável. Admite-se, na atualidade, que sacrifícios de direitos possam ser impostos por atos de efeitos gerais. A esse tema, porém, retornaremos mais detalhadamente logo adiante, no item 2.3.

Por oposição às limitações administrativas de que acima se cuidou, a particularidade apontada como mais importante nos sacrifícios de direito seria o seu caráter indenizável. Mesmo tal aspecto, contudo, não é absoluto. García de Enterría, por exemplo, considera que o dever de indenizar somente estaria presente quando a medida de sacrifício de direito imposta ao particular gerasse, em contrapartida, um benefício econômico ou patrimonial à coletividade ou à Administração. Não havendo, pois, uma *inter-relação patrimonial* entre aquele que suporta o sacrifício e a Administração, não haveria de se cogitar de indenização. O renomado administrativista cita, como exemplo dessa situação, a *transferência coativa* de bens que, no direito espanhol, foi determinada pela Lei do Regime do Solo de 1998, na parte em que tratou do parcelamento urbanístico. Como dito pelo autor, no caso, a transferência coativa de determinados bens foi efetivada em favor dos próprios sujeitos afetados, o que excluiu o direito à indenização²⁰.

2.3 Critérios de distinção entre os sacrifícios e as limitações administrativas de direitos

A despeito de tudo o quanto acima restou dito acerca das limitações e dos sacrifícios de direito impostos em decorrência da atividade administrativa ordenadora, nem sempre é passível de determinação imediata a efetiva natureza da medida imposta pelo Poder Público. Com efeito, há situações em que não se pode identificar, de pronto, se a hipótese encerra um condicionamento de direito, não indenizável, ou um sacrifício, indenizável.

¹⁹ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e Dever de Indenizar. Cit., p. 68-9: "É lógico, portanto, que não se qualificam como limitações — e sim como sacrifícios de direito — as medidas que, diversamente do que foi exposto, se propusessem a irrogar particularizadamente gravames excepcionais a certos imóveis (...). Os sacrifícios de direito são impostos por providências legítimas, amparadas em disposições que permitem ao Poder Público, em nome de um interesse sobranceiro, fletir direitos alheios para realizar a satisfação de interesses públicos".

²⁰ **Curso de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2. p. 241. Em oposição a esse entendimento, SANTAMARÍA PASTOR vê, no caráter não-indenizável das transferências coativas determinadas pela Lei do Regime do Solo, uma mera decisão legislativa, plenamente alterável, "não tendo sua origem em nenhuma razão institucional". Cf. **Principios de Derecho Administrativo**, Ob. cit., v. 2. p. 283.

Não tem sido infreqüente, na verdade, que a Administração, por ignorância ou má-fé, se valha de medidas ou formas que ordinariamente são tidas como meras limitações para impor gravames que, na essência, representam autênticos sacrifícios de direito para o administrado. O surgimento de novas medidas de restrição ou privação de direitos também tem contribuído para conturbar ainda mais esse cenário. Situações dessa ordem, por sinal, têm sucedido no âmbito do direito ambiental, ramo em que proliferam novos instrumentos de intervenção administrativa, de controvertida natureza. Mostra-se, assim, de relevância dramática a completa sistematização dogmática do problema.

Nas últimas décadas, de fato, a busca de um critério distintivo preciso entre as limitações e os sacrifícios de direitos tornou-se questão tormentosa no direito administrativo, sobretudo à vista de seus importantes reflexos práticos. No passo em que se reconhece o caráter indenizável por essência dos sacrifícios de direitos e a não-indenizabilidade das limitações, é indispensável perquirir a exata distinção dessas espécies do exercício da atividade ordenadora de direitos pela Administração.

Na moderna doutrina brasileira, importante contribuição na sistematização do problema foi ofertada por Carlos Ari Sundfeld²¹. No estudo que dedicou ao tema, o ilustre professor paulista enumerou os três critérios mais referidos pela doutrina para distinguir os ditos sacrifícios dos condicionamentos de direitos impostos pela Administração. São estes os critérios da *transferência patrimonial*, o do *veículo da instituição do gravame* e o da *generalidade ou singularidade* da medida.

Segundo narrado pelo Prof. Sundfeld, parte da doutrina aponta a existência de sacrifício de direito diante da efetiva transferência patrimonial do bem. Ao contrário, haveria mera limitação caso o bem permanecesse no patrimônio do indivíduo. Para outros, ainda, os condicionamentos decorreriam de lei, enquanto as privações sempre seriam determinadas por atos concretos e específicos. E, por último, as limitações decorreriam de ato de alcance geral e os sacrifícios, de medidas de alcance singular sobre o direito individual.

Esse terceiro critério, que divisa os condicionamentos dos sacrifícios em função da generalidade ou não do ato que incide sobre o direito individual, é invocado no direito brasileiro por, entre outros, Celso Antonio Bandeira de Mello. De acordo com o renomado administrativista, "*só é realmente limitação aquela que resulta de disposições gerais que apanham uma abstrata categoria de bens (...) é da essência das limitações administrativas o serem genéricas e provirem de lei. Toda vez que seja necessário um ato concreto especificador (...) não se estará perante uma limitação, mas diante de um sacrifício de direito*"²².

²¹ Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 4. p. 79-83.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e Dever de Indenizar. Cit., p. 67-8.

O critério da generalidade e o da singularidade da medida procura, na realidade, resolver o problema da indenizabilidade dos sacrifícios e da não indenizabilidade dos condicionamentos tomando como base o princípio da solidariedade social. Assim, sempre que, para atender ao interesse público, se impuser a um particular o sacrifício específico de um direito seu, não experimentado pela generalidade dos concidadãos, surge para a sociedade o dever de indenizar este particular pelo prejuízo singular experimentado. Por oposição, se o ônus imposto sobre o direito é suportado pela generalidade dos indivíduos na mesma situação, não haverá que se cogitar de indenização²³.

Ao ver de Carlos Ari Sunfeld no estudo citado, todavia, nenhum dos três critérios acima apresentados apresenta solução integralmente satisfatória para o problema da distinção entre as limitações e os sacrifícios de direitos impostos pela Administração Pública. O autor afasta o critério da transferência patrimonial, na medida em que, conforme afirma, nem sempre o sacrifício atinge um bem corpóreo, além do que nem sempre gera a aquisição de direitos pela Administração que impõe o sacrifício. Já o critério do meio instituidor do gravame levaria em conta uma distinção meramente formal, deixando de considerar que os efeitos sobre o direito podem ser iguais, provenha o gravame de lei ou de ato administrativo (v.g. no caso do tombamento ou da desapropriação por lei)²⁴.

Já o critério da medida-geral e da medida-singular, embora seja o mais difundido na doutrina – e, na sua essência, não deva ser afastado –, não oferece solução isolada e absoluta para a distinção entre sacrifícios e condicionamentos de direitos. Com efeito, é preciso reconhecer que há casos em que gravames impostos singularmente não importam em sacrifícios do direito e há outros em que gravames de incidência genérica podem gerar direito à indenização. Além do mais, como novamente destaca Carlos Ari Sunfeld, não é precisa a distinção entre o que é geral e o que é particular²⁵.

Daí porque se faz necessário conjugar o critério da generalidade-singularidade ainda com um outro critério: o da **intensidade** do gravame imposto. Na lição do espanhol J. A. de Santamaría Pastor:

(...) as limitações, evidentemente, não podem ser indenizáveis quando possuam alcance geral ou quando, por sua intensidade, imponham às pessoas privadas gravames que não excedam aos inconvenientes normais que impõe a vida em sociedade (p. ex. a obrigação de desvio em uma rodovia por razão de obras). Porém o dever indeniza-

²³ Nesse sentido, o magistério de Hely Lopes MEIRELLES: "E justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo". In: Tombamento e Indenização. *Revista de Direito Administrativo*, v. 161, p. 5, 1985.

²⁴ **Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções**. Cit., p. 79-80.

²⁵ **Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções**. Cit., p. 80-1.

*tório se faz presente nos casos opostos de limitações singularizadas a sujeitos determinados, que suponham uma ruptura do princípio da igualdade ante às cargas públicas e que excedam os parâmetros de incômodo antes citados. Naturalmente, trata-se de indicações de uma grande abstração, que somente podem ser especificadas em cada caso concreto*²⁶.

Realmente, se o gravame imposto sobre o direito, ainda que por força de ato de alcance geral, for de tal intensidade que vier a afetar ou a suprimir o conteúdo mínimo ou essencial desse direito, configurará um sacrifício e, portanto, deverá ser indenizado pela Administração. Essa orientação, segundo E. García de Enterría, é adotada pelo Tribunal Constitucional Espanhol que, em decisão proferida acerca da validade da Lei espanhola de Águas – ato normativo que, em 1985, converteu em domínio público todas as águas do país, incluídas as que, até então, estavam no domínio privado –, assentou o seguinte (sentença de 29.11.1988):

*É óbvio que a delimitação legal do conteúdo de direitos patrimoniais ou a introdução de novas limitações não pode desconhecer seu conteúdo essencial, pois em tal caso não caberia falar de uma regulação geral de direito, mas de uma privação ou supressão do mesmo que, ainda que fixada por uma norma de modo generalizada, se traduzirá em um despojo de situações jurídicas individualizadas não tolerado pela norma constitucional salvo que assegure a indenização correspondente*²⁷.

Não têm discrepado de tal posicionamento a jurisprudência e a doutrina brasileira. Entre nós, contudo, para aferir a intensidade da medida geralmente a doutrina tem levado em conta o grau de preservação do valor ou da utilidade econômica do direito em função do gravame imposto²⁸. Nesse sentido, inclusive, já teve oportunidade de pronunciar-se o Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento de recurso interposto em demanda na qual se postulava o reconhecimento do direito à indenização em virtude do tombamento de imóvel pelo Poder Público. No acórdão, do qual foi Relator o Ministro Celso de Mello, foi consignada a seguinte decisão:

²⁶ **Principios de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2. p. 282.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2, p. 217-8.

²⁸ Cf., por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. **Tombamento e Indenização**. Cit., p. 4-5: "Toda vez que o poder público, direta ou indiretamente, produz total esvaziamento econômico da propriedade ou reduz substancialmente o valor do bem tombado, fica obrigado a reparar o prejuízo. Não se trata aqui de simples limitação administrativa, mas sim de interdição da propriedade ou de desvalorização sensível de sua utilidade, aviltando o seu valor econômico"; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Tombamento e Dever de Indenizar**. Cit., p. 66: "Por isso, (salvo quando possuírem caráter sancionador), se (as limitações à propriedade) causarem prejuízo patrimonial, impõem indenização ao lesado, nada obstante sejam, sob esta condição indenizatória, confortadas pelo direito (...) Encartam-se na categoria tipológica denominada 'sacrifícios de direito', realidade conceitual visceralmente distinta das limitações à propriedade".

O tombamento quando importar esvaziamento do valor econômico da propriedade impõe ao Estado o dever de indenizar.

(...)

A circunstância irrecusável é que, tal como ressaltado pelo magistério de nossa mais autorizada doutrina, sempre que o tombamento importar em esvaziamento econômico da propriedade — tal como no caso ocorreu —, desse fato emergirá, como insuprível consequência de ordem jurídico-constitucional, o dever estatal de indenizar o proprietário do bem tombado (...). (STF – Agravo de Instrumento 127.174 – j. em 10.05.1995. RDA 200/158)

Nem sempre, todavia, é necessário recorrer a critérios econômicos para aferir a efetiva existência de um sacrifício de direito e, por conseguinte, do dever de indenizar pelo Poder Público. O sacrifício poderá ser constatado, à revelia de considerações econômicas, pela mera inviabilidade de exercício do direito para os fins aos quais naturalmente se destinaria ou consoante a destinação social que lhe seja conferida. Em suma, quando houver a perda da *funcionalidade* do direito²⁹.

Note-se que, tanto quanto um gravame administrativo de alcance aparentemente geral pode ensejar direito à indenização, algumas restrições particularizadoras poderão ser consideradas como meros condicionamentos de direitos e, por isso, não serão indenizáveis. Basta, para isso, que o gravame imposto não exceda daqueles parâmetros tidos como *normais* para vida em sociedade. Tais são os gravames suportáveis, pela sua baixa intensidade, extensão ou duração, sem maiores incômodos ou prejuízos para o particular, ao contrário do que ocorre no caso dos sacrifícios de direitos. Gravame *normal*, afirma Carlos Ari Sundfeld, é aquele “*tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social, ou que não provoca prejuízo ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão*”³⁰.

Nesse sentido, por exemplo, o reconhecimento da doutrina brasileira majoritária do caráter não indenizável do tombamento de bens quando este ato não importar no esvaziamento econômico do direito de propriedade, nem provocar a alteração da destinação natural do bem. Assim não obstante o ato de tombamento incida de ordinário sobre bem ou bens singularizados³¹.

Do exposto parece lícito concluir que a designação de uma limitação administrativa de direito como *condicionamento* ou como *sacrifício* de direito não é absolutamente predeterminável em função de características abstratas de cada ato. Ao contrário, somente poderá ser determinada em função de cada hipótese em concreto, com o auxílio dos vários critérios acima apontados: da ge-

²⁹ Cf. Carlos Ari SUNDFELD. *Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções*. Cit., p. 82.

³⁰ *Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções*. Cit., p. 83.

³¹ Assim, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 132; MEIRELLES, Hely Lopes. *Tombamento e Indenização*. Cit., p. 2.

neralidade-singularidade, da intensidade, da funcionalidade e da normalidade. Esses critérios, por sua vez, não poderão ser tomados isoladamente, mas sim em conjunto. Apenas depois de percorrido esse processo intelectual será possível apontar o caráter indenizável ou não do gravame imposto pelo Poder Público.

3 LIMITES ÀS INTERVENÇÕES ORDENADORAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE OS DIREITOS PRIVADOS

A atividade estatal de limitação (em sentido amplo) dos direitos individuais encontra seus próprios e específicos limites em alguns princípios de estatura constitucional³².

O primeiro e maior desses limites é formal e decorre da aplicação do princípio da legalidade administrativa. Como mais atrás já se afirmou, é no campo das incidências negativas da Administração sobre os direitos individuais que o princípio da legalidade administrativa, sob a forma da reserva de lei, incide com sua maior intensidade. Assim, somente por lei ou com base em prede-terminação legal específica para a hipótese, devidamente permitida pelo texto constitucional, pode a Administração gravar restritivamente os direitos dos cidadãos³³.

Mas somente a predeterminação legal específica para a imposição da medida gravosa não basta para assegurar a constitucionalidade da restrição de direito. O ato ou a norma restritiva, a fim de assegurar sua própria constitucionalidade, há de observar ainda aspectos relacionados ao seu conteúdo material sob a ótica do princípio da razoabilidade (nas três concretizações desse princípio: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito)³⁴.

Assim, uma medida administrativa de restrição ou de privação de direito, para ter a sua constitucionalidade assegurada, deve ser apropriada para atingir os fins de interesse público que fundamentam a sua imposição (sub-princípio da adequação). Seria, por exemplo, inconstitucional, por inadequação entre os meios e os fins, um ato do Poder Público que, com o objetivo de diminuir o número de acidentes de trânsito, vedasse as mulheres de guiar automóveis.

Além disso, na aplicação do sub-princípio da necessidade, a medida imposta pelo Poder Público não pode exceder àquela que seria exigível ou necessária

³² Nesse sentido, cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. Ob. cit., p. 70.

³³ Esse o entendimento de José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 4. ed., ref. e aum. Coimbra: Almedina, 1989. p. 483-4: “O legislador não tem, no ordenamento jurídico-constitucional português, uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias. A Constituição individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. (...) Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei”.

³⁴ A propósito, SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. *Principios de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2. p. 260-263 e 281; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 487-489.

para assegurar o atendimento do fim de interesse público. Logo, seria excessivo e, por isso, inconstitucional, um ato expropriatório de um imóvel a fim de que nele funcionasse uma seção eleitoral no dia da eleição. A privação do direito, nesse caso, é desnecessária, podendo ser perfeitamente atendido o fim público com a determinação da ocupação temporária do imóvel³⁵.

Por último, uma limitação ou um sacrifício de direitos serão inconstitucionais quando violarem a proporcionalidade em sentido estrito, adotando restrições desmedidas em relação aos fins a serem atendidos. Assim será, exemplificativamente, se, com o objetivo de proteção do espelho d'água e do entorno de uma determinada lagoa, o Poder Público criar uma área de proteção ambiental que alcance terrenos que se situam para mais de cinco quilômetros do espelho d'água. A medida nesse caso é adequada e necessária, mas será excessiva no que exceder da área que demanda proteção.

4 AS LIMITAÇÕES E OS SACRIFÍCIOS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Tudo o quanto até aqui restou exposto acerca dos condicionamentos e dos sacrifícios de direitos tem especial relevância no âmbito do direito à propriedade privada.

Na verdade, é tradicional que a doutrina em direito administrativo no país trate da questão das limitações administrativas a direitos individuais em dois capítulos distintos: naquele referente ao poder de polícia administrativa e, ainda, naquele que dedica exclusivamente às formas de intervenção do Estado na propriedade privada. Tal separação, no fundo, há de se atribuir mais a aspectos didático-expositivos do que propriamente à existência de distinções quanto à natureza das formas de atuação interventiva da Administração Pública quer se trate do direito de propriedade, quer se trate dos demais direitos e liberdades individuais.

De qualquer modo, não há como negar o crescimento da incidência da atuação administrativa interventora sobre o direito de propriedade privada no decorrer das últimas décadas em virtude do aprofundamento da noção da função social da propriedade. Noção essa que acabou positivada no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, passando a se apresentar como uma autêntica delimitação do direito³⁶. Nos dias atuais, ante a necessidade de se atender à função social prevista na norma constitucional, é imperioso reconhecer que a

³⁵ Trata-se, nas palavras de SANTAMARIA PASTOR, da aplicação do princípio *favor libertatis*, "segundo o qual, quando a norma que estabelece o poder de intervenção pode razoavelmente optar entre várias medidas alternativas para conseguir sua finalidade ordenadora, deve necessariamente eleger a que resulte menos restritiva da liberdade individual dos sujeitos sobre os quais será aplicada". **Princípios de Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 2, p. 262 (tradução do original).

³⁶ Veja-se, a propósito, o item 2.1, acima.

propriedade privada se acha mais e mais constricta a dar conta de diversas finalidades de interesse público, somente sendo assegurada na medida em que forem atingidos tais fins³⁷.

Constatando o caráter cada vez mais limitado do direito de propriedade privada, o espanhol Ramón Parada refere à existência de um terceiro gênero à tradicional dicotomia dos regimes de propriedade pública e de propriedade privada. Essa categoria nova seria representada pelas chamadas *propiedades privadas de interesse público*, identificada pela doutrina italiana. Como ensina o autor:

A óbvia constatação de que os bens da Administração pelo fato mesmo de pertencerem a um Ente público sempre servem a alguma finalidade de interesse geral (...) não significa que os bens dos particulares sejam estranhos à satisfação dos interesses públicos, pois o ordenamento jurídico, cada vez com mais frequência, insiste na função social da propriedade e impõe aos titulares de determinados bens, obrigações pessoais de melhora ou produção, sob ameaça de sanções diversas, como a desapropriação.

(...)

*Ademais, sobre determinadas propriedades privadas a incidência do interesse público é tão intensa que ao regime normal da propriedade privada se justapõe um regime público (...) na realidade, a propriedade privada está inerte frente a uma lenta progressão dessas limitações que (...) a esvaziam pouco a pouco de seus conteúdos econômicos, substituindo-lhe um a um os aproveitamentos de que era tradicionalmente suscetível (...)*³⁸.

No direito administrativo brasileiro, a doutrina normalmente identifica, como formas de intervenção do estado sobre a propriedade privada, as limitações administrativas em sentido estrito, a ocupação temporária, as requisições de bens, civis e militares, o tombamento, a edificação e o parcelamento compulsórios, as servidões administrativas e a desapropriação. Em regra, apenas as duas últimas são apontadas como sacrifícios de direitos e, por isso, assegurariam o respectivo direito à indenização. Todas as demais são designadas como meros condicionamentos, em maior ou menor grau, do direito de propriedade.

Contudo, pelo exposto até aqui, é possível concluir que essa divisão tradicional não é absoluta. Haverá casos, como visto, em que medidas aparentemente designadas como meras limitações em sentido estrito ou mesmo atos de tombamento serão reconhecidos como sacrifícios de direitos em função da *intensidade* com que, em concreto, venham a atingir o direito de propriedade³⁹.

³⁷ Sobre o tema da vinculação do direito de propriedade ao atendimento de sua função social, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 121-124.

³⁸ **Derecho Administrativo**. Ob. cit., v. 3, p. 12-3.

³⁹ Cf. o item 2.3, acima.

Por último, parece relevante referir brevemente a um caso específico de sacrifício relacionado ao direito de propriedade que, usualmente, não é analisado sob tal enfoque: trata-se do problema da revogação da licença para construir.

Como amplamente reconhecido, a concessão da licença para construir é um direito subjetivo do proprietário do imóvel que se submete aos regulamentos edilícios⁴⁰. Costuma-se dizer, com efeito, que a licença para construir é um ato vinculado ao atendimento dos requisitos normativos, cuja concessão, comprovado o cumprimento desses requisitos, gera direito adquirido ao proprietário à construção licenciada.

Sucede, no entanto, que, não obstante o caráter vinculado da licença – o que, a princípio, afastaria sua revogabilidade baseada em razões de mérito ou interesse público –, a jurisprudência, não é de hoje, tem admitido a *revogação*, por motivo de interesse público, de licenças para construir validamente concedidas⁴¹. Tal revogação vem sendo aceita em duas circunstâncias: (a) quando ocorre uma alteração superveniente nas regras de direito objetivo que autorizaram a concessão da licença; e (b) por razões de mérito alegadas pela Administração no caso concreto, usualmente fundadas na alteração das circunstâncias de fato existentes no momento em que concedida a licença.

Tal revogabilidade, porém, não é ampla. Ao contrário, guarda limites que lhe tornam minimamente compatíveis com a estabilidade que se espera de uma licença a fim de conferir segurança jurídica aos proprietários. Assim, não são revogáveis as licenças para construir quando a construção já começou a ser executada⁴². Como destaca Juan Carlos Cassagne, “*procede-se desse modo em virtude da incorporação do direito ao patrimônio do administrado e, no mérito, porque ela opera sobre o direito individual de domínio*”⁴³. Da mesma forma, impõe-se que o interesse público que enseja a revogação seja de igual ordem ou natureza que aquele que motivou o deferimento do ato. Logo, como assinala o administrativista argentino, uma licença para construir somente poderia ser revogada “*por questões urbanísticas*”⁴⁴.

⁴⁰ A propósito, v. CASSAGNE, Juan Carlos. A autorização para Construir e o Poder Revocatório da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 135, 1979. p. 11 e ss.

⁴¹ A título exemplificativo, confira-se a seguinte decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: **Licença para Construir. Revogação. Obra não iniciada. Legislação Estadual Posterior. I – Competência do estado federado para legislar sobre áreas e locais de interesse turístico, visando à proteção do patrimônio paisagístico (CF, art. 180). Inocorrência de ofensa ao art. 15 da Constituição Federal. II – Antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da administração pública, sem que valha o argumento do direito adquirido. Precedentes do supremo tribunal. Recurso extraordinário não conhecido. (STF – RE 105634/PR – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Rezek – votação unânime – DJ 08.11.1985. p. 20.107).**

⁴² No Brasil, divergem os julgados sobre a fixação do momento em que se deve considerar como iniciada a obra para efeito da admissibilidade da revogação da licença para construir: seja com o início dos trabalhos de terraplanagem e de sondagem, com a realização das fundações ou com a construção da primeira laje. Os limites do presente estudo, porém, não comportam o aprofundamento deste aspecto do problema.

⁴³ **A autorização para Construir e o Poder Revocatório da Administração.** Cit., p. 20.

⁴⁴ *Idem, ibidem.*

Em qualquer hipótese, porém, reconhece-se que a revogação de uma licença para construir confere ao proprietário o direito de ser indenizado – para J. C. Cassagne, o de ser indenizado *previamente* – em virtude do efetivo sacrifício de seu direito para o atendimento do interesse geral⁴⁵. Confere-se, com isso, ao ato revogatório da licença de construção um conteúdo expropriatório do direito do proprietário em benefício do interesse público. E, portanto, tal como ocorre nas desapropriações, assegura-se o direito à indenização correspondente aos prejuízos experimentados⁴⁶.

Note-se que o fundamento do direito à indenização nesse caso é idêntico ao que motiva a indenização em todos demais casos de sacrifícios de direito impostos pelo Poder Público no exercício da atividade administrativa ordenadora: o fato de que a sociedade deve indenizar aqueles aos quais impõe o sacrifício particular de um direito em benefício do interesse comum.

5 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e Dever de Indenizar. *Revista de Direito Público*, v. 81.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed., ref. e aum. Coimbra: Almedina, 1989.

CASSAGNE, Juan Carlos. A autorização para Construir e o Poder Revocatório da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 135, p. 10-22, 1979.

_____. *La Intervención Administrativa*. 2. ed., atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. 2 t.

MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e Indenização. *Revista de Direito Administrativo*, v. 161, p. 1-6, 1985.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. *Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. 3 v.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. *Principios de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: CEURA, 2000. 2 v.

SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 4.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. *Revista de Direito Administrativo*, v. 197, p. 1-11.

⁴⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁶ Essa também é a doutrina de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que, assim como CASSAGNE, expressamente atribui conteúdo expropriatório, de sacrifício de direito, ao ato de revogação de licença de construção mediante prévio pagamento. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit., v. 2. p. 248.

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO DIREITO FINANCEIRO¹

Ricardo Lobo Torres²

Sumário: 1. Introdução; 2. A transparência na atividade financeira; 3. O princípio da transparência e os riscos fiscais provocados pelo contribuinte; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

1.1 A Transparência Fiscal

A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à Sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não-governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielisivas, da abertura do sigilo bancário e do combate à corrupção.

Analisaremos a seguir o quadro político e econômico no qual surge o princípio ético-jurídico da transparência fiscal, especificamente as questões do Estado Subsidiário, da sociedade de risco e da globalização. Nas seções ulteriores examinaremos problemas pontuais ligados ao orçamento, à Lei de Responsabilidade Fiscal, ao Código de Defesa do Contribuinte, às normas antielisivas, às regras anti-sigilo e ao controle da corrupção.

1.2 Ética e Direito

A reaproximação entre ética e direito, no plano do imperativo categórico, faz com que os princípios jurídicos correspondam sempre a princípios morais³,

¹ Publicado na *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. VIII, Rio de Janeiro, 2001, p. 133-156 e na *Revista Eletrônica da AGU* (<www.agu.gov.br>).

² Professor Titular de Direito Financeiro na UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário*. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET*. Vitória: Consultime/Max Limonad, 1998. p. 683.

que, sendo pré-constitucionais, legitimam o próprio ordenamento jurídico. Na moderna democracia deliberativa o direito não se justifica a si próprio, senão que vai buscar fora de si, nos princípios morais, a sua razão de ser.

A transparência, como princípio formal, que permeia os princípios possuidores de conteúdo, sejam os vinculados à justiça, sejam os ligados à segurança jurídica, exerce também papel legitimador. Orienta a positivação das normas jurídicas segundo as idéias de clareza, abertura e simplicidade.

O princípio da transparência fiscal, embora não proclamado explicitamente na Constituição, impregna todos os outros princípios constitucionais e se irradia inclusive para o campo da elaboração das normas infraconstitucionais.

1.3 Estado Subsidiário

O Estado Democrático e Social de Direito vai se afirmando, cada vez mais, como Estado Subsidiário. No Brasil essa característica fica muito clara a partir das reformas constitucionais da década de 90.

O Estado Subsidiário reflete um novo relacionamento entre Estado e Sociedade, no qual a Sociedade tem a primazia na solução dos seus problemas, só devendo recorrer ao Estado de forma subsidiária⁵. Observou Klaus Tipke que o Estado não possui dinheiro originariamente (*Der Staat selbst hat kein Geld*) e que sua missão se reduz a tirar parcimoniosamente recursos da camada mais rica da população para repassá-los à mais pobre, observando os postulados da justiça⁶. O Estado Subsidiário vem substituir historicamente o Estado de Bem-estar Social, no qual havia a predominância do Estado sobre a Sociedade ou até uma certa simbiose entre ambos. Remotamente se estrema do Estado Liberal Clássico ou do Estado Guarda-Noturno, que privilegiava a liberdade individual e no qual o indivíduo tinha a preeminência diante do organismo estatal.

O dever de transparência incumbe ao Estado, subsidiariamente, e à Sociedade.

⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. *A Constituição da Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 82.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 44: "Esses dois momentos, o da *fundação* e o do *ressurgimento* do Estado Liberal, têm seus carismas próprios: a fundação se caracterizou pelo primado das manifestações de liberdade do indivíduo e pelo emprego direto da fonte de direito estatal para lograr-se a proteção de certos interesses caracterizados como públicos, o que explicava a ênfase na construção do Estado de Direito, enquanto que o ressurgimento do Estado Liberal se caracteriza pelo primado das manifestações de liberdade da sociedade e pela acolhida das fontes alternativas de direito por elas garadas para a proteção de novas configurações de interesses, o que justifica a ênfase na construção do Estado Democrático".

⁶ Über richtiges Steuerrechts. *Steuer und Wirtschaft* 65 (3): 281, 1988: "O Estado é o intermediário entre o cidadão contribuinte (*gebenden Bürger*) e o cidadão beneficiário (*nehmenden Bürger*). Se o cidadão pudesse exigir diretamente do seu concidadão as prestações sociais e as subvenções, talvez se lhe tornasse evidente que não se deve exigir mais de estranhos (contribuintes) do que de seus parentes próximos – antes pelo contrário".

A sociedade deve agir de tal forma transparente que no seu relacionamento com o Estado desapareça a opacidade dos segredos e da conduta abusiva fundada na prevalência da forma sobre o conteúdo dos negócios jurídicos.

O Estado, por seu turno, deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura, tanto na legislação instituidora de impostos, taxas, contribuições e empréstimos como na feitura do orçamento e no controle da sua execução.

1.4 Sociedade de Risco

O Estado Subsidiário é o Estado da Sociedade de Risco, assim como o Estado de Bem-estar Social, na expressão de Forsthoff⁷, foi o Estado da Sociedade Industrial, que entrou em crise pela voracidade na extração de recursos financeiros da sociedade para financiar as políticas desenvolvimentistas e o pleno emprego. Não se cuida de um Estado Pós-moderno, que passe a se conduzir pelos mecanismos da deslegalização, da desregulamentação ou da autoregulação⁸, mas de um Estado Pós-positivista, ainda no âmbito da modernidade, que procura pautar as suas ações com base no princípio da transparência, para superar os *riscos sociais*.

A sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.

A ambivalência aparece diante da impossibilidade de que da execução de políticas públicas surja sempre o consenso por parte dos cidadãos. Há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-estar Social, mas também de malefícios, como se dá, por exemplo, na construção de vias expressas ou de instalações nucleares. O sociólogo Ulrich Beck disserta:

Administrações de todos os níveis vêm-se em confronto com o fato de que o que planejamos ser um benefício para todos é percebido como uma praga por alguns e sofre a sua oposição. Por isso tanto eles quanto os especialistas em instalações industriais e os institutos de pesquisa perderam sua orientação. Estão convencidos de que elaboraram esses planos 'racionalmente', com o máximo do seu conhecimento e de suas habilidades, considerando o 'bem público'. Nisso, no entanto, eles descuram a ambivalência envolvida. Lutam contra a ambivalência com os velhos meios da não-ambigüidade.

⁷ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

⁸ Cf. REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia. Reflexões sobre a Pós-Modernidade na Teoria Jurídica. *Revista de Direito Público* 94: 280, 1990.

⁹ A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernização Reflexiva. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997. p. 42. Cf. tb. GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco. Vinculos com o Futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 192: "... a estrutura da

Da *ambivalência* e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de *segurança*. A idéia de *segurança jurídica*, prevaemente no Estado Liberal Clássico, que tinha por objetivo a proteção dos direitos individuais do cidadão, começa a ser contrabalançada no Estado de Bem-estar Social com a de *segurança social* (*rectius*: seguridade social) e culmina, no Estado Subsidiário, com a de seguro social¹⁰. Os riscos e a insegurança da sociedade hodierna não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança social, econômica e ambiental. A solidariedade social e a solidariedade do grupo passam a fundamentar as exações necessárias ao financiamento das garantias da segurança social¹¹. Habermas chega a falar em uma nova dimensão estatal, a do Estado de Segurança (*Sicherheitsstaat*), fundada no princípio da solidariedade¹².

Uma outra característica marcante da sociedade de risco é que nela as *instituições políticas* e as *instituições sociais* entram em novo relacionamento. O Ministério Público e o Judiciário passam a exercer papel mais ativo na defesa dos direitos difusos, em cooperação com as instituições sociais, afastando-se da missão neutra que desempenhavam na sociedade industrial¹³. A sociedade de riscos, com a pluralidade de interesses em jogo, é necessariamente uma sociedade litigiosa¹⁴.

A *transparência* é o melhor princípio para a superação das ambivalências da sociedade de risco. Só quando se devenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos, é que se supera a insegurança. O exemplo encontradido na temática dos riscos sociais é o do contraste entre o avião e o automóvel: o avião é meio mais seguro de transporte do que o automóvel; entretanto as pessoas têm mais receio daquele do que deste; a explicação

sociedade moderna é paradoxal e esta paradoxalidade pode ser assim indicada: na sociedade contemporânea reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. Ou pode-se mesmo dizer: nesta sociedade há, simultaneamente mais igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação; mais riqueza e, ao mesmo tempo, mais pobreza".

¹⁰ Cf. ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983. p. 22: "Também a segurança social (*soziale Sicherheit*) possui elementos do *status positivus*; entretanto se afasta da segurança física, da cidadania. Não se dirige à incolumidade dos direitos, mas à auto-afirmação econômica na sociedade. Não se relaciona com as violações do direito (*Rechtsverletzungen*), mas com os riscos da vida (*Lebensrisiken*), que ameaçam a necessidade de proteção social contra a doença, acidentes, velhice e desemprego".

¹¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e Justiça Fiscal. In: *Estudos em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhoa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 299-306.

¹² *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992. p. 525.

¹³ Cf. BECK, U. *Op. cit.*, p. 29: "A ordem judicial não estimula mais a paz social, pois sanciona e legitima as desvantagens juntamente com as ameaças e assim por diante".

¹⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*, cit., p. 45 "... o ressurgimento do Estado Liberal se caracteriza pelo primado das manifestações de liberdade da sociedade e pela acolhida das fontes alternativas de direito por ela geradas para a proteção das novas configurações de interesses, o que justifica a ênfase na construção do Estado Democrático. São eles, certamente, tanto a consciência das novas manifestações de liberdade quanto essas novas considerações de interesses, fatores ponderáveis que vêm atuando para inundar de demandas os sistemas judiciários onde tais mudanças vieram ou estão a ocorrer".

está em que o motorista sente segurança na condução do seu automóvel, cujo funcionamento ele domina, o que não acontece com as aeronaves¹⁵.

O mesmo raciocínio vale para os *riscos fiscais*. Só a transparência na atividade financeira e na conduta do cidadão pode superá-los. O risco fiscal na atividade financeira surge do descontrole orçamentário, da gestão irresponsável de recursos públicos, da corrupção dos agentes do Estado etc.; a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Código de Defesa do Contribuinte, este último em andamento no Congresso Nacional, têm o objetivo de prevenir os riscos fiscais na vertente do Estado. O risco fiscal pode decorrer também da conduta do contribuinte, pelo abuso da forma jurídica no planejamento dos seus negócios ou na organização de sua empresa, pela sonegação e pela corrupção no trato com os funcionários da Fazenda; as normas antielisivas e anti-sigilo, que foram introduzidas em diversos países na década de 90 e que começam a chegar ao Brasil, representam a tentativa do legislador no sentido de prevenir os riscos fiscais provocados pelo contribuinte.

1.5 A Globalização

A globalização traz diversas conseqüências no plano da transparência fiscal, principalmente em decorrência da ambivalência que a cerca. A globalização produz a riqueza no plano universal e a pobreza no domínio local¹⁶. Fortalece a cidadania mundial, pela afirmação dos direitos fundamentais; mas cria a miséria e a pobreza para a maior parte da população, o que postula a abertura da cidadania local à dimensão reivindicatória dos direitos sociais, sujeitos à concessão legislativa e ao reconhecimento orçamentário¹⁷. Torna ameaçadores os riscos fiscais, assim pela insegurança dos capitais voláteis quanto pela diminuição da carga tributária das multinacionais. A *transparência fiscal*, como mecanismo de superação das contradições da globalização, entra simultaneamente no discurso das *entidades supranacionais* e das *organizações locais*.

1.5.1 Entidades Supranacionais

Alguns organismos supranacionais aderem à luta pela transparência fiscal.

O Banco Mundial, acusado de conduta opaca na concessão de empréstimos aos países em desenvolvimento, principalmente em virtude dos efeitos nega-

¹⁵ Cf. BRIN, David. *The Transparent Society. Will Technology Force us to choose between Privacy and Freedom?* Massachusetts: Perseus Books, 1998. p. 155.

¹⁶ Cf. BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo*: Respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 199. p. 106 denuncia "uma nova polarização e estratificação da população mundial em ricos globalizados e pobres localizados"; BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as Conseqüências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 25.

¹⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 298 e seguintes.

tivos sobre o meio ambiente, começa a mudar a sua posição a partir dos anos 90, na procura de maior transparência. Por pressão de organizações não-governamentais internacionais o Banco Mundial adotou em 1994 a política de abertura das informações (*information disclosure policy*), ao fito de colocar no domínio público os documentos antes considerados confidenciais e de incentivar a participação pública e o debate sobre o processo de desenvolvimento¹⁸.

O Fundo Monetário Internacional aprovou, em 16.04.1998, o “Code of Good Practices on Fiscal Transparency – Declaration of Principles”, que “representa o modelo de transparência fiscal que é julgada apropriada para assegurar ao público e ao mercado que o desenho claro da estrutura e das finanças do governo é eficaz e que a saída da política fiscal pode ser estabelecida de forma confiável”¹⁹. O Code of Good Practices contém quatro grandes princípios, com inúmeras subdivisões:

1. Clareza de Competência e Responsabilidades.

1.1 O setor governamental deve se distinguir claramente do resto da economia, e a competência política e administrativa dentro do governo deve ser bem definida.

1.2 Haverá o claro enquadramento legal e administrativo para a atividade fiscal.

2. Disponibilidade pública da informação.

2.1 O público deverá ser plenamente informado da atividade fiscal do governo passada, presente e projetada.

2.2 As informações fiscais devem ser publicadas regularmente (*timely*).

3. Preparação, execução e relatório do orçamento aberto.

3.1 A documentação do orçamento deve especificar os objetivos de política fiscal, o enquadramento macroeconômico, a base política para o orçamento e os riscos fiscais mais importantes.

3.2 Os dados do orçamento devem ser classificados e apresentados de forma a facilitar a análise política e a promover a responsabilidade (*accountability*).

3.3 Os procedimentos para execução e monitoramento das despesas aprovadas devem ser especificados claramente.

3.4 O relatório fiscal deve ser periódico, compreensivo e confiável, e deve identificar os desvios do orçamento.

4. A integridade da informação fiscal deve ser sujeita à auditoria pública e independente.

A OCDE, da qual não participa o Brasil, também vem exercendo profícua atividade na defesa da transparência fiscal. Elaborou o modelo de Convenção, estampando no art. 9º o princípio *arm's length*, que teve por objetivo evitar a

¹⁸ Cf. FOX, Jonathan A.; BROWN, L. David. *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOS, and Grassroots Movements*. Cambridge: The Mit Press, 1998. p. 275.

¹⁹ Disponível em: <www.imf.org/external>.

elisão fiscal nos preços de transferência. Divulgou e coordenou publicações sobre as leis de responsabilidade fiscal adotadas por diversos países, inclusive a Nova Zelândia e a Austrália. Vem se destacando no combate à corrupção, como se pode ver pela “Convenção para o Combate ao Suborno dos Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais”²⁰.

1.5.2 Organismos Locais

O princípio da transparência, afirmado na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal, vai entrando com muita força no plano da legislação ordinária e da prática administrativa dos órgãos do Governo Federal.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em discurso proferido em 21.08.2000, por ocasião da solenidade de assinatura do Código de Conduta da Alta Administração Federal, afirmou: “Transparência, ética na vida pública e parceria são palavras-chave para quem quer reforçar os elos entre governo e sociedade na era da informação redicalizando a democracia”²¹.

Diversas medidas, no âmbito de atuação dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda, vêm sendo adotadas ou propostas²²:

- anteprojeto de emenda à Constituição que “modifica e dispõe sobre o controle interno e externo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, o processo orçamentário e a transparência fiscal”;
- anteprojeto de lei complementar que “institui normas gerais de direito financeiro para o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”;
- Código de Conduta da Alta Administração Federal, elaborado pela Comissão de Ética Pública – CEP criada por Decreto de 26.05.1999.

2 A TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE FINANCEIRA

Os riscos fiscais inerentes à atividade financeira do Estado devem ser evitados pela adesão ao princípio da transparência, que inspira a elaboração do orçamento, o controle das renúncias de receita, a gestão orçamentária responsável, a declaração de direitos do contribuinte e o combate à corrupção.

²⁰ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction, assinada em 17.12.1997.

²¹ Disponível em: <www.planejamento.gov.br/transparente.htm>.

²² Ver nota supra.

2.1 As Renúncias de Receita

O princípio da transparência recomenda que o orçamento organize as entradas e as despesas com clareza e fidelidade. Condena as classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos ou camuflados²³.

A CF 88 deu grande destaque ao princípio da clareza ou da transparência. Determina, no art. 165, § 6º, que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, medida que se complementa com o controle interno e externo da aplicação das subvenções e renúncias de receita (art. 70).

Esse princípio da transparência é importantíssimo para o equilíbrio orçamentário e abrange qualquer privilégio, ainda que sob a forma de renúncia de receita, de subvenção ou de restituição-incentivo. Modernizou-se, assim, a Constituição brasileira, não permitindo mais que parem dúvidas, como acontecia aqui e no estrangeiro²⁴, sobre a necessidade da inclusão no orçamento fiscal de subsídios, subvenções e outros benefícios, relativos aos impostos ou embutidos nos juros, alguns dos quais antes se incluíam no orçamento monetário. Ainda mais que cresceu a desconfiança sobre a virtude de tais incentivos para o desenvolvimento econômico e o bem-estar do povo, não sendo raro que se transformem em uma *perverse fiscal policy*²⁵. Estão sob a suspeita de ilegitimidade.

Renúncia de receita, expressão utilizada pelo art. 70 da Constituição Federal, abrange todos os mecanismos fiscais em que se podem converter os itens de despesa pública consubstanciados nas subvenções, nos subsídios e nas restituições a título de incentivo. Tais despesas (subsídios, subvenções e restituições) podem ser camufladas sob a forma de renúncia de receita (isenções, créditos fiscais dos impostos diretos, créditos-incentivo dos impostos não-cumulativos, deduções, diminuição de base de cálculo ou alíquota), eis que todos esses mecanismos financeiros produzem o mesmo resultado: o enriquecimento do contribuinte e o empobrecimento do Estado. O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe regulamentação mais rígida da matéria, ao exigir que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orça-

²³ Cf. NEUMARK, Fritz. Theorie und Praxis der Budgetgestaltung. In: GERLOFF & _____. *Handbuch der Finanzwissenschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1952. p. 554-605.

²⁴ Cf. CARRILLO DE ALBERNOZ, Antonio Jimenez-Blanco. La Funcion Legislativa y la Reserva de Administración: Notas sobre un Nuevo Concepto. In: *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987. v. 2. p. 1.450; KAREHNKE, Helmut. Subventionen und ihre Kontrolle. Möglichkeiten und Grenzen. DÖV 1975. p. 633; STARCK, Christian. *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979. p. 398; JOOS, Gerhard. Subventionsrecht. In: KLEIN, Franz (Ed.). *Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts*. Darmstadt: Luchterhand, 1987. p. 311; BELLSTEDT, Christoph. Bedürfen Subventionen Gesetzlichen Grundlage? DÖV 1961. p. 161.

²⁵ Cf. MEHL, Lucien. *Elementos de Ciência Fiscal*. Barcelona: Bosch, 1964. p. 298; LANG, Joachim. Gemeinnützigkeitsabhängige Steuervergünstigungen. *Steuer und Wirtschaft* 1987. p. 223.

mentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e demais condições nele estabelecidas. O “*Orçamento de Renúncias Fiscais e Subsídios da União*”, recentemente elaborado pela Secretaria de Política Econômica da Fazenda, mostra o exagero que ainda existe na concessão de subsídios e renúncias, principalmente à exportação, e pode servir de exemplo de defesa da transparência fiscal²⁶.

O trabalho dos americanos Stanley S. Surrey e Paul R. Mc Daniel²⁷, ao denominar de “gasto tributário” (*tax expenditure*) o incentivo sediado na receita e equipará-lo ao verdadeiro gasto representado na despesa (subvenção), contribuiu decisivamente para clarear o assunto, repercutindo sobre a doutrina, a legislação e a jurisprudência de diversos países e fazendo com que o próprio orçamento dos Estados Unidos, após 1975, passasse a conter uma análise especial intitulada “*Tax Expenditures*”, que motivou o art. 165, § 6º, da CF.

2.2 A Responsabilidade Fiscal

O princípio da transparência aparece também amalgamado ao da responsabilidade fiscal (*accountability*)²⁸, constituindo mesmo um subprincípio deste.

O princípio da responsabilidade, de longa tradição no direito orçamentário anglo-americano, adquire extraordinária relevância nos últimos anos na legislação da Nova Zelândia e de outros países da OCDE. Começa a ingressar no Brasil por intermédio da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101, de 04.05.2000).

O princípio da responsabilidade, ou, mais especificamente, a responsabilidade fiscal, corresponde ao conceito de *accountability*, de difícil tradução para o português. Aproxima-se do sentido de uma responsabilidade pela eficiente gerência de recursos públicos.

Ruth Richardson, ex-Ministra das Finanças da Nova Zelândia (1990-1993), oferece a seguinte explicação de *accountability*:

o conceito de accountability precisa ser tão fundamental para o setor público quanto o é para o setor privado. Para ter sentido, a accountability precisa envolver níveis específicos de desempenho, liberdade administrativa para buscar os resultados e sanções por falhas. Portanto, uma relação efetiva de accountability exige: especificação antecipada dos níveis de desempenho; autoridade para determinar como os recursos

²⁶ O Globo de 26 dez. 2000.

²⁷ *Tax Expenditures*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 1.

²⁸ Cf. BRIN, D. *Op. cit.*, p. 156; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. *Revista de Direito Administrativo* 221: 92, 2000: “... a sindicabilidade da responsabilidade dependerá também da qualidade do que se tem denominado de *transparência* da gestão administrativa financeiro-orçamentária”.

*serão empregados para produzir os resultados desejados; um processo de avaliação para saber se os resultados foram obtidos*²⁹.

O princípio da responsabilidade, portanto, está presente nos vários momentos da vida orçamentária do País, desde a elaboração da lei de meios até a gestão dos recursos orçamentários e o controle de contas³⁰.

O princípio da responsabilidade encontra-se em permanente tensão com o de *desenvolvimento econômico*. A sua exacerbação nos últimos anos, principalmente no modelo da Nova Zelândia, tem sido visto pelos desenvolvimentistas como vitória da política neoliberal recessiva³¹.

O princípio da responsabilidade fiscal, no modelo da Nova Zelândia, se desdobra em alguns subprincípios: prudência e transparência³².

O *princípio da prudência*, de longa tradição no mundo anglo-saxônico mas com pouco trânsito na cultura jurídica latina, foi proclamado em diversas passagens do *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia (4,2): a) redução total dos débitos da Coroa “a níveis prudentes” (*to prudent levels*); b) manutenção do débito no nível prudente (*prudent level*) assim alcançado; c) gerenciar prudentemente os riscos fiscais que ameaçam o Estado (*managing prudently the fiscal risks facing the Crown*). O Projeto de Lei Complementar 19/99 incorporou acriticamente os dispositivos neozelandeses, sem as necessárias adaptações no vernáculo (art. 6^o):

II – a limitação da dívida a nível prudente;

VI – a limitação de gastos continuados a nível prudente;

IX – a administração prudente de riscos fiscais, assim entendidos os passivos contingentes e os efeitos de eventos imprevistos que possam afetar as contas públicas.

O substitutivo do Deputado Pedro Novais, de 15.12.1999, extirpou do Projeto que se transformou na Lei de Responsabilidade Fiscal todos esses subprincípios e anglicismos.

²⁹ As Reformas no Setor Público da Nova Zelândia. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Coord.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 218. Cf. tb. RUBIN, Irene. *The Politics of Public Budgeting. Getting and Spending, Borrowing and Balancing*. Chatham: Chatham House Publishers, 1997. p. 16: “*Accountability* significa assegurar que cada centavo do dinheiro público é gasto como previsto e informar claramente ao público como o dinheiro foi gasto”.

³⁰ Cf. PEDERIVA, João Henrique. *Accountability, Constituição e Contabilidade*. *Revista de Informação Legislativa* 140: 18, 1998; MONCRIEFFE, Joy Marie. Reconceptualizing Political Accountability. *International Political Science Review* 19 (4): 389, 1998.

³¹ Cf. MONCRIEFFE, J. M. *Op. cit.*, nota anterior. p. 394; GRAY, John. *O Falso Amanhecer. Os Equívocos do Capitalismo Global*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 60: “*Na Nova Zelândia, assim como no Reino Unido, o súbito crescimento da underclass é um exemplo nítido da fabricação de pobreza pelo Estado Neoliberal*”.

³² Cf. RUTH RICHARDSON, *op. cit.*, p. 222.

O princípio da *transparência* ou *abertura*, aparece no *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia como *disclosure* (art. 11). Transmigrou para a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 48): são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. A LRF prevê ainda, no art. 48, parágrafo único, que a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas.

O princípio da transparência imanta ainda a gestão orçamentária responsável. A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, no art. 1^o, § 1^o:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o compromisso de metas e resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

2.3 O Código de Defesa do Contribuinte

A aprovação de uma lei geral que contenha a “Declaração de Direitos do Contribuinte” ou o “Código de Defesa do Contribuinte” encontra a sua justificativa na necessidade de transparência nas relações entre o Fisco e o contribuinte, coibindo os abusos cometidos pela Fazenda Pública contra os direitos constitucionalmente assegurados ao sujeito passivo da obrigação tributária. Começa a aparecer em diversos países, como contraponto às medidas que visam a estabelecer a transparência na conduta do contribuinte, como sejam as normas antielísivas e anti-sigilo bancário. Só a garantia do processo fiscal administrativo transparente pode justificar a exigência de transparência na conduta do contribuinte.

A legislação ordinária brasileira recente passa a se preocupar em proteger o contribuinte, ao mesmo tempo em que procura combater a fraude e a evasão. O princípio da moralidade administrativa, incluído na Constituição, serve de fonte de inspiração para diversas medidas de proteção da confiança do contribuinte. A Lei 9.430, de 27.12.1996, por exemplo, autorizou o Executivo a disciplinar a abstenção de lançamento, a declaração de extinção do crédito e a desistência das ações nos casos de pacificação da jurisprudência dos Tribunais superiores contrária à Fazenda (art. 77), bem como coibiu a desigualdade de respostas nas consultas fiscais (art. 48, §§ 5^o, 6^o e 9^o). A Lei 9.532, de 10.12.1997,

também trouxe inúmeros dispositivos de natureza processual que fortaleceram a defesa do sujeito passivo da obrigação tributária. Mas não se chegou ainda à elaboração de um documento legislativo único que possa consubstanciar todo o *status* jurídico do contribuinte, o que está em vias de acontecer com o Projeto de Lei Complementar 646, do Senador Bornhausen, em andamento no Congresso Nacional.

Nos Estados Unidos foi sancionada pelo Presidente Clinton, em 30.07.1996, a “Declaração de Direitos do Contribuinte II” (*Taxpayer Bill of Rights II*), com o objetivo de emendar o Código das Rendas Internas (*Internal Revenue Code of 1986*) e aumentar a proteção do contribuinte. Diversas medidas importantes foram adotadas. Criou-se a figura do Advogado do Contribuinte (*Taxpayer Advocate*), que, substituindo o *Ombudsman* do Contribuinte (*Taxpayer Ombudsman*), ganhou nível mais elevado de independência, autoridade e responsabilidade. Compete-lhe:

I) assistir aos contribuintes resolvendo-lhes os problemas com o Serviço da Renda Interna; II) identificar as áreas nas quais os contribuintes têm problemas ao procurarem o Serviço da Renda Interna; III) na medida do possível, propor mudanças nas práticas administrativas do Serviço da Renda Interna para mitigar problemas identificados de acordo com o item III; IV) identificar mudanças legislativas que podem ser adotadas para mitigar tais problemas” (Seção 7802).

O *Taxpayer Advocate*, que possui um escritório no Serviço de Renda Interna, deve dirigir ao Congresso duas mensagens (*reports*) anuais, uma para a análise dos objetivos do ano seguinte e outra para a das atividades do ano pretérito; esta última deve conter: a identificação das iniciativas para melhorar os serviços prestados contribuintes; o sumário de pelo menos 20 dos mais sérios problemas encontrados pelos contribuintes; as recomendações para que a ação administrativa e legislativa possa ser mais apropriada para a solução das dificuldades opostas ao contribuinte³³. A Declaração de Direitos do Contribuinte II, extensa e casuística, contém dispositivos referentes a diversas garantias, como a da irretroatividade das normas fiscais (seção 1.101), a das compensações pelas cobranças indevidas de impostos (seção 801), a da denúncia da conduta irregular dos empregados do Serviço de Renda Interna (seção 1.211) etc.

Na Espanha aprovou-se a *Lei de Derechos y Garantías de los Contribuyentes* – LDGC (n. 1º/1998, de 26 de fevereiro), que “*regula los derechos y garantías básicas de los contribuyentes en sus relaciones con las Administraciones tributaria*”. Na Exposição de Motivos que acompanhou a Ley 1/98 ficou

³³ No *Annual Report to Congress* relativo ao ano fiscal de 1997, por exemplo, o *Taxpayer Advocate* afirmou: “*Basicamente, o resultado a registrar é que se falou muito sobre a necessidade de se simplificar o sistema, mas com pouca ação nesse sentido. Enquanto a discussão prossegue, nosso sistema tributário continua a crescer em complexidade*”. (Department of Treasury. *Internal Revenue Service*. Pub. 2.104 (Ver. 1-98). Cat. n. 236.551.

esclarecido, com vista à preservação da idéia de cidadania fiscal como complexo de direitos e deveres, que “*la presente Ley, que recoge en un solo cuerpo normativo los principales derechos y garantías de los contribuyentes no hace referencia alguna, sin embargo, a las obligaciones tributarias, ya que éstas aparecen debidamente establecidas en lo correspondientes textos legales y reglamentarios*” A LDGC contém extenso catálogo dos direitos gerais dos contribuintes.

Na Itália o Senado aprovou, em 22.04.1998, o projeto de lei do Governo em matéria de estatuto do contribuinte, que, entre outros, estampou o princípio da clareza e transparência dos dispositivos tributários, a proibição de retroatividade, a vedação de instituição de novos tributos por decreto-lei, a simplificação dos atos da administração financeira e a proteção da boa fé.

2.4 A Comunicação Social

O aumento da divulgação de notícias sobre a arrecadação, os gastos públicos e o conteúdo da legislação tributária também contribui para a transparência fiscal.

Consta do *Code of Good Practices, do FMI*, acima citado, que “*o público deverá ser plenamente informado da atividade fiscal do governo passada, presente e futura*”.

Na França o tema vem sendo exaustivamente debatido, como se vê nas questões ligadas à comunicação financeira das comunidades locais³⁴.

A Constituição brasileira se preocupou com a transparência na comunicação social e lhe dedicou alguns dispositivos: o art. 31, § 3º, prevê que “*as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei*”; o art. 150, § 5º, diz que “*a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*”.

O Governo Federal já divulgou a minuta de anteprojeto de lei complementar que institui normas gerais de direito financeiro para o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios³⁵. Nele está previsto que a elaboração, aprovação, implementação e divulgação dos planos plurianuais, das diretrizes orçamentárias, dos orçamentos anuais e dos relatórios resumidos da execução orçamentária e da gestão fiscal, bem assim balancetes, balanços e demais documentos que integrem as prestações de

³⁴ Cf. DUPRAT, Jean-Pierre. *Transparence et Démocratie. Revue Française de Finances Publiques* 71: 31-46, 2000.

³⁵ Disponível em: <www.planejamento.gov.br/transparente.htm>.

contas e respectivos pareceres, prévios e finais, serão realizados de modo a evidenciar a transparência da gestão pública (art. 2º).

Entende-se por transparência fiscal:

I – o acesso público às informações relativas aos objetivos e metas da política fiscal e à execução dos planos e programas de governo, bem como às contas públicas e às projeções que disciplinam o orçamento anual;

II – a divulgação de informações que sejam confiáveis, abrangentes, atualizadas e comparáveis entre os entes da Federação (parágrafo único do art. 2º).

A transparência será obtida por meios que contemplem a participação popular, tais como, entre outros, a realização de audiências públicas e a divulgação, na imprensa e nos meios eletrônicos de acesso público, de resumos enunciados em linguagem simples e universal (art. 3º).

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, no discurso proferido na solenidade de assinatura do Código de Conduta de Alta Administração Federal (21.08.2000), anunciou a criação de um portal do governo na internet³⁶.

2.5 O Combate à Corrupção

O combate à corrupção dos agentes do Fisco se insere no quadro das medidas tendentes a assegurar a transparência.

No Brasil o problema é particularmente grave, tendo em vista que não conseguimos, nem mesmo com as reformas constitucionais da década de 90, proceder ao desmonte do Estado Patrimonial. E, como se sabe, o patrimonialismo gera uma ética própria, preocupada com a salvação da alma e com a felicidade garantida pelo Estado, inteiramente divorciada das questões da fiscalidade e do orçamento.

De feito, o patrimonialismo, que caracterizou a formação de diversos Estados Nacionais na Europa do século XII ao século XVIII, aproximadamente, arraigou-se de tal forma no Brasil que dele não conseguimos até hoje nos livrar. Claro que o País ingressou no liberalismo, adotou instituição democráticas e aderiu ao Estado de Direito; mas conservou em larga medida o neopatrimonialismo fundado na ética salvacionista pré-kantiana. A dificuldade em extirpar os

³⁶ Loc. cit.: "A transparência na gestão pública implica em difundir a utilização dos serviços pela sociedade. Não basta que eles estejam disponíveis na Internet. É preciso que cada vez mais cidadãos saibam que eles estão lá e tenham meios de acessá-los.

As experiências bem sucedidas em outros países mostram que uma forma de conseguir isso é reunir e estruturar o acesso aos diferentes serviços do governo num único endereço da Internet, um portal do governo. O ponto de partida de um portal do governo brasileiro também já existe. Vamos discutir como a sociedade formas de massificar o acesso a esse portal, começando por uma campanha de divulgação de seu endereço".

resíduos e o ranço do patrimonialismo constitui a fonte básica da corrupção. A afirmação é genérica e necessita de moldura mais estreita. Quando se fala em patrimonialismo quer-se referir à vertente financeira do fenômeno. O Estado Patrimonial, que surge com a necessidade de uma organização estatal para fazer a guerra, agasalha diferentes realidades sociais – políticas, econômicas, religiosas etc. Mas a sua dimensão principal – que lhe marca o próprio nome – consiste em se basear no *patrimonialismo financeiro*³⁷, ou seja, em viver fundamentalmente das *rendas patrimoniais* ou dominiais do príncipe, só secundariamente se apoiando na *receita extrapatrimonial* dos tributos. Averte-se que, embora o patrimonialismo financeiro seja o aspecto principal do Estado por ele formatado, nem por isso se poderia concluir que as finanças públicas sejam o fator primordial e condicionante de toda a estrutura social, sob pena de se dar à temática da corrupção um tratamento excessivamente reducionista. O neopatrimonialismo, conseqüentemente, significa o apego pela conservação dos bens patrimoniais do Estado. A gravíssima crise econômica em que mergulhamos nas últimas décadas, com a sua coorte de atos de corrupção, já poderia ter se revertido se o desmonte do patrimonialismo se tivesse efetuado com maior rapidez. O programa de desestatização é tímido e lento. Nas dificuldades financeiras da década de 1990 preferiu o Governo aumentar exageradamente os juros, beneficiando os detentores do capital, a agilizar a reforma patrimonial do Estado. O amor aos bens físicos e imobiliários da República vem distanciá-la da *res pública*, eis que só produzem prazer e vantagem para os próprios funcionários das estatais. A privatização rápida dos bens dominiais – das empresas de energia elétrica ao do Banco do Brasil e à Petrobrás – conduziria, sem a menor dúvida, ao equilíbrio econômico do País e estancaria uma das fontes básicas da corrupção.

Segundo o índice divulgado pela Transparência Internacional (TI), organização não-governamental, o Brasil caiu do 45º para o 49º lugar no *ranking mundial da corrupção*³⁸. Sucede que há restrições aos trabalhos dessa ONG, que relaciona os países em função do grau de corrupção observado nas instituições públicas e nos políticos, mas tem por norma não denunciar as empresas corruptoras³⁹. Seja como for, é importante o trabalho apresentado pela Transparência Internacional, que é financiada também por agências de desenvolvimento e por várias organizações internacionais, como o Banco Mundial.

³⁷ MANN, F. K. *Steuerpolitische Ideale*. Stuttgart: Fischer, 1978. p. 44 caracteriza-o pelo sistema financeiro patrimonial (*patrimoniales Finanzsystem*); GERLOFF, Wilhelm. "Grundlegung der Finanzwissenschaft". In: _____; NEUMARK, Fritz. *Handbuch der Finanzwissenschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1952. v. 1. p. 58 prefere falar em economia domínial de tipo patrimonial-feudal (*patrimonial-feudale Domínialwirtschaft*).

³⁸ *O Globo*, de 14 set. 2000.

³⁹ Cf. ABRAMOVICI, Pierre. Uma ONG Contestada. *Le Monde Diplomatique*, edição brasileira, n. 10, 2000. Disponível em: <www.diplo.com.br>.

O escândalo dos anões do orçamento, no ano de 1993, deixou marcas sensíveis na prática legislativa brasileira e aguçou a desconfiança na lisura do trabalho parlamentar⁴⁰.

Algumas medidas de defesa da transparência administrativa e de combate à corrupção começam a ser adotadas, como acontece com as normas sobre a ética na Administração. Na Exposição de Motivos encaminhada ao Presidente da República⁴¹ pelo Ministro Chefe da Casa Civil, com a proposta do Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal, observou-se que “o setor público passou a depender cada vez mais do recrutamento de profissionais oriundos do setor privado, o que exacerbou a possibilidade de conflito de interesses e a necessidade de maior controle sobre as atividades privadas do administrador público” e que “grande parte das atuais questões éticas surge na zona cinzenta cada vez mais ampla – que separa o interesse público do interesse privado”. Norma de grande relevância no Código de Conduta da Alta Administração é a que proíbe a aceitação de presentes⁴², tendo em vista que a distinção entre suborno e presente é um dos problemas mais graves no campo da corrupção governamental⁴³.

Claro que o problema não é exclusivamente brasileiro nem a corrupção aparece apenas como “mal latino”⁴⁴. A Alemanha de hoje, que tanto nos influencia, está às voltas com a “intransparência” do orçamento e com as transferências substanciais de recursos públicos para os políticos⁴⁵; o Tribunal de Contas alemão tem sido instado a tomar atitudes mais eficientes no combate à corrupção⁴⁶.

Observa-se presentemente, até mesmo por influência da globalização, a tendência de se levar ao plano supranacional o combate à corrupção. As próprias quantias pagas pelas empresas multinacionais nas concorrências e vendas inter-

⁴⁰ SALOMÃO, Luiz Alfredo. **Democracia X Corrupção. Segredos e Lições da CPI do Orçamento**. São Paulo: Paz e Terra, 1994. p. 33.

⁴¹ Exposição de Motivos n. 37, de 18.08.2000, aprovada em 21.08.2000. **Revista de Direito Administrativo** 221: 343, 2000.

⁴² **Art. 9º. É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.**

Parágrafo único. Não se consideram presente para os fins deste artigo os brindes que:

I – não tenham valor comercial; ou

II – distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

⁴³ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 5: “O que para algumas pessoas é suborno para outras é presente”. (*One person's bribe is another person's gift*).

⁴⁴ Cf. GRONDONA, Mariano. **La Corrupción**. Buenos Aires: Planeta, 1993. p. 211.

⁴⁵ Cf. ARNIM, H. H. von. **Der Staat als Beute. Wie Politiker in eigener Sache Gesetze machen**. Berlin: Knaw, 1993. p. 295.

⁴⁶ Cf. BLOMEYER, Ina-Marie. **Eignung der Rechnungshöfe von Bund und Ländern zur Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden bei der Korruptionsbekämpfung**. Disponível em: <www.transparency.org/documents>.

nacionais causam desequilíbrio aos países que as sediam, pela impossibilidade de se deduzir do imposto de renda, em alguns deles, a importância correspondente ao suborno⁴⁷. Algumas declarações proferidas em reuniões internacionais vêm denunciando a corrupção: no Comunicado de Brasília, assinado no dia 01 de setembro na Reunião de Presidentes da América Latina, os Chefes de Estado coincidiram em que a democracia deve ser reforçada com “a transparência das instituições públicas e dos processos de definição de políticas públicas” e com o “combate à corrupção, por meio de medidas legais, administrativas e políticas”⁴⁸.

3 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E OS RISCOS FISCAIS PROVOCADOS PELO CONTRIBUINTE

Os riscos das finanças públicas podem ser provocados também pela conduta opaca e camuflada dos contribuintes. O princípio da transparência aponta, para evitar esses riscos, no sentido do combate à elisão fiscal abusiva, ao sigilo bancário encobridor de sonegação de tributos e à corrupção ativa.

3.1 As Normas Antielisivas

Houve época, no Brasil, especialmente no período do autoritarismo contemporâneo à adoção do Código Tributário Nacional, em que se proclamava que a elisão fiscal, pelo fato de utilizar instrumentos legais, era sempre lícita, calcada que estava no princípio da autonomia da vontade. O livro de Sampaio Dória foi paradigmático⁴⁹. A posição doutrinária influenciou o Supremo Tribunal Federal.

Hoje a doutrina começa a ver o fenômeno da elisão por outro prisma.⁵⁰ O contribuinte tem o direito de planejar os seus negócios e organizar a sua empresa da forma que melhor lhe aprouver e que lhe provoque os menores ônus fiscais. Não pode, entretanto, abusar do formalismo jurídico e criar figuras negociais com o único objetivo de pagar menos imposto. Se assim proceder a Fazenda fica autorizada a requalificar o ato e a exigir o imposto devido. Sucede que ainda não existe entre nós uma norma geral antielisiva que, sendo contra-analógica, possa agasalhar a exigência do tributo elidido. O direito brasileiro vem incorporando algumas normas antielisivas para casos específicos, como as do preço de transfe-

⁴⁷ Cf. WIEHEN, Michael H. **Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD). Evaluation of Implementation by Germany**. Disponível em: <www.transparency.org/documents>.

⁴⁸ Disponível em: <www.mre.gov.br/cimeira>.

⁴⁹ **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

⁵⁰ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 145 e ss.; GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 71 e ss.

rência (Lei 9.430, de 27.12.1996) e do imposto de renda (Lei 7.450, de 1985 – art. 51). Agora, pela Lei Complementar 104, de 10.01.2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 116, do Código Tributário Nacional, adota-se norma geral antielisiva, que nasce com certas impropriedades e desafia o trabalho interpretativo da doutrina e da jurisprudência. Assim é que a regra antielisiva proíbe a dissimulação do fato gerador, expressão que não pode vir a ser entendida como simulação, que elisão não é; dissimular é encobrir, ocultar, disfarçar, atenuar os efeitos de algum fato, e não se confunde com simular, que tem o significado de fingir ou fazer parecer real o que não é e que vem definido no art. 120 do Código Civil e no art. 149, VII, do CTN. O termo *dissimulação*, sem densidade semântica no direito, há que ser visto como cláusula geral que compreende o abuso de forma jurídica, a fraude à lei e os outros mecanismos conhecidos de elisão fiscal combatidos há muito tempo no direito comparado, até porque foi copiado da legislação francesa antielisiva.

Com efeito, no direito estrangeiro, nas últimas décadas, foram criadas ou reformuladas, com fundamento no princípio de transparência, inúmeras normas antielisivias, com os aplausos da doutrina⁵¹. O Código Tributário da Alemanha (AO77) combate o abuso da forma jurídica (art. 42). O Código Tributário da Espanha teve reformulado, em 1995, o art. 24, para proibir a fraude à lei. A Argentina optou pela desconsideração da personalidade jurídica, ou melhor, pela “*doctrina de la penetración*”, como pode ser interpretado o art. 2º, da Lei 11.683, na ordenação dada pelos Decretos 821/98 e 1.334/98. Desenvolveu-se em diversos países (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Austrália, Suécia, entre outros) a doutrina do propósito mercantil (*business purpose*), que sinaliza no sentido de que se caracteriza a elisão abusiva (*abusive tax avoidance*) quando o contribuinte se afasta do propósito mercantil de suas atividades para procurar predominantemente obter benefícios na área fiscal; o combate à elisão se faz através de normas antielisivias (*anti-avoidance rules*), que seguem dois caminhos principais: normas judiciais antielisivias (*judicial anti-avoidance rules*), nos Estados Unidos e Inglaterra, e normas legais antielisivias (*statutory anti-avoidance rules*; *General anti-avoidance rules – GAAR*), aprovadas pelo Parlamento, no Canadá, Austrália e Suécia⁵². Na França o art. 64 do *Livre des Procédures Fiscales*, que indubitavelmente influenciou a LC 104/01, cuida da repressão ao abuso de direito (*répression des abus de droit*), ao prever que “não podem ser opostos à administração dos impostos os atos que dissimulam a verdadeira compreensão de um contrato ou de uma convenção” (*qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention*), e autoriza a Administração a requalificar os fatos (*L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à opération litigieuse*).

⁵¹ Cf. COOPER, Graeme S. (Ed.). *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997.

⁵² Cf. ARNOLD, Brian. The Canadian General Anti-avoidance rule. In: G. S. COOPER (Ed.). *Op. cit.*, p. 312.

De modo que a LC 104/01, ao introduzir no direito brasileiro norma geral antielisiva e contra-analógica, sob a inspiração do princípio da transparência e sob a influência direta da legislação francesa, criou uma exceção à proibição de analogia do art. 108, § 1º, do CTN e se pôs em harmonia com os países mais importantes e democráticos da Europa e da América do Norte no combate ao abuso do direito no campo tributário.

3.2 Normas Anti-sigilo Bancário

A transparência fiscal é proporcionada também pelas normas anti-sigilo bancário, que vêm proliferando no direito estrangeiro e que ainda encontram dificuldade de aclimatação entre nós.

Com efeito, no Brasil a doutrina e a jurisprudência vêm fechando a possibilidade de desvendamento do segredo bancário pela própria autoridade fiscalizadora. Qualquer necessidade de conhecimento das transações bancárias do contribuinte só pode ser suprida pelo juiz, conforme fixou o Superior Tribunal de Justiça ao interpretar restritivamente o art. 38, § 5º, da Lei 4.595/64⁵³. A doutrina, muita vez, radica o sigilo bancário no art. 5º, inc. XII, da Constituição, que declara ser inviolável o sigilo de dados; a interpretação não se sustenta pelo fato de a CF, naquele inciso, apenas autorizar o levantamento do sigilo no caso das comunicações telefônicas, o que inviabilizaria toda a disciplina infraconstitucional do sigilo bancário⁵⁴. O Supremo Tribunal Federal vincula o segredo bancário ao *direito à intimidade* proclamado no art. 5º, inc. X, da CF, mas reconhece que não é direito absoluto, podendo ser excepcionado pela lei⁵⁵.

Mas a recente LC 105, de 10.01.2001, veio autorizar a abertura do sigilo em assuntos fiscais a pedido da Administração⁵⁶. Também circula pelo Congres-

⁵³ “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 esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. X). Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de sigilo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos arts. 38, § 5º, da Lei 4.595/64 e 197, inc. II e 1º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância”. (REsp. 37.566-5/RJ – Ac. da 1ª T., de 02.02.1994 – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJ 28.03.1994) (RDA 197: 174).

⁵⁴ Cf., por todos: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais do Contribuinte*. In: _____. (Coord.). *Direitos Fundamentais do Contribuinte*. Pesquisas Tributárias Nova Série, n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 65.

⁵⁵ RE 219.780, Ac. da 2ª Turma, de 13.4.99, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.09.1999.

⁵⁶ “Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os

so a PEC 175/95, que prevê a abertura do sigilo⁵⁷. A Lei 10.174, de 09.01.2001, por seu turno, autorizou o levantamento do sigilo no caso de discrepâncias entre o pagamento da CPMF e do IR. O importante, no caso brasileiro, a exemplo do que já acontece no direito de outros povos, é que o sigilo possa ser desvendado pela própria autoridade administrativa indicada na lei, o que permitiria a agilização do processo e a eficácia da fiscalização. De notar que não se advoga aqui a extensão da ação administrativa para o rastreamento generalizado das situações bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita de sonegação e que sejam objeto de procedimento administrativo. Inexiste razão para se manter o tabú do sigilo bancário e sua elevação a direito da liberdade; o princípio constitucional da intimidade cede o lugar ao princípio da transparência no jogo de ponderação de interesses.

No direito estrangeiro o sigilo bancário frente às questões fiscais perdeu muito do seu *status* na década de 90. Aliás, nos Estados Unidos a matéria jamais foi alçada a direito fundamental e a Administração Fiscal sempre teve a possibilidade de ampla investigação. Na Alemanha o sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição nem pelas leis ordinárias; a abertura da conta pode ser pedida pelas autoridades fiscais no exercício de atividade fiscalizadora regular, nos procedimentos de investigação e nos procedimentos criminais⁵⁸. Na Áustria o art. 38 da Lei Bancária prevê o levantamento do segredo no caso de razoável suspeita de lavagem de dinheiro ou de pedido de autoridade administrativa nos casos de violações fiscais. Na Itália havia o tabú do segredo bancário que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade de acertar o passo com as outras nações da União Européia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal; as Leis 825/71 e 516/82, adotaram as primeiras providências; posteriormente a Lei 413, de 30.12.1991, e a decisão da Corte Constitucional de 18.02.1992, que proclamou não ser o segredo bancário um fim em si mesmo, pelo que não poderia representar um obstáculo às investigações sobre as violações tributárias, permitiram que a abertura do sigilo fosse requerida pelas seguintes repartições e autoridades: departamentos de fiscalização do IVA; departamentos do Ministério das Finanças; guarda de Finanças; inspetores centrais; comissões tributárias regionais e provinciais.

referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente". O dispositivo transcrito foi regulamentado pelo Decreto 3.724, de 10.01.2001.

⁵⁷ O substitutivo do Relator Dep. Mussa Demea à Proposta de Emenda à Constituição 175, de 1995, traz a seguinte previsão: "Art. 145, § 3º É facultado à autoridade tributária requisitar às instituições financeiras, na forma prevista em lei complementar, informações sobre as operações do contribuinte".

⁵⁸ Cf. OPPENHOFF, Michael. Germany – The Legal Framework Concerning Bank Secrecy, Money Laundering and Insider Trading. *World Reports IX* (1), abr. 1997. Disponível em: <www.hg.org>.

Em recente publicação sobre o problema do sigilo bancário por motivos fiscais⁵⁹, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE concluiu em seu informe que quase todos os países filiados àquele organismo

autorizam a administração tributária a acessar a informação bancária como exceção à norma geral ou à lei geral que estabelece a confidencialidade da informação bancária. Em alguns poucos países este acesso está limitado aos casos de procedimentos penais ou fraudes fiscais. Em Luxemburgo, a administração tributária não tem acesso direto à informação bancária; esta informação só podem obtê-la as autoridades judiciais em caso de presunção de fraude fiscal⁶⁰.

Há várias formas segundo o informe da OCDE, para a obtenção de informações⁶¹:

- a) declaração automática de certos tipos de informação por parte do banco;
- b) certos países (França, Hungria, Coreia, Noruega e Espanha) têm bancos de dados inter-ligados com informações bancárias;
- c) solicitação direta da administração tributária ao banco sobre a situação fiscal de um contribuinte nos casos de delitos fiscais com caráter penal;
- d) vários países (Austrália, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova Zelândia, Espanha e Turquia) podem obter informações bancárias sem limite algum; outros têm que utilizar procedimentos concretos como um requerimento (Canadá), uma citação por via administrativa (Estados Unidos) ou a autorização de um comissário independente (Reino Unido), sendo que em Portugal é necessário procedimento penal em curso e mandado de um tribunal;
- e) a administração tributária de alguns países está capacitada em certas situações a confiscar documentos bancários ou a entrar em sucursais para examinar diretamente os registros;
- f) a maior parte dos países membros pode obter informação bancária sobre uma pessoa livre de suspeitas mas que tenha tido transações econômicas com outra pessoa sob suspeita de fraude fiscal; além disso, quase todos os países membros podem obter informação bancária sobre um membro da família da pessoa sobre a qual versa a demanda.

De modo que a recepção das normas anti-sigilo bancário, como se disse também a propósito das normas antielisivas, sob a inspiração do princípio da transparência, vem acertar o passo do direito tributário brasileiro com o das nações mais adiantadas, evitando que se continue a seguir regras semelhantes às dos paraísos fiscais.

⁵⁹ **Mejorar el Acceso a la Información Bancaria por Motivos Fiscales.** Paris: OCDE, 2000.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁶¹ *Ibid.*, p. 36-37.

3.3 A Corrupção Ativa do Contribuinte

A corrupção ativa do contribuinte, principalmente na via do suborno e das propinas nos processos de licitações de compra de mercadorias e serviços ou durante as ações de fiscalização da renda pública, também passa a ser combatida em nome da transparência.

Tal tipo de corrupção é muito difícil de ser detectada, pois as próprias ONGs interessadas na defesa da transparência omitem, como se viu, a indicação dos nomes dos agentes econômicos corruptos, principalmente as empresas multinacionais.

A corrupção por parte das empresas envolvidas no comércio internacional vem crescendo nos últimos anos, principalmente em razão da globalização, dos vultosos interesses econômicos em jogo e da dificuldade da conceptualização jurídica do ato de corrupção, muitas vezes interpretado como prática comercial legítima⁶².

4 CONCLUSÃO

O princípio da transparência, em síntese, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula assim o Estado que a Sociedade e se transforma em instrumento importante para a superação dos riscos fiscais provocados pela globalização. Só a transparência na atividade financeira, consubstanciada na clareza orçamentária, na responsabilidade fiscal, no respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, no aperfeiçoamento da comunicação social e no combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à transparência na conduta do contribuinte garantida pelas normas antielisivas, pelas regras anti-sigilo bancário e pelo combate à corrupção ativa, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Subsidiário. A falta de equilíbrio entre os termos da equação da transparência pode conduzir à perpetuação da opacidade: a exacerbação do controle da responsabilidade fiscal e dos meios de defesa do sujeito passivo da obrigação tributária, sem a contrapartida representada pela minimização dos riscos por ele provocados, leva ao paraíso fiscal; a aplicação das normas antielisivas e o desvendamento do sigilo fiscal, sem a salvaguarda de um código de defesa do contribuinte e da responsabilidade dos agentes públicos, pode gerar a servidão fiscal e a morte da própria galinha de ovos de ouro.

⁶² Cf. SUSAN ROSE-ACKERMAN, *op. cit.*, p. 178; ABRAMOVICI, Pierre. *Corrupção. Jogos Perigosos*. Le monde Diplomatique, edição brasileira, n. 10. Disponível em: <www.diplo.com.br>. "Em 1977, para compensar a falta de competitividade de suas empresas nos mercados estrangeiros, o governo francês autorizou a prática da corrupção, oficialmente denominada 'comissão', desde que a quantia envolvida fosse para pagar a um funcionário estrangeiro".

5 REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICI, Pierre. Uma ONG Contestada. *Le Monde Diplomatique*. Edição brasileira, n. 10, 2000. Disponível em: <www.diplo.com.br>.
- _____. Corrupção. Jogos Perigosos. *Le monde Diplomatique*. Edição brasileira, n. 10. Disponível em: <www.diplo.com.br>.
- ARNIM, H. H. von. *Der Staat als Beute. Wie Politiker in eigener Sache Gesetze machen*. Berlin: Knaw, 1993.
- ARNOLD, Brian. The Canadian General Anti-avoidance Rule. In: COOPER, G. S. (Ed.). *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernização Reflexiva. In: GIDDENS, A., _____ e LASH, S. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997.
- _____. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BELLSTEDT, Christoph. Bedürfen Subventionen Gesetzlichen Grundlage? *Die Öffentliche Verwaltung*, 1961.
- BLOMEYER, Ina-Marie. *Eignung der Rechnungshöfe von Bund und Ländern zur Unterstützung der Strafverflehsbehörden bei der Korruptionsbekämpfung*. Disponível em: <www.transparency.org/documents>.
- BRIN, David. *The Transparent Society. Will Technology Force us to Choose between Privacy and Freedom?* Massachusetts: Perseus Books, 1998.
- CARRILLO DE ALBERNOZ, Antonio Jimenez-Blanco. La Funcion Legislativa y la Reserva de Administración: Notas sobre um Nuevo Concepto. In: *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987. v. 2.
- COOPER, Graeme S. (Ed.). *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997.
- DÓRIA, Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- DUPRAT, Jean-Pierre. *Transparence et Démocratie*. Revue Française de Finances Publiques 71: 31-46, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FOX, Jonathan A.; BROWN, L. David. *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*. Cambridge: The Mit Press, 1998.
- GERLOFF, Wilhelm. Grundlegung der Finanzwissenschaft. In: _____, NEUMARK, Fritz. *Handbuch der Finanzwissenschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1952. v. 1.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- GRAY, John. O Falso Amanhecer. *Os Equívocos do Capitalismo Global*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- GRONDONA, Mariano. *La Corrupción*. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.
- JOOS, Gerhard. Subventionsrecht. In: KLEIN, Franz (Ed.). *Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts*. Darmstadt: Luchterhand, 1987.

- KAREHNKE, Helmut. Subventionen und ihre Kontrolle. Möglichkeiten und Grenzen. **Die Öffentliche Verwaltung**, 1975.
- LANG, Joachim. Gemeinnützigkeitsabhängige Steuervergünstigungen. **Steuer und Wirtschaft** 64: 221-252, 1987.
- MANN, F. K. **Steuerpolitische Ideale**. Stuttgart: Fischer, 1978.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: _____. (Coord.). **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. Pesquisas Tributárias Nova Série, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEHL, Lucien. **Elementos de Ciência Fiscal**. Barcelona: Bosch, 1964.
- MONCRIEFFE, Joy Marie. Reconceptualizing Political Accountability. **International Political Science Review** 19 (4): 389, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- _____. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. **Revista de Direito Administrativo** 221: 92, 2000.
- NEUMARK, Fritz. Theorie und Praxis der Budgetgestaltung. In: GERLOFF; _____. **Handbuch der Finanzwissenschaft**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1952.
- NINO, Carlos Santiago. **A Constituição da Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1998.
- OPPENHOFF, Michael. Germany – The Legal Framework Concerning Bank Secrecy, Money Laundering and Insider' Trading. **World Reports IX** (1), abr. 1997. Disponível em: <www.hg.org>.
- PEDERIVA, João Henrique. Accountability. Constituição e Contabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, 140: 18, 1998.
- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia. Reflexões sobre a Pós-Modernidade na Teoria Jurídica. **Revista de Direito Público** 94: 280, 1990.
- RICHARDSON, Ruth. As Reformas no Setor Público da Nova Zelândia. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Coords.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 215-235.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform**. New York: Cambridge University Press, 1999.
- RUBIN, Irene. **The Politics of Public Budgeting. Getting and Spending, Borrowing and Balancing**. Chatham: Chatham House Publishers, 1997.
- SALOMÃO, Luiz Alfredo. **Democracia X Corrupção. Segredos e Lições da CPI do Orçamento**. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- STARCK, Christian. **El Concepto de Ley en la Constitución Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- TIPKE, Klaus. Über richtiges Steuerrechts. **Steuer und Wirtschaft** 65 (3): 262-282, 1988.
- TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e Justiça Fiscal. In: **Estudos em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhoa Canto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário. In: **Anais do I Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET**. Vitória: Consultime/Max Limonad, 1998.
- _____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- WIEHEN, Michael H. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD). **Evaluation of Implementation by Germany**. Disponível em: <www.transparency.org/documents>.

DIREITO PENAL

O INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS

Artur de Brito Gueiros Souza¹

Sumário: 1. Introdução: o surgimento do instituto; 2. O cenário do Brasil atual: a necessidade de mudanças; 3. A experiência internacional: tratados e convenções; 4. Distinção entre a transferência de presos e instrumentos assemelhados; 5. Aspectos jurídicos da transferência de presos; 6. Necessidade de homologação da sentença estrangeira no Supremo Tribunal Federal; 7. Modalidade de transferência: prosseguimento da execução ou conversão da condenação; 8. Procedimento da transferência de presos; 9. Extinção da pena objeto da transferência; 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO: O SURGIMENTO DO INSTITUTO

Inicialmente, pode-se conceituar a transferência de presos como sendo o instrumento pelo qual um Estado, denominado remetente – ou Estado da condenação –, transfere a outro, chamado receptor – ou Estado da execução –, o cumprimento de sanção de natureza penal, permitindo que o condenado o faça no país do qual é originário.

O instituto da transferência de presos – ou, como preferem alguns autores, *traslado* ou *transferência de pessoa condenada*² –, como tantos outros, surgiu no escopo de atender a reclamos de diversas ordens.

Num primeiro momento, objetivou superar os limites próprios da extradição – instituto do qual a transferência toma muitos elementos em sua regulamentação –, notadamente na questão envolvendo a não entrega de nacionais, princípio presente em inúmeros documentos extradicionais. Com efeito, a prática no terreno da cooperação penal internacional demonstra a inviabilidade do refazimento do processo de conhecimento no Estado do criminoso prófugo,

¹ O autor é Procurador da República no Rio de Janeiro; Mestre em Direito Público pela PUC/RJ; Professor assistente de Direito Penal na UERJ; Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

² Utiliza-se a expressão *transferência de presos* por razões de uniformidade, uma vez que é a adotada, em regra, nos tratados firmados pelo Brasil – apesar de, tecnicamente, o conteúdo do instituto compreender não só a pena de prisão, como também medidas de segurança e sócio-educativas, e, em alguns casos, o acompanhamento do cumprimento do livramento condicional. Em Portugal, utiliza-se frequentemente a expressão *transferência de pessoa condenada*. Por fim, a expressão *traslado* é consagrada entre os autores de língua espanhola.

alternativa tradicionalmente visualizada ante o indeferimento do pedido de extradição, nos termos da conhecida cláusula *aut dedere aut judicare*³.

Há uma outra demanda, de ordem econômica, que fomentou a criação do instituto: a execução penal, financeiramente falando, é um *serviço público caro*, justificado, segundo a doutrina penal contemporânea, não tanto por finalidades retributivas e preventivo-gerais – estas se esgotariam quando da prolação da sentença condenatória – mas por motivações preventivo-especiais. Em suma, a execução penal, por mais *contraproducente* que possa parecer a alguns olhos, é um dever do Estado e tem por norte a ressocialização do apenado.

Ora, no caso do estrangeiro que cumpre pena por fato cometido no território de um Estado – ou, melhor dizendo, por fato submetido ao alcance das leis penais de determinado Estado –, ele irá sofrer, ao final do processo de execução, os efeitos de um decreto de expulsão. Ou seja, o estrangeiro, via de regra, após o cumprimento de pena por delito julgado pelos tribunais de um país, é imediatamente expulso, sendo-lhe vedado o retorno àquele Estado.

Isto faz com que a execução da pena do estrangeiro preso tenha um *quê* de “irracionalidade”: a finalidade do custoso serviço de execução penal é a ressocialização; o estrangeiro, ao final da execução, não é reintegrado àquela sociedade, mas dela expulso; logo, não há ressocialização alguma na execução penal de um estrangeiro, não se justificando, assim, tal mister – a não ser, é claro, que se queira transportar finalidades puramente retributivas ou, ainda, preventivo-gerais, para a fase de execução⁴.

A transferência de presos pretende dar uma resposta a tal inusitado, advogando a tese de que, muito embora a execução penal se inicie no território do Estado da condenação – no *locus commissi delicti* –, por motivos retributivo e preventivo-geral, ela finaliza-se, todavia, no território do Estado da execução, isto é, na terra natal do apenado; no lugar, enfim, onde será o mesmo reintegrado.

Há, ainda, uma razão de fundo “nacionalista”. Conforme já se teve a oportunidade de dizer, é certo que “o indivíduo tem responsabilidades para com o País de origem, não sendo outra a razão do consagrado princípio da nacio-

³ Segundo a lição de João Marcello de Araújo Júnior: “Quando algum delinqüente for reclamado por via de extradição e o Estado requerido, por força de sua lei interna, não puder atender à justa reivindicação estrangeira, deverá assumir a posição de guardião do interesse internacional comum, obrigando-se a proceder contra o extraditando, como se o crime tivesse sido cometido em seu território. Este é o sentido do brocardo ‘aut dedere aut judicare’”. (Apud GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 125).

⁴ O incremento da população estrangeira em muitos países, bem como os necessários investimentos no serviço de administração penitenciária, embora não admitidos explicitamente, pesaram positivamente para o incremento do instituto da transferência de prisioneiros. Falando sobre tal questão, Manuel António Lopes Rocha salienta que “enfim – embora não confessadas –, convergem razões práticas não despididas, no sentido de aliviar as administrações penitenciárias dos diversos Estados das consabidas dificuldades que caracterizam a gestão de uma população prisional estrangeira, que, um pouco por toda a parte, tende a aumentar”. (ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada – pressupostos, reinserção social e consentimento*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 132, 1992).

nalidade ou da personalidade ativa, como causa da aplicação extraterritorial da lei penal (v. CP, art. 7º, inc. II, letra “b”)⁵.

Por essa razão os tratados de transferência só contemplam, em regra, o traslado do nacional – nato ou naturalizado – excluindo-se, pois, os estrangeiros e apátridas, ainda que estabelecidos no Estado receptor.

Em contrapartida, o Estado tem o dever de proteger e velar por seus nacionais, mesmo quando estes infringem leis estrangeiras. Dessa forma – isto é, para resguardar seus cidadãos – a maioria dos países não concede a extradição do nacional⁶.

Este “protecionismo” jurídico explica, ainda, o fato de que “nenhum dos convênios ou tratados subscritos por nosso país façam referência a mecanismos de revogação e devolução do condenado quando, por exemplo, o sujeito não mostra receptividade ressocializadora através do traslado”⁷.

Acima de tudo, o principal motivo que determinou o surgimento do instituto da transferência de prisioneiros, dando-lhe um colorido especial, foi o de atender a um apelo de ordem humanitária – minorar o sofrimento daquele que se encontra numa situação duplamente desafortunada: a de encarcerado e a de distante de seu círculo familiar e cultural⁸.

O corte humanitário na confecção do instituto transferência de presos revela-se indiscutível. Diferentemente dos demais instrumentos de cooperação internacional em matéria penal, o traslado de prisioneiro depende, para sua efetivação, da manifestação de vontade não apenas dos Estados envolvidos na negociação, mas, principalmente, do indivíduo privado da liberdade. Sem a concordância deste último, para a qual se pressupõe a ciência das conseqüências de seu ato, a transferência não se processa.

⁵ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 34-35.

⁶ Ensina Anor Butler Maciel que a razão do dispositivo que veda a extradição de nacionais, seria o de não “transmudar a mãe pátria em madrastra”. (Conf. GUEIROS SOUZA. *As novas tendências...*, p. 131).

⁷ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. “El traslado de personas condenadas entre países”. *Mc Graw Hill*, 2001. A regra vale não só para os tratados firmados pela Espanha, como, igualmente, para a generalidade dos países, inclusive o Brasil.

⁸ Nesse sentido, a seguinte sentença: “De fato, o apenado estrangeiro sofre uma agravamento de sua condenação, porque as barreiras idiomáticas, as diferentes mentalidade e cultura, a distância dos familiares, e inclusive a diversidade de religião, aumentam seu isolamento do mundo exterior e pioram sua situação dentro do estabelecimento penitenciário. Não se trata só de considerações humanitárias, senão também de estrita justiça, porquanto se produz uma clara desigualdade sobre o real conteúdo da pena imposta. (...) De outro lado, a reinserção social do delinqüente, como meta das penas de prisão, resulta pouco menos que impossível em tais condições. Não tem sentido procurar sequer a ressocialização numa sociedade que não é a sua e da qual seguramente será expulso ao acabar o cumprimento da condenação”. (SAMANIEGO, José Luis Manzanares. *El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas*. *Revista de Derecho Público*. Madrid, 1988. t. VIII, v. 2º, p. 754).

⁹ Conforme bem colocado por Jean Pradel e Geert Corstens, “esta condição se justifica perfeitamente. Ela se funda sobre o objetivo primeiro da Convenção de Estrasburgo [sobre traslado de pessoas condenadas], que é

Há, neste sentido, a previsão, nos tratados sobre tal assunto, de que se permita averiguar, por autoridades do Estado receptor, se a concordância do apenado foi externada de livre e espontânea vontade¹⁰.

Assim, por predominar o aspecto humanitário, os tratados de transferência de presos podem ser classificados como sendo da espécie *tratados internacionais de direitos humanos*¹¹.

Esses são, grosso modo, os anseios que determinaram a origem do instituto da transferência de prisioneiros. No entanto, muitos são os obstáculos, jurídicos e culturais, para a difusão e utilização em larga escala desse importante mecanismo de cooperação entre Estados e de reintegração social do apenado.

Tenciona-se, portanto, com o presente trabalho, partindo da análise dos principais tópicos que envolvem esse instituto jurídico, contribuir, de alguma forma, ao debate sobre tão importante tema. Para tanto, faz-se necessário começar com um rápido diagnóstico do estágio em que se encontra a transferência de pessoas condenadas no cenário do Brasil atual.

2 O CENÁRIO DO BRASIL ATUAL: A NECESSIDADE DE MUDANÇAS

Há, presentemente, diversos tratados bilaterais subscritos pelo Brasil sobre o traslado de condenados, tendo sido o primeiro deles com o Canadá, em 1992¹².

Já vigora entre nós a importante “Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior”, onde, apesar do título, é unicamente regulado o instrumento da transferência de prisioneiros entre os Estados americanos¹³.

o de facilitar a reinserção. Ora, a transferência de um detento sem sua concordância seria um non-sens”. (PRADEL, Jean e CORSTENS, Geert. “Droit pénal européen”, Dalloz: Paris, 1999. p. 94).

¹⁰ Neste sentido, o art. 5º, item 3, do Tratado Brasil/Argentina, dispõe: “A vontade do preso de ser transferido deverá ser expressamente manifestada por escrito. O Estado remetente deverá permitir, caso solicitado pelo Estado receptor, que este comprove que o preso conhece as conseqüências legais decorrentes da transferência e que o seu consentimento foi dado voluntariamente”.

¹¹ Segundo determinada corrente doutrinária, as normas veiculadas em tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente das normas contidas em tratados gerais, possuiriam hierarquia de norma constitucional e incorporação automática na ordem jurídica interna, decorrentes das prescrições expressas nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF/88. Nesse sentido, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹² Além deste acordo com Canadá, estão em vigor os tratados de transferência celebrados com Espanha (1996), Chile (1998) e Argentina (1998). Os documentos assinados com a Bolívia (1999), Paraguai (2000) e Portugal (2001) encontram-se sob tramitação no Congresso Nacional. Há, ainda, em negociação, pelo Governo brasileiro, tratado com diversos outros países, dentre eles Inglaterra, França, Alemanha, Itália e Áustria, sendo que, nessas três últimas negociações, teve a honra de integrar as delegações brasileiras encarregadas da elaboração dos respectivos documentos.

¹³ A “Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior” – doravante denominada Convenção Interamericana – elaborada, no âmbito da OEA, em julho de 1993, na cidade de Manágua, foi subscrita pelo Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Panamá, Paraguai e

Os casos de brasileiros que cumprem pena no estrangeiro crescem a cada ano; o caminho inverso – de estrangeiros que cometem crime no Brasil e aqui se encontram cumprindo pena privativa de liberdade – encontra-se em igual escala ascendente. Os pedidos de transferência *do e para* o Brasil se avolumam no Ministério da Justiça – autoridade central encarregada do processamento dos pedidos de traslado¹⁴.

Em que pese essa realidade, há um absoluto silêncio dos profissionais do Direito sobre o assunto. O tema, quando ventilado na mídia – como ocorreu há alguns anos, com o notório seqüestro do empresário Abílio Diniz, e, mais recentemente, com o caso do seqüestro do publicitário Washington Olivetto – é sempre visto com muita desconfiança, deixando na população uma “sensação de impunidade”.

Contudo, esse estado de coisas precisa mudar. A transferência de presos encerra diversas e fascinantes questões jurídicas que podem e devem ser enfrentadas. Os tratados em vigor criaram obrigações às quais advogados e autoridades públicas não podem se furtar. Como visto abaixo, pontos como a modalidade de transferência que pode ou não ser aceita pelo nosso ordenamento jurídico, desafiam a doutrina brasileira na busca de soluções que, fundamentalmente, revertam em prol dos que mais carecem da efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o ser humano que cumpre pena privativa da liberdade.

No tocante à alegada impunidade, basicamente envolvendo o estrangeiro oriundo do chamado “Primeiro Mundo”, que se encontra cumprindo pena no Brasil – e que mereceria espionar, aqui, nesse “inferno tropical”, o crime que cometeu, até o último dia de sua prisão – nada é mais equivocados.

A transferência não é um sinônimo de impunidade; o instituto visa a justamente evitar a impunidade que ocorre com a expulsão do estrangeiro criminoso, antes do cumprimento integral da sanção que lhe foi imposta.

A expulsão pura e simples não gera nenhuma obrigação para o Estado de origem do delinqüente. Muito pelo contrário, a legislação brasileira proíbe que a expulsão sirva para mascarar uma *extradição disfarçada* – o estrangeiro deve seguir livre para a terra de origem; só fica impedido de voltar ao território na-

Venezuela. O Congresso Nacional aprovou a citada convenção, com reservas (no que toca à possibilidade de redução do período de encarceramento, por parte do Estado de cumprimento), através do Decreto Legislativo 250, de 30.12.2000.

¹⁴ Segundo consultado no Ministério da Justiça, existiam, em abril de 2002, em tramitação aproximadamente 120 pedidos (processos) de transferência, divididos em 70 transferências passivas (do Brasil para o estrangeiro) e 50 ativas (sentido inverso). Já foram efetivados cerca de 16 traslados de prisioneiros para os respectivos países de origem (Espanha, Argentina, Canadá e Chile). Para o nosso País, já retornaram 4 pessoas. O número de brasileiros aguardando a vigência de tratados subscritos pelo Brasil, para serem transferidos, gira em torno de 20 cidadãos.

cional, enquanto não revogado o decreto de expulsão. Isto, sim, soa como impunidade¹⁵.

Diversamente, na transferência há a obrigação do Estado receptor de dar segmento à execução penal iniciada no Estado da condenação, não podendo, em regra, alterar a natureza e a quantidade de pena a ser cumprida em seu território.

Nesse sentido, não há impunidade alguma, mas tão somente a aproximação do transferido ao seu meio familiar e cultural – objetiva-se, em suma, atingir o postulado máximo do Direito Penal, ou seja, a reprovação e prevenção do crime, esta última realizada através da ressocialização do condenado.

Não se ignora que se pode optar pelo cumprimento integral da pena no território nacional, efetivando-se, depois, o decreto de expulsão. Isto não apenas é possível, como, na verdade, ocorre na maior parte dos casos concretos.

Apesar de priorizar a questão humanitária, a transferência de prisioneiros não deixa de ser um ato de colaboração internacional que se opera caso a caso – ela pressupõe a análise individual de uma execução de pena privativa de liberdade. Se, em determinada hipótese, razões maiores – v.g., um crime bárbaro que tenha causado comoção nacional – indicarem a manutenção do apenado no sistema penal brasileiro, isto pode e deve ser feito.

Não se cria, com tratados nessa matéria, uma *obrigação de transferência*, mas, apenas, um dever de *processar pedidos de transferência*. O Estado continua soberano para acatar ou não o pedido; e, em vários instrumentos, sequer necessita fundamentar eventual indeferimento de traslado¹⁶.

Assim, não se postula a generalização de transferências – talvez até como duvidosa panacéia para o mal da superpopulação penitenciária – ou sua completa banalização. O que se sustenta é que não se deve simplesmente fechar a porta para possíveis pedidos de transferência, mas recebê-los e proceder a análises pontuais – como diuturnamente ocorre nos inúmeros incidentes de execuções penais, onde vários fatores são considerados, inclusive o comportamento prisional do apenado¹⁷.

¹⁵ A expulsão do estrangeiro que viola as leis do nosso País, como se sabe, pode ocorrer a qualquer momento: antes, durante ou imediatamente após o cumprimento da sanção penal respectiva (conf. Lei 6.815/80, art. 67; ver tb. recente Lei de Entorpecentes – Lei 10.409/02, art. 50). Em regra, no Brasil, os decretos de expulsão são condicionados ao cumprimento da integral da pena ou à liberação por parte do Judiciário. Porém, em muitos Estados da Federação, verifica-se, nas varas de execução penal, do juiz conceder o benefício do livramento condicional ao apenado estrangeiro, *condicionado a sua imediata expulsão*. Evidentemente, o restante da pena que o estrangeiro liberado condicionalmente teria que cumprir não será observado. Tal praxe importa numa espécie de *comutação judicial da pena travestida de livramento condicional*.

¹⁶ Nesse sentido, o tratado Brasil/Bolívia dispõe: "O Estado Remetente poderá negar a autorização de transferência sem indicar a causa de sua decisão" (art. 7º, item 2).

¹⁷ A transferência de presos entre Estados da Federação, enquanto incidente de execução, está prevista no art. 86, da Lei de Execuções Penais. Sobre ela, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que "Não se constitui direito do preso a sua transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, onde possui mulher e filhos, cabendo ao Juiz da Vara das Execuções Penais avaliar a conveniência da

Não obstante, rompendo o silêncio que reina no cenário jurídico brasileiro, tramita no Supremo Tribunal Federal expediente formulado pelo Ministério das Relações Exteriores¹⁸, onde diversas questões são colocadas à consideração da Corte Suprema, vez que "*a orientação dessa Egrégia Corte sobre matéria de tamanha importância, cuja única base legal se assenta em tratados internacionais, torna-se imprescindível para evitar que o governo brasileiro negocie acordos cujas obrigações, posteriormente, não esteja em condições de cumprir*"¹⁹.

Cumpra registrar, por fim, que o julgamento desta petição – que, materialmente, possui natureza de ação direta de constitucionalidade de tratado, conforme entendimento exarado pela Procuradoria-Geral da República²⁰ – é de capital importância para o futuro desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL: TRATADOS E CONVENÇÕES

No âmbito internacional, o primeiro tratado de transferência de pessoas condenadas que se tem notícia se deu em 1951, entre Líbano e Síria²¹.

Não obstante, a difusão do instituto ocorreu, sem dúvida, com a "Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas", feita em 21.03.1983, em Estrasburgo, e aberta a assinatura não só dos Estados que compõem o Conselho da Europa, como também dos "Estados não membros que participaram na sua elaboração" ou que, posteriormente, expressarem o seu "*consentimento em ficar vinculado à Convenção*"²².

Esta convenção – frise-se – é um marco importante na presente matéria, não só por sua vocação "universalista", mas, principalmente, por ter influído

medida". (STF – HC 74.814-7 – Rel. Min. Ilmar Galvão – publicado no DJ 11.04.1997 – Ementário 1864-06). Ver tb. RTJ 113/1049; RSTJ 27/56; RT 645/278; RT 719/398; RT 744/521; RT 750/733; e RHC 8.142/STJ.

¹⁸ Petição 1982-2/170.

¹⁹ Aviso 3, DCJ-MRE-AJUR, de 20.04.2000, endereçado pelo Ministro das Relações Exteriores ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

²⁰ Parecer do Ministério Público Federal, aprovado pelo Procurador-Geral da República em 25.04.2001.

²¹ Conf. PISANI, Mario. Cooperazione internazionale in materia penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4, Milão, 2000. p. 1.629. Este autor salienta, ainda, que a evidente proximidade geográfica e cultural foi o que determinou o pioneirismo do tratado sírio-libanês.

²² Conf. art. 18, itens 1 e 3, da "Convenção Européia sobre a transferência de pessoas condenadas", doravante denominada de Convenção de Estrasburgo. Entre os Estados não integrantes do Conselho da Europa que aderiram àquela convenção, figuram Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Rússia, Israel, Tonga e Trinidad-Tobago. O Brasil não participou da elaboração do citado Convênio, nem demonstrou, posteriormente, interesse em subscrevê-lo.

decisivamente na elaboração de acordos bilaterais entre a generalidade dos países, europeus ou não, na medida em que, para ela, o traslado de presos reveste-se

*de um especialíssimo interesse, não só para a execução e cumprimento de penas e medidas de segurança privativas de liberdade no país de origem, com o prévio consentimento do réu e, de acordo com o sistema de prosseguimento ou de conversão da condenação, e com a aplicação do sistema de execução do denominado 'Estado de execução' ou receptor, senão também para se aprofundar na cooperação judicial europeia em matéria de execução de sentenças penais transitadas em julgado*²³.

Através da exposição de motivos da Convenção de Estrasburgo, percebe-se que seu objetivo é o de

*facilitar a transferência de presos estrangeiros a seus países de origem criando um procedimento simples e rápido. Desse ponto de vista, ela visa a completar a Convenção europeia sobre o valor internacional de julgados repressivos de 28.05.1970 que, embora permitindo a transferência de presos, apresentava dois inconvenientes importantes: ela foi ratificada por um pequeno número de Estados, e o procedimento que ela previu não permitia a transferência rápida de presos estrangeiros. A fim de suplantar essa última dificuldade, devida às complexidades administrativas inevitavelmente ligadas a um documento tão complexo e detalhado como a Convenção europeia sobre o valor internacional de julgados repressivos, a presente Convenção visa fornecer um mecanismo simples, rápido e ágil para o repatriamento de prisioneiros*²⁴.

Por essa razão, os comentadores da Convenção de Estrasburgo assinalam que

*na sua gênese esteve – e está – uma nova preocupação dos Estados em matéria de execução de penas, no quadro de uma política criminal moderna, que confere aos imperativos de reinserção social do delinquente a primazia sobre a necessidade de punir e sobre o valor moral da expiação. Corolariamente, o escopo principal da Convenção é o de permitir a execução da pena no meio social de origem do condenado – onde estão presumivelmente reunidas as condições que melhor facilitem a sua reinserção. Mas não lhe são estranhas considerações humanitárias, designadamente a conveniência de evitar que a sanção penal se execute em condições mais gravosas, atentas as dificuldades de comunicação decorrentes das barreiras linguísticas, da ausência de contatos com familiares e amigos e, em particular, pelas dificuldades de adaptação a culturas e modos de vida estranhos ao delinquente*²⁵.

²³ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado*..., p. 7.

²⁴ Item 8º, do "Rapport explicatif relatif à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées".

²⁵ ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada*..., p. 131.

4 DISTINÇÃO ENTRE A TRANSFERÊNCIA DE PRESOS E INSTRUMENTOS ASSEMELHADOS

Muito embora se assemelhem no fato de serem atos jurídicos que surtem efeitos na órbita internacional, envolvendo, ou não, a saída de pessoas, há marcantes diferenças entre o traslado de prisioneiros e outros instrumentos de colaboração entre os Estados na repressão do crime e do criminoso ou de autodefesa frente a estrangeiros indesejados.

Apesar da transferência ter surgido no embalo do incremento da extradição, dela recebendo forte influência, verifica-se clara a distinção entre tais institutos.

De imediato, a concordância do apenado, crucial para o traslado de prisioneiro, está, obviamente, fora de questão na extradição.

Nesta, objetiva-se justamente a captura de pessoa que não quer se submeter, espontaneamente, à justiça de um Estado. Para tanto, faz-se *mister* a ajuda do país onde se encontra o foragido – inculcado ou já condenado. Quer-se, fundamentalmente, aplicar a lei penal de um Estado em face de alguém que dela tenta se esquivar²⁶.

Ao contrário, na transferência não há uma lei penal carente de efetividade. O que existe é a composição de interesses entre dois Estados e o indivíduo que cumpre a pena. Diante desse concerto de vontades, o Estado onde se encontra em execução determinada sanção abre mão da prerrogativa de exercer todo seu *ius puniendi* em favor do Estado de origem daquele apenado, comprometendo-se, este último, a observar os termos do decreto condenatório, inserindo o penitente em seu sistema de execução penal.

Em suma,

*esta exceção à regra de competência geral do Estado de condenação em favor do Estado receptor, em que se baseia o instituto do traslado, responde não a idéias retributivas de possibilitar a realização do ius puniendi do Estado reclamante ou ao intento de evitar lacunas de impunidade, ao modo da extradição, mas, sim, a fundamentos reabilitadores que possibilitem o encarceramento do apenado ao seu meio social e familiar para uma consecução mais eficaz de sua reinserção social*²⁷.

Não se pode, sob outro ponto de análise, confundir a transferência com os institutos da deportação e da expulsão.

²⁶ Pela clássica definição de Hildebrando Accioly, a extradição consiste no "ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo" (Apud GUEIROS SOUZA, *As novas tendências*..., p. 9).

²⁷ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado*..., p. 43.

Conforme já ressaltado, “a deportação consiste na retirada forçada de estrangeiro, nos casos de entrada ou estada irregular no Brasil, conforme os termos do art. 57, do Estatuto do Estrangeiro. Tratando-se de um simples ato administrativo, a deportação pode ser praticada pela autoridade policial federal ou mesmo por um agente de polícia federal. Regularizada sua situação, o deportado pode livremente retornar ao território nacional”²⁸.

A expulsão, por sua vez, é medida aplicada ao estrangeiro considerado nocivo à ordem pública e social, ou inconveniente aos interesses nacionais, na forma do art. 65, da Lei 6.815/80. A conveniência e a oportunidade da prática da expulsão é da exclusiva alçada, do Presidente da República, exigindo, para a sua decretação, a existência de procedimento administrativo com direito a defesa. Enquanto não revogado o decreto de expulsão, o estrangeiro não pode legalmente regressar no País.

É certo que, em ambos os casos, o Estado atua de forma unilateral, visando somente à defesa de seus interesses, sendo despicinda a manifestação de vontade do ádvna para a consumação do ato de deportação ou de expulsão.

Evidentemente, na transferência, não há *ação unilateral* por parte de um Estado, dentro de seu direito de autodefesa em face de estrangeiros em situação irregular ou perturbadores da ordem pública, mas, sim, a convergência de interesses à transposição espacial da fase de determinada execução penal.

Sem embargo, na tramitação da transferência passiva – isto é, do Brasil para o exterior –, é praxe do Governo brasileiro, junto com o ato de transferência, *expulsar* o indivíduo trasladado, como forma de acautelar o interesse público no sentido da proibição daquele criminoso retornar ao território nacional, mesmo após o cumprimento da pena²⁹.

Um outro instituto jurídico que difere da transferência de preso é o da execução da sentença condenatória estrangeira, na medida em que esta última consiste na transmissão do título condenatório definitivo para que, devidamente homologado administrativa ou judicialmente, possa surtir efeitos, como se tivesse sido exarada pela justiça do Estado recebedor³⁰.

Na execução de sentença penal estrangeira sobreleva o caráter repressivo do ato de colaboração em matéria penal, vez que a vontade daquele sobre o qual incidirão os efeitos da homologação é, mais uma vez, irrelevante.

Trata-se, com efeito, de um instituto que almeja aplicar uma sanção penal, regularmente editada pela justiça de um país, no território de outro onde se encontra fisicamente o condenado – geralmente um indivíduo foragido daquela justiça –, quando impossibilitada a via extradicional.

²⁸ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências...*, p. 26.

²⁹ Ver o item 8.1, abaixo.

³⁰ Neste sentido, o art. 101, item 2, da lusitana “Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal” dispõe que “As sentenças estrangeiras executadas em Portugal produzem os efeitos que a lei portuguesa confere às sentenças proferidas pelos tribunais portugueses”.

Não se ignora que a transferência implica na transmissão de uma sentença condenatória, na fase posterior de execução penal. Porém, nela muito mais do que a sentença, o que se “transfere” é o próprio indivíduo, coisa que não ocorre na execução de sentença penal estrangeira.

Ademais, no transferência de presos predomina o propósito de reinserção social do condenado. O indivíduo, portanto, não é mero *objeto* de um ato de colaboração entre Estados, mas verdadeiro *sujeito de direitos*, com direito a opinar sobre a conveniência e oportunidade do traslado.

Em síntese, se, de um lado, a transferência de prisioneiro se aproxima da extradição e da execução de sentença estrangeira, no sentido de serem, todas, atos de cooperação entre países diante do fenômeno do crime – diferentemente da deportação e da expulsão, que são meros atos unilaterais de defesa do Estado –, por outro lado, ela difere de todos os instrumentos precedentes, na medida em que prevê a participação ativa do indivíduo na concretização do objeto de sua disciplina, advindo, daí, o seu caráter humanitário³¹.

Releva salientar, conclusivamente, que todos esses institutos se interpenetram de alguma maneira. Neste sentido, a extradição – que é considerada a forma mais contundente de colaboração entre países na luta contra a criminalidade –, encontra-se, não obstante, submetida a limites. É o que se pode inferir, por exemplo, na hipótese de indeferimento do pedido extradicional, diante dos óbices de refazimento do processo no local de refúgio, tais como a dificuldade de se trasladar e traduzir os atos e documentos que compõem os autos originais; a perda de prova e vestígios que, com o tempo tendem a desaparecer; ou mesmo a diversidade de ânimo do *locus delicti*. Com a inviabilidade do ato extradicional, entram em linha de tiro a execução da sentença penal estrangeira, no seu aspecto principal, e a transferência de preso, quando conveniente aos interesses envolvidos³².

5 ASPECTOS JURÍDICOS DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS

5.1 Conceito e objetivos

Como visto, a transferência de presos consiste num ato trilateral, uma vez que, além da concordância dos Estados envolvidos – Remetente e Receptor –, pressupõe a aquiescência do indivíduo condenado, por meio da qual se trans-

³¹ Conforme assinalado pela doutrina, “talvez seja ainda mais sensível o seu valor como instrumento que permite um tratamento ‘mais humano’ das pessoas a quem se aplica” (ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional...* p. 137).

³² Imbuída desse espírito, a Convenção da ONU contra o tráfico de entorpecentes, celebrada em Viena, no ano de 1988, previu não só a flexibilização dos procedimentos de extradição e outros mecanismos de cooperação penal, como também, diante da impossibilidade de concessão da extradição em virtude da nacionalidade da pessoa envolvida, que os Estados se comprometessem a proceder à execução da sentença penal estrangeira imposta àquele indivíduo, e, ainda, a celebrarem tratados sobre traslado de pessoas condenadas a prisão, em razão de delitos relacionados com o narcotráfico.

porta a fase de execução de determinada pena, em regra privativa de liberdade, do primeiro para o segundo Estado, fazendo com que o apenado a cumpra próximo de seu ambiente social e familiar.

Através desse instituto quer-se atingir a um duplo objetivo: incrementar a cooperação internacional em matéria penal, servindo, assim, aos interesses de uma boa administração da justiça; e favorecer a reinserção social das pessoas condenadas, dando a possibilidade àqueles que se encontram privados da sua liberdade, em virtude de uma infração penal, de cumprir a condenação no seu ambiente social de origem.

Objetiva-se, portanto, encontrar uma solução equitativa para o problema do criminoso estrangeiro, “que permita não só a sua adequação ao necessário cumprimento efetivo da pena, mas que simultaneamente possibilite a futura reintegração do condenado no Estado de que é nacional”³³.

Dessa forma,

*considerando que tais finalidades só se otimizam se houver a possibilidade de que o detido possa vir a cumprir a sua condenação no seu ambiente social de origem, surgiu assim um novo instituto de cooperação judiciária internacional em matéria penal, denominado de Transferência de Pessoas Condenadas, com o qual se visa possibilitar que uma pessoa condenada em pena ou sujeita a medida de segurança, privativas da liberdade, por um tribunal estrangeiro possa ser transferida para o seu país de origem para ali a cumprir*³⁴.

5.2 Objeto da transferência de presos

O conteúdo da transferência de prisioneiros gira em torno da pena privativa de liberdade. É ela, sem dúvida nenhuma, que movimenta toda a engrenagem de gestões diplomáticas e jurídicas que fazem com que, sem solução de continuidade, o desconto do tempo de prisão que recai sobre o apenado passe do território do Estado da condenação para o território do Estado de execução.

Entretanto, outras hipóteses de sanções podem ser objeto de traslado, tais como medidas de segurança e medidas pertinentes a menores infratores.

No tocante à disciplina da matéria nos compromissos firmados pelo Brasil, verifica-se que a *medida de segurança* foi prevista como objeto de transferência apenas no tratado celebrado com a República Portuguesa, conforme se observa da definição que este acordo dá ao termo “condenação”, que é considerada como

³³ SIMON, Theodore; ATKINS, Richard. Prisoner Transfer Treaties: Crucial times ahead. In: **The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar**. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995. p. 70.

³⁴ CRUZ BUCHO, José Manuel; SILVA PEREIRA, Luis. **Cooperação Internacional Penal**: Extradição e transferência de pessoas condenadas. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2000. p. 116 (destaques do original).

“qualquer pena ou medida privativa da liberdade, incluindo medida de segurança de duração determinada, proferida por juiz ou tribunal, em virtude da prática de infração penal”³⁵.

Afora esta única referência expressa às medidas de segurança nos tratados bilaterais brasileiros, pode-se, ainda, extrair da Convenção Interamericana – da qual o Brasil é signatário – a possibilidade de ser veiculada tal hipótese de sanção penal destinada ao inimputável ou ao semi-responsável, através dos “casos especiais” de aplicação daquela convenção, conforme estipulado no seu art. 9º³⁶.

No que tange às sanções destinadas a *menores infratores*, o Brasil foi mais generoso, pois, além de existir igual previsão na Convenção Interamericana, há, ainda, a possibilidade delas serem manejadas nos tratados firmados com Canadá, Chile, Paraguai e Espanha.

Com relação a este último Estado, anote-se que o documento em vigor assinala que os seus efeitos estendem-se “a pessoas sujeitas à vigilância ou outras medidas, de acordo com a legislação de uma das Partes com relação aos menores infratores. As Partes deverão, de conformidade com suas legislações, acordar o tipo de tratamento que deverá ser dispensado a tais pessoas no caso de transferência. O consentimento para a transferência deverá ser obtido junto à pessoa legalmente autorizada”³⁷.

Nada impede, por outro lado, que o foco da transferência também incidirá sobre o *livramento condicional*, permitindo, assim, que a fiscalização do cumprimento das condições dessa fase de execução penal passe para o Estado Receptor. Igual raciocínio vale, ainda, para os casos de *suspensão condicional da pena* ou de regimes prisionais que admitam a saída do prisioneiro do cárcere.

Neste sentido, todos os tratados subscritos pelo Brasil, com exceção daquele firmado com Portugal, bem como a própria Convenção Interamericana, aludem ao fato do traslado estender-se ao liberado condicionalmente e “a pessoas sujeitas à vigilância ou outras medidas”, expressão que, com certeza, abrange as chamadas alternativas penais³⁸.

³⁵ Tratado Brasil/Portugal, art. 1º, letra “a”. Como as medidas de segurança, no Brasil, vigoram por tempo indeterminado (CP, art. 97, § 1º), tem-se como inexecutável esse dispositivo.

³⁶ Art. 9º, da Convenção Interamericana: “Aplicação da Convenção em casos especiais. (...) Se o acordarem as Partes e para efeitos de seu tratamento no Estado receptor, poderá aplicar-se esta Convenção a pessoas que a autoridade competente houver declarado inimputáveis. As partes acordarão, de conformidade com o seu direito interno, o tipo de tratamento a ser dispensado às pessoas transferidas. Para a transferência deverá obter-se o consentimento de quem estiver legalmente facultado a concedê-lo”.

³⁷ Tratado Brasil/Espanha, art. 9º, item 1. Idêntica redação é verificada nos tratados firmados com o Canadá e Chile (com a mesma numeração de artigo), e, ainda, com Paraguai, através de uma redação um pouco diferente (art. 9º, item 2: “A execução da medida privativa de liberdade que se aplicar a menores de idade se cumprirá de acordo com a legislação do Estado receptor”).

³⁸ Nestes termos, dispõe o Tratado Brasil/Paraguai que se o “nacional de uma Parte estiver cumprindo uma pena imposta pela outra Parte sob condição de suspensão condicional da pena, regime de liberdade condicional ou regime carcerário que não seja o fechado, poderá cumprir tal pena sob a vigilância das autoridades do Estado

Mesmo não sendo freqüentes, no Direito Comparado, os casos efetivados de traslado do livramento condicional ou de regime penal extramuros, nada impede que, futuramente, tal modalidade venha a se difundir no plano internacional, até mesmo por sua singeleza e barateamento de custos; bastaria que o liberado, interessado em observar os termos da condenação, levasse em mãos a documentação pertinente, continuando o cumprimento do período de prova da respectiva fase de execução penal no seio de sua comunidade.

Por fim, é necessário registrar que a pena de morte e a pena de prisão perpétua, enquanto sanções “*tratadas geralmente, pari passu, nas legislações que a adotam e na doutrina, como integrantes da mesma categoria de penas eliminatórias*”³⁹, estão totalmente excluídas do âmbito da transferência de presos, tendo em vista a incompatibilidade de tais manifestações punitivas com a natureza humanitária do presente instituto.

Nesta linha, há previsão, em diversos tratados de transferência, da necessária comutação daquelas penas eliminatórias, antes de se proceder às tratativas diplomáticas no sentido de realização do traslado⁴⁰.

5.3 O tratado como pressuposto da transferência

Em que pese a possibilidade da mera promessa de tratamento recíproco ser, em tese, fonte para a transferência de presos, a base precípua deste instrumento internacional é o tratado formal. Com ele, se garante não só a obrigatoriedade do exame de caso futuros, mas, principalmente, a regulação casuística dos sistemas penais dos Estados contratantes, conforme as peculiaridades de cada qual.

Portanto, o pressuposto para a dedução e efetivação do traslado de uma pessoa condenada é a existência de um acordo bilateral, firmado entre o Estado de que é nacional e o Estado onde se encontra cumprindo a respectiva sanção penal⁴¹.

Não se pode ignorar, entretanto, que a transferência pode operar não só através de tratados bilaterais, mas, inclusivamente, por meio de documentos

recebedor”. (art. 9º, item 4). Semelhante redação foi utilizada nos acordos firmados com a Argentina e a Bolívia.

³⁹ Extradução 426, voto do Ministro Rafael Mayer (RTJ 115/969). Sobre a polêmica questão da admissibilidade da extradução para o cumprimento de pena de prisão perpétua vide GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extraducional*, p. 143 e ss.

⁴⁰ Convenção Interamericana, art. 3º, item 5: “Esta Convenção aplicar-se-á unicamente nas seguintes condições: (...) 5. Que a pena a ser cumprida não seja pena de morte”.

⁴¹ Conforme salientado pela doutrina, verbis: “As condições da transferência. Condições de fundo: O art. 3º, da Convenção [de Estrasburgo] de 1983 enumera seis condições para a transferência. Entretanto, uma é tão evidente que parece mais, malgrado a letra do texto, uma condição preambular do que uma condição real. Trata-se da existência de um tratado bilateral que deve existir entre dois Estados sobre a transferência de prisioneiros. Para dizer a verdade, trata-se de algo evidente, pois toda cooperação penal interativa se funda sobre um tratado”. (PRADEL, Jean; CORSTENS, Geert. *Droit pénal européen*. Dalloz: Paris, 1999. p. 92).

multilaterais. Na verdade, com a elaboração de convenções internacionais – tais como a pioneira Convenção de Estrasburgo e, mais recentemente, a Convenção Interamericana –, o instituto da transferência tende a ficar envolto numa verdadeira rede internacional, de sorte a uniformizar e simplificar a regulação dos seus atos.

Sem prejuízo das relações jurídicas entabuladas em instrumentos bi ou multilaterais, é de todo recomendável que, de *lege ferenda*, tal como ocorre com o instituto da extradução, haja uma normatização interna da transferência de prisioneiros, seja numa hipotética lei de cooperação internacional em matéria penal ou mesmo no próprio Código de Processo Penal – Livro V, das “Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira” –, aproveitando-se, assim, do atual processo de reforma.

Com a elaboração de uma *lei interna*, poder-se-á conferir um caráter mais abrangente ao instituto, sistematizando-o com os institutos da extradução, da execução de sentença penal estrangeira, cumprimento de cartas rogatórias, além de outros mecanismos de colaboração internacional em matéria penal.

5.4 Requisitos legais

5.4.1 Nacionalidade do trasladado

Segundo a maior parte dos tratados que versam sobre o instituto da transferência de presos, há cinco grupos de documentos a serem examinados para o deferimento de um pedido de traslado: um que envolve a nacionalidade do trasladado, outro que estabelece a natureza definitiva da sentença condenatória, um terceiro que examina o lapso razoável de pena pendente de cumprimento, um quarto que atesta o formal consentimento do condenado e, por fim, o que comprova a dupla incriminação do fato.

O primeiro desses requisitos – qual seja, o que exige que o condenado seja nacional do Estado receptor – está previsto na generalidade dos tratados de transferência.

Sem embargo, tal requisito nada mais significa do que a manifestação de um “nacionalismo” no pior sentido da expressão, uma vez que, proibindo-se o traslado de um não-nacional, estar-se-ia, muitas vezes, impedindo que alguém que possuía laços familiares, culturais, lingüísticos etc. com determinado país – mas que não possuía o selo de ser nacional –, não possa beneficiar-se desse mecanismo de reinserção social, fato este que depõe contra o espírito humanitário e o sentimento de justiça que norteiam e fundamentam a própria existência do instituto.

Conforme asseverado pela doutrina, “*ser nacional de um país não permite presumir que a pessoa desfrute de relações sociais que façam mais recomendável o cumprimento da pena nele mesmo e, em sentido inverso, pode ocorrer*”.

rer que um estrangeiro se encontre radicado num país estranho com família e ocupação estável. A exclusão dos não nacionais *ab initio* é um critério discriminatório contrário às metas do traslado⁴².

Diante de tal premissa e observando os acordos firmados pelo Brasil, verifica-se, no particular, que apenas o documento feito com Portugal excepciona o rigor da nacionalidade, para compreender, também, a transferência do condenado que possua “*residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra Parte que justifique a transferência*”⁴³, decerto em razão do direito português, favorável à recepção do estrangeiro ou apátrida nessas circunstâncias⁴⁴.

Igual inclinação “nacionalista”, isto é, de permitir apenas ao nacional a possibilidade de ser trasladado para cumprir pena no Estado de origem, é encontrada no Direito Comparado.

A única exceção digna de relevo encontra-se no “*Acordo relativo à aplicação entre os Estados-membros das Comunidades Europeias da Convenção sobre Transferência de Pessoas Condenadas*”, feito em 1987, em Bruxelas. Alargando o raio de aplicação da transferência no âmbito da Comunidade Europeia – excluindo, portanto, os Estados não europeus signatários da Convenção de Estrasburgo –, aquele protocolo dispõe que “*cada Estado-membro considerará como seus nacionais os nacionais de qualquer outro Estado-membro, cuja transferência se considere aconselhável e no interesse da pessoa em causa, tendo em conta a sua residência habitual e regular em seu território*”⁴⁵.

Para os comentadores da Convenção de Estrasburgo, esta ampliação do conceito de nacional para fins de transferência, “*não só pretendeu superar o estreito conceito da nacionalidade, como também avançar no desenvolvimento da nacionalidade europeia única*”⁴⁶.

Percebe-se, portanto, que salvo as específicas circunstâncias, de laços culturais, políticos ou históricos, que unam determinados povos – como são as relações entre Brasil e Portugal, ou entre os membros da Comunidade Europeia, ou, ainda, entre os chamados Países Nórdicos⁴⁷ –, a regra geral no campo do

⁴² CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 37.

⁴³ Tratado Brasil/Portugal, art. 3º, letra “a”.

⁴⁴ Nesse sentido, a portuguesa “Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal” impõe como uma das “condições de admissibilidade” para execução de sentença estrangeira em Portugal ou para o traslado àquele país, que “o condenado seja português, ou estrangeiro ou apátrida que residam habitualmente em Portugal” (conf. Lei 144/99, art. 96, item 1, letra “f”).

⁴⁵ Art. 2º, do “Acordo relativo à aplicação entre os Estados Membros da Comunidade Europeia da Convenção sobre Transferência de pessoas condenadas”.

⁴⁶ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 56.

⁴⁷ Sobre os Estados Nórdicos, salienta-se que o conceito de nacional inclui, “*como eles têm o costume de fazê-lo, os cidadãos pertencentes à chamada comunidade nórdica*”, “*particularmente entrosada no campo da cooperação penal*”. (Conf. HARREMOES, Erik. Une nouvelle Convention du Conseil de l’Europe: le transfert de personnes condamnées. *Revue de science criminelle et de droit penal compare*. Paris, n. 1, p. 238, jan./mar. 1983).

traslado de prisioneiros é a de conferir direito à medida apenas aos nacionais dos Estados envolvidos.

É claro, por outro lado, que a definição do que se entenda por *nacional* é dada pela a legislação de cada país. Segundo os tratados de transferência por nós firmados, “*por nacional se compreenderá, no caso do Brasil, um brasileiro, segundo definido pela Constituição Brasileira*”⁴⁸.

As autoridades centrais encarregadas do processamento do pedido de transferência exigem, como prova da nacionalidade do condenado, que seja apresentada uma *certidão de nascimento*, ou documento equivalente, expedido por um registro civil do Estado receptor, sendo que o passaporte não é aceito para suprir tal exigência⁴⁹.

Uma questão interessante que se coloca, nesse contexto, é a de saber qual a solução jurídica para a hipótese do condenado possuir dupla nacionalidade: uma do Estado da condenação e outra do Estado receptor.

Acredita-se que, em tal hipótese, a transferência estaria prejudicada, pois a condição de *nacional*, nos termos do Estado da condenação, implica no apenas ser considerado *estrangeiro* perante o Estado da execução.

Não obstante, há quem sustente o contrário, isto é, de que é factível a transferência em tal hipótese, sendo que “*em caso de dupla nacionalidade, o critério determinante será o do lugar de residência*”⁵⁰.

5.4.2 Sentença condenatória transitada em julgado

Um outro requisito, inserto nos tratados e convenções sobre transferência de prisioneiros, exige que a sentença seja definitiva, isto é, “*que não esteja pendente de julgamento qualquer recurso em relação à condenação imposta ao preso no Estado Remetente ou que tenha expirado o prazo para a interposição de recurso*”⁵¹.

⁴⁸ Tratado Brasil/Chile, art. 2º, letra “c”. Semelhante dispositivo pode ser encontrado nos demais acordos feitos pelo Brasil nessa matéria.

⁴⁹ No caso do Brasil, enquanto Estado receptor do nacional, essa exigência gera alguma dificuldade no âmbito do Ministério da Justiça, dadas às dimensões continentais de nosso país, que dificultam a localização do registro civil onde foi assentado o nascimento do brasileiro que cumpre pena no exterior – que são geralmente pessoas desassistidas jurídica e socialmente. Sobre o passaporte, é consabido que o mesmo é um documento que gera uma natural suspeição, tendo em vista a possibilidade de sua falsificação, material ou ideológica. Não obstante, a *ficha de preenchimento para a expedição do passaporte* revela-se um bom indicativo da localização do registro civil do nascimento do nacional.

⁵⁰ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 57, com a análise de um caso de dois condenados que, além de serem argentinos, tinham a nacionalidade espanhola (Caso *Ramos, Mora/Sebastián, Joaquim*). Segundo o relato, a Câmara Nacional de Cassação Penal da Argentina concedeu o traslado sob o entendimento de que “*basta que a pessoa mostre seu desejo de trocar de domicílio, desde que presentes os demais requisitos, para que quem ostenta a dupla nacionalidade possa ser trasladado ao outro país para cumprir a respectiva condenação*”. (Op. cit., p. 58).

⁵¹ Tratado Brasil/Canadá, art. 3º, letra “d”.

Isto se deve, em primeiro lugar, por conta do princípio universal da *presunção de inocência* – acolhido, em nossa Constituição, no art. 5º, LVII –, através do qual não é permitido o cumprimento de sanção de natureza penal enquanto não esgotadas as possibilidades de se recorrer contra o decreto condenatório.

Se tal regra vale para o direito interno, mais válida ainda para o âmbito externo, na medida em que seria temerária a transferência de alguém para uma hipotética *execução provisória da pena*.

Em suma, no trato das relações internacionais é preciso que haja segurança jurídica sobre a quantidade e a natureza da pena a ser trasladada, até porque também vigora, no terreno da transferência de presos, o conhecido princípio processual que veda a *reformatio in pejus*.

Ou seja, não é lícito ao Estado da execução “*agravar, aumentar ou prolongar a pena ou a medida aplicada no Estado da condenação, nem privar a pessoa condenada de qualquer direito para além do que resultar da sentença proferida no Estado da condenação*”⁵².

Evidentemente, a exigência de firmeza da decisão não está infensa à possibilidade de revisão extraordinária do julgado, conforme a nossa *revisão criminal* ou o *recurso de amparo*, comum nos países de língua espanhola.

Cumpra registrar, porém, que apenas o Estado da condenação pode proceder à revisão do julgado e, em havendo a desconstituição do título judicial, comunicar ao Estado da execução – tal competência insere-se nas *reservas de jurisdição*, abaixo explicitadas.

Os tratados nessa matéria não permitem, assim, que o Estado receptor veja o julgado estrangeiro, sob pena de desrespeito à soberania do outro Estado.

Numa palavra, se, por um lado, o trânsito em julgado coloca-se como óbice à *reformatio in pejus* – o que é uma garantia a favor do trasladado –, por outro, tal requisito impede que se proceda a uma indevida revisão *pro reo* no Estado receptor.

Não se pode esquecer, sob um outro ângulo, que a sentença condenatória transitada em julgado acarreta, além da imposição de pena, outras conseqüências, não só de natureza penal, mas, também, extrapenal, figurando, dentre estes efeitos, o de tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime⁵³.

Assim, uma das condições para a transferência, prevista no Tratado Brasil/Paraguai, é a de que

⁵² Tratado Brasil/Portugal, art. 9º, item 2, letra “a”.

⁵³ Conf. Código Penal, art. 91, inc. I.

*o preso tenha cumprido ou garantido o pagamento, de forma satisfatória para o Estado remetente, das multas, despesas com a justiça, reparação civil e sanções penitenciárias de qualquer natureza que correm às suas custas, conforme o disposto na sentença e que não esteja tramitando demanda por indenização na jurisdição civil. Excetua-se o preso que comprove devidamente a sua absoluta insolvência*⁵⁴.

Ora, enquanto não liquidada a obrigação de reparar o dano, ou justificada a impossibilidade de o fazê-lo, há o entendimento geral no sentido de ser desaconselhável, ao Estado demandado, consentir na transferência do preso estrangeiro⁵⁵.

5.4.3 Duração da pena pendente de cumprimento

A condenação que resta a ser cumprida, de acordo com a maioria dos tratados de transferência de prisioneiros, deve obedecer a um razoável lapso de tempo, geralmente de *seis meses*, contado a partir da data do protocolo do pedido perante a autoridade responsável no Estado da condenação.

Este requisito decorre do fato de que, se por um lado, um diminuto tempo remanescente – isto é, inferior ao referido semestre – praticamente inviabiliza os fins ressocializadores que impulsionam o instituto da transferência, por outro, através da fixação de um *quantum*, se estabelece uma equitativa relação entre o custo e o benefício de toda a operação, que envolve a tramitação e a tradução de uma grande quantidade de papéis.

Verifica-se, nesta questão, uma ausência de uniformidade do Governo brasileiro, pois em alguns documentos – quais sejam, os tratados assinados com Canadá, Portugal, Espanha e Chile – encontra-se fixado o prazo não inferior a *seis meses*. No entanto, em outros, o Brasil estipulou em *um ano* o tempo remanescente da pena a ser objeto da transferência – conforme os acordos firmados com Bolívia, Argentina e Paraguai, que são, justamente, países com os quais fazemos fronteira, circunstância esta que favoreceria o encurtamento do tempo em razão do fator espaço.

⁵⁴ Tratado Brasil/Paraguai, art. 3º, letra “f”.

⁵⁵ Nesta linha, a seguinte decisão do Ministério da Justiça da França: “*Para recusar a transferência de um prisioneiro, a autoridade administrativa pode não somente se basear na circunstância de uma das condições enunciadas nas alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’ e ‘e’, do item 1, do art. 3º, da Convenção do Conselho da Europa de 21.03.1983 não se cumpriu, mas tem igualmente a faculdade da recusa por motivos de interesse geral, notadamente de boa administração da justiça, dependendo de seu poder de apreciação (...), de sorte que a administração penitenciária pode se opor à transferência sob o argumento de que o condenado ainda não satisfaz o pagamento aos lesados dos prejuízos a que deu causa – este fundamento está inserido dentro do rol de motivos de interesse geral sobre os quais o Ministro da Justiça pode legalmente recusar a transferência*”. (Tribunal Administrativo de Poitiers, decisão de 01.07.1999. In: *La Semaine Juridique. Jurisprudence*. Paris, n. 47, 1999. p. 2.090). (os destaques são do original).

Em conclusão, tal disparidade de lapsos temporais poderá gerar alguma controvérsia na aplicabilidade dos tratados que exigem o prazo mais longo de um ano, notadamente frente ao princípio da isonomia, pois não há sentido em se estabelecer um tratamento desigual entre brasileiros no estrangeiro – como também entre estrangeiros no Brasil –, que se encontram na mesma situação, qual seja, a de estarem cumprindo penas privativas de liberdade.

5.4.4 Consentimento do condenado

Conforme já assinalado, o formal consentimento do condenado consiste no requisito legal que imprime o caráter humanitário ao instituto jurídico da transferência de presos, apartando-o dos demais mecanismos de cooperação penal em matéria penal.

Neste sentido, tem-se que

*fundamentadas nos fins ressocializadores da pena, não se pode ignorar que as medidas orientadas a esses fins necessariamente devem contar com a participação do interessado. Um traslado imposto ao condenado poderá responder aos interesses da justiça, coincidentes ou não com os do réu, porém desde logo não oferece garantias de êxito das aspirações ressocializadoras. Assim, pois, não é exagerado afirmar que se trata do requisito nuclear do instituto*⁵⁶.

É interessante observar, neste ponto, que mesmo quando o procedimento de transferência é iniciado a pedido do próprio preso, ainda assim é mister que se obtenha dele a formal declaração de que aceita ser trasladado para o país de origem. Isto porque, não raro, ocorre do condenado *desistir* da transferência, após a deflagração das tratativas diplomáticas e jurídicas, que se desenvolvem no prazo de alguns meses, dentro do qual pode se dar o referido arrependimento por parte do próprio postulante⁵⁷.

Os tratados de transferência de presos exigem, quando da manifestação da concordância do apenado, que ao mesmo deve ser participado de todas as consequências de seu ato, devendo – conforme já mencionado nesse trabalho – o Estado remetente “*dar ao Estado receptor a oportunidade, se este último*

⁵⁶ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado*..., p. 69.

⁵⁷ Caso não haja nenhuma disposição em contrário nos instrumentos que versam sobre a matéria, a desistência pode se dar até o momento imediatamente anterior à retirada física do prisioneiro do território do Estado da condenação. Com a exceção dos acordos Brasil/Espanha (art. 5º, item 6: “O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelo Estado receptor”) e Brasil/Chile (art. 5º, item 4: “O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelos dois Estados”), os demais tratados subscritos por nosso País são omissos quanto a essa questão.

assim o desejar, de comprovar, antes da transferência, o consentimento expresso do preso em relação à transferência”⁵⁸.

Dentre os esclarecimentos que devem ser prestados ao condenado, para que possa declarar seu consentimento sem qualquer vício de vontade, figura a especificação do local para onde o mesmo será transferido – informação esta de suma valia aos brasileiros que tencionam retornar ao País, tendo em vista as péssimas condições da maior parte de nossos estabelecimentos prisionais.

A contrapartida da manifestação livre da vontade do condenado é a de que, com ela, o Estado receptor fica dispensado de observar o *princípio da especialidade* – este princípio, como se sabe, é essencial ao instituto da extradição, significando que o Estado que recebe o prisioneiro não pode submetê-lo a julgamento por fatos anteriores àquele que fundamentou o pedido de cooperação penal⁵⁹.

Isto se deve ao fato de que, mais do que ninguém, o próprio interessado é sabedor de suas ações pregressas que podem demandar o exercício do *ius puniendi* por parte de autoridades do Estado receptor. Ademais, com a expulsão que se processa ao final do cumprimento da pena, o indivíduo terá mesmo que retornar ao país de origem, ficando, de qualquer modo, submetido ao império das leis de onde é nacional⁶⁰.

Anote-se, neste sentido, que nenhum tratado assinado pelo Governo brasileiro prevê a incidência do princípio da especialidade. Todos são unânimes em clausular somente que “*o preso transferido não poderá ser novamente julgado no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a pena imposta pelo Estado remetente*”⁶¹.

Por fim, dentro deste tópico, é necessário registrar a perigosa tendência, verificada em alguns Estados europeus – certamente fomentada por idéias xenófobas –, de prescindir da concordância do condenado para a transferência, quando inequívoco o ato de expulsão ao final do cumprimento da pena⁶².

⁵⁸ Tratado Brasil/Espanha, art. 5º, item 6, do. Neste sentido, salienta-se que “*sendo o consentimento do condenado um dos elementos fundamentais do mecanismo da transferência, justifica-se, para o Estado da condenação, a obrigação de se certificar que foi dado voluntariamente pelo mesmo condenado, com plena consciência das consequências jurídicas que dele decorrem, e para permitir ao Estado da execução verificar que ele preenche as condições requeridas*”. (ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal – Comentários*. Lisboa: Aequitas e Editorial Noticias, 1992. p. 182).

⁵⁹ Conforme GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências*..., p. 17 e ss.

⁶⁰ É interessante observar que, nos termos do art. 116, inc. II, do Código Penal, o curso do lapso prescricional se suspende “*enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro*”.

⁶¹ Tratado Brasil/Paraguai, art. 8º. O julgamento pelo mesmo delito importaria em odioso *bis in idem*. Excetuando o mesmo delito, o Estado receptor exerce plenamente sua soberania para processar e julgar o indivíduo trasladado por qualquer outro crime porventura incurso.

⁶² No particular, merece destaque o seguinte pensamento de WACQUANT, Loïc, “*Preocupados em navegar sobre a onda xenófoba que varre a Europa após a virada neoliberal da década de 80, a mídia e os políticos de todos os matizes amplificam este processo, fazendo, de maneira sincera ou cinica, direta ou indiretamente,*

Com efeito, no “Protocolo Adicional” ao Convênio Europeu de Transferência de Pessoa Condenada, de 08.12.1997, há a previsão de que

*se for requerido pelo Estado da condenação, o Estado da execução acederá à transferência de uma pessoa condenada sem o consentimento da mesma, quando a sentença condenatória, ou uma decisão administrativa dela decorrente preveja a expulsão ou a ordem de deportação ou outra medida que resulte no fato da pessoa não poder voltar ao território do Estado da condenação*⁶³.

Este dispositivo, decididamente, descaracteriza o instituto da transferência de presos, retirando seu cunho humanitário, na medida em que o estrangeiro perde a faculdade de optar pelo cumprimento integral da pena no local onde sofreu a condenação. Através daquele protocolo adicional, a transferência de pessoas condenadas metamorfoseia-se em um mero instrumento internacional de repressão criminal, em detrimento de sua vocação humanitária.

Para contrabalançar o indisfarçável viés recrudescedor, o “Protocolo Adicional de 1997” – firmado, dentre outros, por países como Alemanha, França, Itália e Portugal –, faz menção ao princípio da especialidade, prevendo que nenhuma pessoa transferida com base nas suas disposições “*poderá ser processada, sentenciada ou detida por delitos cometidos antes da transferência*”, exceto: a) quando o Estado da condenação o autorize; ou b) quando a pessoa condenada, tendo tido a oportunidade, não abandone o Estado da execução⁶⁴.

5.4.5 Princípio da dupla incriminação do fato

O último requisito constante dos acordos de transferência de presos compreende, na verdade, um princípio tradicional do instituto da extradição, qual seja, a exigência da dupla incriminação do fato – ou dupla identidade da infração –, que significa que o ato de colaboração só terá seguimento se “*os fatos que originaram a condenação constituírem infração penal face à lei de ambas as Partes*”⁶⁵.

mas sempre banalizada, o amálgama entre imigração, ilegalidade e criminalidade. Sempre apontado como perigoso, de antemão suspeito, se não o for por princípio, jogado às margens da sociedade e perseguido pelas autoridades com um entusiasmo sem igual, o estrangeiro (não-europeu) se transforma em um inimigo cômodo – suitable enemy, segundo a expressão do criminólogo norueguês Nils Christie. Como os negros pobres das metrópoles americanas, eles são ao mesmo tempo o símbolo e o alvo de todas as ansiedades sociais. A prisão, e as marcas que deixa, participam assim, ativamente, da criação de uma categoria europeia de ‘sub-brancos’, talhada sob medida para justificar uma guinada para a gestão penal da pobreza que, por efeito de halo, tende a se aplicar ao conjunto das camadas populares minadas pelo desemprego em massa e pela flexibilização do emprego, independente da nacionalidade”. (WACQUANT, Loïc. Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. In: Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro, n. 11, p. 125, 2001).

⁶³ Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo, art. 3º, item 1.

⁶⁴ Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo, art. 4º.

⁶⁵ Tratado Brasil/Portugal, art. 3º, letra “d”.

Ou seja, é necessário que o fato esteja tipificado como crime, tanto no Estado remetente quanto no receptor do indivíduo condenado.

Segundo a doutrina, através desse princípio, objetiva-se alcançar uma maior segurança na feitura dos atos de transferência, pois, de um lado, assinala que Estado da execução só pode permitir a privação de liberdade de um nacional, se este, com sua conduta no estrangeiro, violou um bem jurídico igualmente protegido por sua legislação interna; e, de outro, assegura ao Estado da condenação que a pena imposta por seus tribunais será materialmente cumprida pela justiça do outro Estado⁶⁶.

Da mesma forma que ocorre na extradição, a verificação da dupla incriminação é feita pela análise dos textos contendo a legislação penal pertinente de cada Estado – Remetente e Receptor – devidamente vertidos para os respectivos idiomas⁶⁷.

É certo, porém, que “*a incidência deste princípio limitativo do traslado de pessoa condenada é pouco significativa, devido a que, na atualidade, existe uma considerável homogeneidade nas figuras delitivas dos distintos sistemas penais e, em especial, entre os delitos castigados com pena de prisão, que são os que aqui mais interessam*”⁶⁸.

6 Necessidade de homologação da sentença estrangeira no Supremo Tribunal Federal

A questão de definir se a sentença estrangeira necessita ou não ser homologada, para que possa surtir efeitos no Brasil, com o conseqüente ingresso do nacional no juízo da execução penal, é fundamental para definição do instituto em nosso sistema jurídico.

Trata-se de uma questão crucial, infelizmente não abordada em nenhum dos tratados de transferência de presos firmados pelo Governo brasileiro⁶⁹.

⁶⁶ Conforme CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*, p. 70.

⁶⁷ Escrevendo sobre o princípio da dupla identidade do fato no contexto do direito francês, Philippe Conte salienta ser evidente “*que a comparação se faz relativamente ‘aos mesmos fatos’. Deve-se tratar naturalmente de fatos incriminados pelas duas legislações, de sorte que a transferência é negada se a infração estrangeira não tiver um equivalente francês. Mas, a identidade da qualificação não é necessária. Pode, por exemplo, se tratar de um ‘furto’ ao olhar de uma das legislações, e de um ‘abuso de confiança’ ao olhar de outra*”. (CONTE, Philippe. Heurs et malheurs de la Convention Européenne sur le transférement des condamnés: l’article 713-3 du Code de Procédure Pénale et la détermination de la partie de la peine restant a subir en France. In: *Mélanges offerts à Georges Levasseur*: droit penal – droit européen. Gazette du Palais: Paris, 1995. p. 400).

⁶⁸ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *cit.*, p. 70.

⁶⁹ No particular, os acordos subscritos pelo Brasil limitam-se a declarar que “*Cada Parte deverá tomar as medidas legais pertinentes e, caso necessário, estabelecer os procedimentos adequados com o fim de que, para os objetivos do presente Tratado, as sentenças pronunciadas pelos tribunais da outra Parte produzam efeitos jurídicos dentro de seu território*”. (Conf. art. 6º, item 10, do Tratado Brasil/Espanha).

Diante de tal lacuna, pode-se sustentar que a transferência, por priorizar o aspecto humanitário de reintegrar em nossa sociedade um brasileiro privado da liberdade no estrangeiro, dispensaria passar pelo crivo do órgão máximo do Poder Judiciário, bastando, após o exame da documentação pela autoridade central prevista no tratado, contatar o juízo da execução penal da localidade de origem do nacional, para então se proceder ao ingresso físico do apenado, prosseguindo-se nos termos do cumprimento da pena.

Não obstante, conforme exposto, “*em que pese a existência de sistemas que dispensem a homologação judicial da sentença condenatória estrangeira, é da tradição de nosso direito que a sentença penal estrangeira, para ter eficácia no Brasil, depende de homologação pelo Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 215)*”⁷⁰.

Assim, “*o art. 9º do Código Penal diz que a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie a mesma consequência, pode ser homologada no Brasil para os secundários efeitos de obrigar o condenado a reparar o dano – e a outros efeitos civis – ou para sujeitá-lo a medida de segurança*”⁷¹.

Na verdade, o mencionado dispositivo do Código Penal obsta a homologação, no Brasil, do principal efeito de uma sentença condenatória, qual seja, a imposição de pena, privativa da liberdade ou não⁷². Veda-se, portanto, a aplicação do instituto da execução de sentença penal estrangeira – tal qual definido no Capítulo 3, acima –, atingindo, mediatamente, o instituto do traslado de pessoas que já se encontram cumprindo determinada sanção criminal.

Apesar da proibição imposta pelo Código Penal, tem-se que isto não causa embaraços à homologação desses institutos, posto que ambos são, em regra, veiculados em tratados – o que, no caso da transferência, constitui-se uma realidade. Os tratados internacionais, como se sabe, possuem, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, igual hierarquia de lei interna⁷³.

⁷⁰ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior. In: **Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araújo Júnior**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001. p. 36. Neste sentido, o art. 102, inc. I, letra “h”, da CF/88, dispõe que ao Supremo Tribunal compete processar e julgar “a homologação de sentença estrangeira...”.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 36.

⁷² Lamentavelmente, este art. 9º, do CP, encontra-se reproduzido *in totum* no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, em que pesem os avanços no terreno da cooperação internacional em matéria penal.

⁷³ RE 80.004. RTJ 83/88-108. No tocante à transferência de presos, pode-se, ainda, sustentar a tese de que, por possuir caráter humanitário, os documentos que versam sobre tal matéria pertenceriam ao ramo do *direito internacional dos direitos humanos*, fato este que os coloca, conforme já ressaltado, na confortável posição de poder ser considerado como *acima da legislação ordinária*, detento *status* de norma constitucional. Sobre esta polêmica tese, merece destaque a seguinte análise: “*Nesse quadro, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte podem ser considerados como incluídos no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, incorporando-se ao texto da Carta Maior, com natureza de norma constitucional. Portanto, em caso de conflito, devem prevalecer sobre toda norma que possa restringi-los. Ainda segundo Flávia Piovesan, essa conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a*

Sobre esta matéria, o nosso Código de Processo Penal parece que foi mais sábio, pois, ao tratar das relações jurisdicionais com outros Estados, declarou que “*sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal*”⁷⁴.

É certo, por outro ângulo, que a doutrina pátria tem se posicionado no sentido da imprescindibilidade da homologação no Supremo Tribunal Federal⁷⁵.

Conforme bem colocado, “*não conseguimos alcançar como uma sentença condenatória prolatada fora do País, possa dar causa a instauração de um juízo executório penal, sem que passe, pelo menos, por um ‘juízo de delibação’ para que sejam feitos os ajustes necessários a legislação nacional, embora sem qualquer indagação de meritis, para usarmos a expressão de Clóvis*”⁷⁶.

Isto porque,

*tratando-se de dar força executória a um julgado prolatado em outro País, parece-nos indispensável que a lei determine que a nossa autoridade judiciária se manifeste sobre ele, com o fim de reconhecer a existência da dupla incriminação; declarar a validade formal da sentença; aferir seu ajustamento aos princípios fundamentais que informam o nosso Direito, e promover a adequação da pena ao sistema nacional de política criminal*⁷⁷.

Arremata, ainda, este autor, que

*seja qual for a natureza jurídica que se atribua à sentença estrangeira ou às consequências que decorram da homologação, esta parece-nos indispensável, para que possa ensejar o encarceramento de alguém no Brasil. A execução da pena é efeito primário da condenação e, por isso, precisa ser consequência de manifestação judicial expressa, por importar na supressão temporária de um direito fundamental do homem, qual seja, de ir e vir*⁷⁸.

orientar a compreensão do fenômeno constitucional”. (ARAÚJO, Nadia; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999. p. 104-105)

⁷⁴ Código de Processo Penal, art. 780, *caput*.

⁷⁵ No mesmo sentido se inclina a jurisprudência portuguesa, conforme o seguinte arresto: “*Para que o arguido possa cumprir em Portugal a pena de prisão, que lhe foi aplicada por um tribunal estrangeiro, tem a respectiva sentença que ser revista pelo Tribunal da Relação em cuja área ele tem a sua residência habitual*”. (Acórdão 681/95, do Tribunal da Relação do Porto. In: **Colectânea de Jurisprudência – Associação sindical dos juizes portugueses**. Coimbra, a. XXI, t. II, p. 231, 1996).

⁷⁶ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 10, p. 111, 1995.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 111.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 112. Um pouco adiante desse pioneiro texto sobre transferência de prisioneiros no direito brasileiro, o saudoso Professor João Marcello escreveu que “*face aos princípios regentes da cooperação internacional*

Conclui-se, assim, que é necessária a homologação, via juízo de verificação da legalidade extrínseca, da sentença executória penal, para que se possa dar a continuação do cumprimento da pena imposta pela justiça do Estado da condenação⁷⁹.

Homologada a sentença estrangeira, expedir-se-á, nesta perspectiva de análise, carta de sentença para que, no juízo da execução penal competente em razão do domicílio originário do nacional, observadas as prescrições do tratado e da Lei de Execuções Penais, seja ingresso o condenado – conforme o art. 224, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Cumprido observar, por fim, que a homologação no Supremo Tribunal, segundo os termos aqui defendidos, precisa se dar de forma *célere*, não obstante a notória sobrecarga de processos que congestiona aquela Corte Suprema, sob pena da completa inviabilização do instituto da transferência ativa – de fora para o Brasil –, jogando por terra os esforços em fazê-la servir não só aos interesses do estrangeiro aqui preso, mas, fundamentalmente, do brasileiro que cumpre pena no exterior.

Para tanto, é necessário que após a devida instrução do pedido de transferência do nacional, dentro do Ministério da Justiça, os autos sigam imediatamente ao Supremo Tribunal para o exame da documentação pertinente, sendo colocado o mais rapidamente possível em julgamento, seguindo-se os trâmites respectivos.

7 MODALIDADES DE TRANSFERÊNCIA: PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO OU CONVERSÃO DA CONDENAÇÃO

Duas são as espécies de transferência de presos, reconhecidas, não só nos tratados, como também pela doutrina que cuida da matéria: o prosseguimento da execução da pena ou a conversão da condenação.

Através do primeiro, isto é, pelo prosseguimento da execução, a transferência se dá sem alteração da natureza jurídica e duração da pena, sendo que, com a homologação administrativa ou judicial da sentença condenatória estrangeira, há a continuidade do cumprimento da sanção imposta ao trasladado.

em matéria criminal, a homologação é dispensável, apenas, para os efeitos penais secundários da condenação, tais como: determinar a reincidência; possibilitar ou impedir a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional; compensar as penas (CP, art. 8º); aplicar a lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (extraterritorialidade). Em razão da reincidência: a) aumentar o prazo da prescrição; b) interromper a prescrição; c) revogar a reabilitação; d) revogar o sursis e o livramento condicional, e outros". (Op. cit., p. 112).

⁷⁹ Em que pese esta conclusão, é certo que o Ministério da Justiça, na qualidade de Autoridade Central encarregada do cumprimento dos tratados firmados pelo Brasil, tem efetivado o traslado de brasileiros sem passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal – conforme o item 8.2, abaixo –, certamente motivado pela questão humanitária envolvendo o nacional que sofre toda sorte de adversidade longe do território nacional.

Por outro lado, pelo sistema da conversão da condenação, há a substituição da pena originária por outra cominada ao mesmo crime, conforme as espécies de sanções penais e seus respectivos termos de duração, na forma da legislação penal do Estado da execução.

De acordo com o “Tratado Modelo” da ONU sobre transferência de pessoas condenadas, a conversão da condenação consiste em uma “*modificação da condenação para substituir a sanção imposta no Estado sancionador pela sanção prevista para um delito análogo pelas leis do Estado de cumprimento*”.

Todavia, a modificação efetivada através do sistema da conversão não poderá agravar a situação do condenado, devendo, também, respeitar a soberania da decisão estrangeira, ou seja, a imutabilidade dos fatos e da valoração da prova realizada pelos órgãos jurisdicionais do Estado da condenação, pelo que não cabe a revisão ou novo ajuizamento de ação penal pelos mesmos fatos – princípio do *non bis in idem*.

Acresça-se que não pode haver conversão da pena privativa de liberdade para sanção pecuniária – a chamada conversão qualitativa.

É possível, porém, a conversão da prisão para penas restritivas de liberdade ou de outros direitos, “*o que faz com que as possibilidades de substituição sejam tão amplas que se tem afirmado que implicam em um autêntico esvaziamento da pena ou do conteúdo da sanção inicialmente imposta, o que predispõe, de certa forma, os Estados contra o sistema da conversão*”⁸⁰.

De fato. Diante das múltiplas possibilidades de substituição da pena originária, o sistema da conversão é rejeitado por grande parte dos Estados que trabalham com a transferência de prisioneiros, pois, na verdade, esse sistema opera como um “cheque em branco” no que concerne à espécie de sanção que será efetivamente observada no Estado receptor, gerando o natural receio, no Estado remetente, de que o condenado será, de alguma forma, indevidamente beneficiado.

Percebe-se, portanto, que, pelo sistema do prosseguimento da execução, o Estado recebedor fica vinculado pela natureza jurídica e pela duração da sanção trasladada, tal como fixado na sentença originária, fato este que inspira maior segurança, o que não ocorre no sistema da conversão⁸¹.

⁸⁰ CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado*... p. 80.

⁸¹ Entretanto, há quem sustente que o sistema do prosseguimento não é, na prática, tão seguro quanto aparenta ser, tendo em vista as possibilidades de concessão, no Estado receptor, dos chamados “atos de clemência”, especificados no capítulo 9, abaixo. Nesse sentido, *verbis*: “Desde que cada Estado subscritor da Convenção do Conselho da Europa de 1983 reserva-se o poder de indultar, anistiar ou comutar a pena privativa de liberdade, o sistema do cumprimento continuado nem sempre significa que a execução será realmente observada até o fim”. (ORIE, Alphons MM. Problems with the Effective Use of Prisoner Transfer Treaties. In: “The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar”. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995. p. 66).

Outrossim, ainda que se adote o sistema do prosseguimento da execução, pode ocorrer da duração ou da natureza da condenação, ou ambas, serem incompatíveis com a legislação do Estado da execução – v.g., uma pena de prisão perpétua, inadmitida no Estado receptor.

Neste caso, dois caminhos se colocam para a solução do impasse: ou se denega o traslado em razão da inexecuibilidade da sentença, prejudicando-se, consequentemente, o indivíduo condenado que não poderá retornar ao seu país; ou, diferentemente, se procede a uma “adaptação” daquela sanção para aproximá-la da que for cominada a mesma infração penal, segundo as leis do Estado da execução – ou seja, faz-se adaptação, p. ex., da citada prisão perpétua para o máximo de pena de prisão cominada ao mesmo fato delituoso, segundo a legislação do Estado receptor.

Este incidente de “adaptação”, excepcionalmente previsto no sistema de condenação continuada, deve respeitar, tanto quanto possível, a natureza da sanção imposta no Estado remetente, não podendo, ainda, importar num agravamento da situação do réu – vedação da *reformatio in pejus*⁸².

É importante registrar que o Brasil, nos dois primeiros tratados subscritos sobre o instituto da transferência de presos – com o Canadá e com a Espanha –, fez opção pelo criticado sistema da conversão, em que pese a insegurança que tal sistema provoca entre aqueles que tratam da matéria⁸³.

Não obstante – talvez por cautela de nosso Governo –, nos demais tratados firmados pelo Brasil não há disposição explícita regulando a espécie de transferência cabível – prosseguimento ou conversão da condenação – o que joga a questão da definição do sistema aplicável para a esfera de negociações, diplomática e jurídica, do caso concreto, onde, por certo, existirá a preocupação em resguardar o respeito à soberania de nossos julgados, na hipótese do traslado passivo – do Brasil para o estrangeiro⁸⁴.

Por uma outra perspectiva de consideração, nada impede que ambos os procedimentos de transferência de pessoas condenadas possam ser contemplados nos documentos bi ou multilaterais sobre tal matéria, deixando-se, como dito, para o caso concreto, a indicação de qual das duas espécies de traslado será adotada.

⁸² Conf., verbis: “a adaptação da pena, no caso de optar-se pelo sistema de prosseguimento, é excepcional, e, como tal especialidade, se põe em prática só em determinados casos de incompatibilidade ou inexistência da pena no Estado de cumprimento”. (CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado...*).

⁸³ Tratado Brasil/Canadá, art. 5º, item 7: “Não deverá ser efetuada a transferência de qualquer preso a menos que sua pena seja de duração exequível no Estado receptor, ou a menos que essa pena seja convertida, pelas autoridades competentes do Estado receptor, a uma duração exequível nesse Estado”. O art. 5º, item 7, do Tratado Brasil/Espanha possui igual redação.

⁸⁴ Não se desconhece, no particular, determinado entendimento jurisprudencial existente em alguns países da Europa, no sentido de que cada dia que seu nacional passa nas penitenciárias brasileiras – ou de países que têm o sistema prisional semelhante ao nosso – equivaleria a três dias de cumprimento de pena nas penitenciárias daqueles Estados, fato este que demandaria uma “conversão” automática em favor do trasladado.

É exatamente isto o que ocorre na Convenção de Estrasburgo, conforme o seu art. 9º, que possui a seguinte dicção:

Efeitos da transferência para o Estado da execução – As autoridades competentes do Estado da execução devem: a) Continuar a execução imediatamente ou com base numa decisão judicial ou administrativa, nas condições referidas no artigo 10; ou b) Converter a condenação, mediante processo judicial ou administrativo, numa decisão desse Estado, substituindo assim a sanção proferida no Estado da condenação por uma sanção prevista pela legislação do Estado da execução para a mesma infração, nas condições referidas no art. 11.

Em conclusão, as duas modalidades de transferência de presos se assemelham na circunstância de que ambas devem respeitar os fatos da sentença e ao não agravamento da situação do apenado, mas diferem no fato de que enquanto a conversão implica na insegura adoção de um procedimento de substituição da natureza ou limite da pena estrangeira, o prosseguimento importa na observância do cumprimento da sanção originária, salvo a excepcional hipótese de efetivar-se uma adaptação, ou por incompatibilidade da pena com o ordenamento do país receptor ou por inexistência da mesma em dito Estado⁸⁵.

8 PROCEDIMENTO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS

8.1 Transferência passiva

A transferência passiva consiste na retirada física do estrangeiro que cumpre pena no Brasil, para que o faça no país do qual é nacional.

Trata-se de um traslado eminentemente administrativo, iniciado, no Ministério da Justiça – que, como visto, figura como autoridade central nos tratados firmados pelo Brasil –, através de Nota Verbal da missão diplomática do Estado do condenado, ou por iniciativa deste último⁸⁶.

⁸⁵ Conforme já assinalado, “a diferença fundamental entre estes sistemas (o segundo é geralmente chamado *exequatúr*) reside em que, no primeiro, o Estado da execução continua a execução da sentença proferida no Estado da condenação (eventualmente adaptada nos termos referidos), enquanto, no outro a sanção é ‘convertida’ numa sanção do Estado da execução, donde resulta que a condenação executada não repousa mais directamente sobre a sanção imposta no primeiro Estado” (LOPES ROCHA, Manuel António. *Cooperação judiciária internacional...* p. 135).

⁸⁶ Ver o seguinte requerimento que deu causa a instauração de processo no Ministério da Justiça: “Mediante a presente, comunico a V.Sas. meu interesse em receber informações sobre o ‘Convênio de Transferência de Presos’ firmado entre o Brasil e Espanha (...). São muitos os motivos que me levam a fazer tal solicitação, entre eles a ausência de familiares e visitas, uma vez que todas as pessoas do meu convívio se encontram em meu país de origem, a Espanha. (...) Saliento ainda que gostaria de me beneficiar com esta transferência, assim como os outros presos de diversas nacionalidades que vêm sendo mandados de volta aos seus países de origem”. (Processo MJ 08000.015.508/99-09).

Devidamente instaurado o procedimento, no âmbito da Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, é feita comunicação ao Juízo da Execução Penal responsável pelo condenado, juntamente com a solicitação dos documentos necessários ao preenchimento dos requisitos legais – conforme o item 5.4, acima – consistentes, na prática, na apresentação dos seguintes papéis: manifestação expressa da vontade do preso estrangeiro; atestado do comportamento carcerário; atestado do cálculo do tempo de pena já cumprido e do que resta ainda a ser cumprido; cópia da sentença condenatória pertinente; cópia da certidão do trânsito em julgado; e cópia da guia de recolhimento do condenado.

De posse dessa documentação, bem como do texto legal aplicável à matéria – Código Penal e/ou legislação penal extravagante –, procede-se à tradução de toda matéria e seu encaminhamento ao País receptor, onde será feita, conseqüentemente, a apreciação administrativa ou judicial do pedido de transferência da pessoa interessada.

Paralelamente à deflagração do instrumento de transferência passiva, o Ministério da Justiça instaura – na hipótese de ainda não ter sido – processo de expulsão do estrangeiro condenado, a ser efetivado juntamente com o ato de traslado⁸⁷.

Se o Estado do qual o condenado é nacional aprovar o pedido, é feita a comunicação dessa decisão ao Governo brasileiro, para efeito de prosseguimento do rito. Caso ocorra a recusa, fundamentada ou não, o procedimento encerra-se neste momento.

Recebida a comunicação favorável à medida, o processo administrativo retoma seu andamento na Divisão de Medidas Compulsórias, onde, após a devida instrução, é submetida a questão, com parecer favorável, ao Departamento de Estrangeiros. Este, por sua vez, estando de acordo com o termos pactuados, propõe sua aprovação à Secretaria Nacional de Justiça.

Com a aprovação deste último órgão do Ministério da Justiça, o Governo brasileiro contacta a Missão Diplomática estrangeira, obtendo dela o compromisso de respeito aos termos da transferência acordada – especialmente do período de pena a ser cumprido –, ocasião em que o preso é colocado à disposição do Estado receptor⁸⁸.

Depois da definição de data e local, é acionado o Departamento de Polícia Federal, ficando este encarregado de entregar o prisioneiro aos agentes do Governo estrangeiro, lavrando-se, simultaneamente, o Termo de Expulsão e o Auto

⁸⁷ Como já observado, essa expulsão objetiva impedir o reingresso do estrangeiro no território nacional (ver art. 338, do Código Penal).

⁸⁸ Tratado Brasil/Bolívia, art. 8º, item 1: "Caso o pedido seja aprovado, as Partes acordarão o lugar e a data de entrega do condenado e a forma como será efetuada a transferência. O Estado receptor será responsável pela custódia, transporte e gastos decorrentes da transferência do condenado, de acordo com sua legislação interna, a partir do momento da entrega".

de Transferência, encerrando-se, assim, o referido procedimento de transferência passiva⁸⁹.

8.2 Transferência ativa

Enquanto não definido, no direito interno, o seu contorno jurídico – notadamente a questão da necessidade de homologação da sentença estrangeira junto ao Supremo Tribunal Federal –, o instituto da transferência, para o Brasil, do nacional que cumpre pena no estrangeiro, observa o roteiro seguinte.

O procedimento inicia-se, da mesma forma que na transferência passiva, na Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, geralmente através de correspondência do próprio brasileiro ou por intermédio de seus familiares.

Com a deflagração do procedimento, é acionado o Ministério das Relações Exteriores, para que, junto à Missão Diplomática brasileira no local onde o requerente encontra-se privado da liberdade, seja formulada solicitação da documentação necessária à apreciação do pedido – vale dizer, os mesmos documentos arrolados no item anterior, devidamente traduzidos para o português.

Verificado o cumprimento dos requisitos legais, através do exame dos documentos pertinentes, a Divisão de Medidas Compulsórias faz gestões junto ao Juízo da Execução Penal mais próximo da residência originária do nacional, questionando da existência de uma vaga para o prosseguimento do cumprimento da pena, apresentando-lhe, na ocasião, cópia da referida documentação.

Em havendo uma resposta positiva por parte do Juízo da Execução Penal, o procedimento da transferência ativa é concluído com parecer favorável, chegando, após passar pelas instâncias administrativas já referidas, até a Secretaria Nacional de Justiça, para fins de aprovação do ato.

Deferido o pedido, contata-se, pelos canais diplomáticos, o Estado remetente, para dele obter a concordância com o ato de transferência, designando-se, caso positivo, data e local para que policiais brasileiros possam receber o nacional, escoltando-o, em seguida, para o estabelecimento prisional onde será observado o restante da pena que lhe foi imposta.

9 Extinção da pena objeto da transferência

Após tudo o que foi discorrido sobre a transferência de presos, necessário se faz esclarecer, ao final, que, com a entrega física do indivíduo condenado,

⁸⁹ Tratado Brasil/Chile, art. 6º, item 2: "No momento da entrega do condenado, o Estado remetente fornecerá aos agentes policiais encarregados da mesma um certificado autêntico, destinado às autoridades do Estado receptor, em que constem, atualizados à data da entrega, o tempo efetivo de detenção do condenado e o tempo deduzido em função dos benefícios penitenciários, se existirem, assim como uma fotocópia do expediente penal e penitenciário, que sirva de ponto de partida para o prosseguimento do cumprimento da pena".

passa o mesmo a ficar sob a jurisdição do Estado receptor, seguindo-se a execução penal segundo os termos das leis deste último, até o momento de sua completa extinção⁹⁰.

O Estado remetente conserva, entretanto, sua jurisdição para a revisão, total ou parcial, da condenação imposta por seus tribunais – conforme os termos grafados no item 5.4.2, acima⁹¹.

Conserva, ainda, o Estado da condenação, a prerrogativa de formular eventual pedido de extradição, na hipótese do trasladado fugir do estabelecimento penal para onde fora transferido, homiziando-se num terceiro Estado.

Tais faculdades – que compõem, juntamente com outras, as chamadas *reservas de jurisdição* – implicam no fato de que a transferência não extingue o *ius puniendi* do Estado remetente, mas apenas suspende os seus efeitos⁹².

Ou seja, a extinção da punibilidade no Estado remetente é concomitante ao cumprimento da pena no Estado receptor⁹³.

Uma outra reserva de jurisdição, freqüentemente regulada nos tratados de transferência de presos, é a que concerne ao direito de anistiar ou de indultar a pessoa condenada.

Conforme expresso no tratado que o Brasil celebrou com o Canadá, “a complementação da pena imposta a um preso que tenha sido transferido deverá observar a legislação e os procedimentos do Estado receptor. O Estado remetente, entretanto, reservar-se-á o direito de *perdoar a pena ou anistiar o preso*, e o Estado receptor deverá por em liberdade o preso imediatamente após o recebimento da notificação de tal perdão ou anistia”⁹⁴.

Não obstante, tendo em vista que a competência para a concessão dos atos de clemência – indulto e anistia – está, normalmente, cometida ao Chefe de Estado ou ao Parlamento, através dos textos constitucionais da generalidade dos países, tal reserva para os atos de clemência enfrenta grande resistência, sendo, não raro, considerada inconstitucional⁹⁵.

⁹⁰ Conf. Tratado Brasil/Argentina, art. 11: “A execução da sentença será regida pelas leis do Estado receptor, inclusive as condições para a outorga e revogação da liberdade condicional, antecipada ou vigiada”.

⁹¹ Nesse sentido, o Tratado Brasil/Espanha, art. 7º, dispõe: “Somente o Estado remetente terá competência para julgar um recurso de revisão. Uma vez recebida a oportuna notificação do Estado remetente, o Estado receptor deverá comprometer-se a executar quaisquer modificações introduzidas na pena”.

⁹² Conforme anotado, “logo que o condenado é aceite pelo Estado da execução, a execução da pena é, *de jure*, suspensa no Estado da condenação, não mais podendo este executá-la desde que o primeiro considere a execução terminada” (ROCHA, Manuel António Lopes. *Cooperação judiciária internacional*... p. 135).

⁹³ Tratado Brasil/Portugal, art. 8º: “Efeitos da Transferência: 1) A execução da sentença fica suspensa no Estado da condenação logo que as autoridades do Estado para o qual a pessoa for transferida tomem esta a seu cargo. 2) Cumprida a condenação no Estado para o qual a pessoa foi transferida, o Estado da condenação não pode mais executá-la”.

⁹⁴ Tratado Brasil/Canadá, art. 6º, item 3. Igual previsão existe nos tratados firmados com a Argentina (art. 10, item 2), com a Bolívia (art. 10, item 2), bem como na Convenção Interamericana (art. 8º).

⁹⁵ A inconstitucionalidade desta reserva de anistia e de indulto é uma das questões aventadas no bojo da Petição 1982-2/170, aforada no Supremo Tribunal Federal.

Assim, em que pese posicionamento já externado sobre tal questão⁹⁶, tem-se que – para se evitar polêmicas – o melhor caminho a ser trilhado é seguir o exemplo da Convenção de Estrasburgo, que, no particular, dispõe que “*cada Parte poderá conceder o indulto, a anistia ou a comutação da pena, de conformidade com sua Constituição ou suas normas jurídicas*”⁹⁷.

Por fim, cumprida a condenação no Estado para o qual a pessoa foi transferida, ou extinta sua punibilidade por um outro motivo, é feita a comunicação ao Estado remetente, não podendo, este último, executar mais a sanção imposta àquele indivíduo.

10 REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Cooperação Internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, 1995.

ARAUJO, Nadia; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAFFARENA, Borja Mapelli; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madri: Mc Graw Hill, 2001.

CONTE, Philippe. Heurs et malheurs de la Convention Européenne sur le transfèrement des condamnés: l'article 713-3 du Code de Procédure Pénale et la détermination de la partie de la peine restant a subir en France. In: *Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit penal – droit européen*. Gazette du Palais: Paris, 1995.

CRUZ BUCHO, José Manuel; SILVA PEREIRA, Luís. *Cooperação Internacional Penal: Extradição e transferência de pessoas condenadas*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000.

⁹⁶ Segundo escrito alhures, “Ainda que se entenda que os atos de clemência não são propriamente incidentes de execução penal – tal como ocorre com a progressão ou regressão de regime, remição, livramento condicional etc. –, mas, sim, instrumentos reservados à lei ou a atos do soberano, carregados de conotação política, pensamos que se deve fazer uma distinção entre atos de clemência de natureza geral daqueles que se revestem de cunho individual. A distinção importa porque, no nosso entender, os atos genéricos, impessoais, inserem-se na política penitenciária de cada Estado, ainda que fundados em princípios culturais ou religiosos do respectivo Povo. Quanto a estes atos gerais, acredito que deveria ser da alçada do Estado receptor a sua concessão ao preso transferido, evitando-se, além do mais, um tratamento discriminatório àqueles que cumprem penas em suas prisões. Quanto aos atos de clemência de caráter individual – v.g., a concessão de graça –, isto é, que importem no perdão total ou parcial da pena privativa de liberdade, parece-nos que eles devem permanecer reservados ao Estado remetente, evitando-se que, por vias transversas, ocorra a já mencionada e indesejada revisão criminal por parte do Estado receptor, que não só desprezaria a Soberania do outro Estado, como, também, colocaria em xeque o princípio da boa fé, inerente ao instituto em questão”. (GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior. In: *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 39-40).

⁹⁷ Art. 12, da Convenção de Estrasburgo. Percebe-se, portanto, que por esta convenção, superando a citada polêmica, o condenado pode vir a ser agraciado por atos de clemência exarados pelos órgãos constitucionalmente autorizados nos dois países envolvidos na questão – Estado remetente ou Estado receptor.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. **As novas tendências do Direito Extradicional**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998.

_____. O Instituto da Transferência de Condenados e a Contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior. *In: Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HARREMOES, Erik. Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe: le transfèrement des personnes condamnées. **Revue de science criminelle et de droit pénal compare**. Paris, n. 1, jan./mar. 1983.

ORIE, Alphons MM. Problems with the Effective Use of Prisoner Transfer Treaties. *In: The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar*. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISANI, Mario. Cooperazione internazionale in matéria penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milão, Fasc. 4, 2000.

PRADEL, Jean; CORSTENS, Geert. **Droit pénal européen**. Paris: Dalloz, 1999.

ROCHA, Manuel António Lopes. Transferência de pessoa condenada – Pressupostos, reinserção social e consentimento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, a. 2, n. 1, 1992.

ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. **Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal – Comentários**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1992.

SAMANIEGO, José Luis Manzanares. El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas. **Revista de Derecho Público**. Madri, t. VIII, v. 2, 1988.

SIMON, Theodore; ATKINS, Richard. Prisoner Transfer Treaties: Crucial times ahead. **The alleged transnational criminal – The second biennial international criminal law seminar**. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995.

WACQUANT, Loïc. Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro, n. 11, 2001.

DIREITO PROCESSUAL

LEI: A NÉVOA IDEOLÓGICA DO JUIZ

Sérgio Verani¹

"Abomino a ordem que confisca tempo, que confisca vida e ensaia tão cedo a prisão perpétua do comportamento".

(Carlos Drummond de Andrade.
A Norma e o Domingo)

Sumário: 1. O Juiz e a névoa; 2. As razões da névoa ideológica; 3. Os caminhos da lei na névoa ideológica; 4. A névoa dissolvida: o sol, a liberdade para os oprimidos.

1 O JUIZ E A NÉVOA

Ao tomar posse no Tribunal de Alçada Criminal, em novembro de 1996, iniciei meu discurso fazendo um retorno ao passado, como o personagem de Bergman em Morangos Silvestres. Lembrei-me, então, do Juiz de Nova Friburgo, onde morava.

Toda manhã, bem cedo, cerração fechada, um frio que invadia o corpo inteiro, ia tiritando para o Grupo Escolar e, de repente, surgia o Juiz entre a névoa, fazendo a sua caminhada diária. De paletó e gravata, solene, austero, andava de forma inexpugnável, como se fosse impermeável ao frio. O corpo ereto, rijo, passada miúda e firme, nenhum movimento corporal além do necessário para andar, nenhum gesto, nenhum olhar.

Aquele encontro com a figura do Juiz me impressionava e despertava curiosidade. Era como se o corpo do Juiz fosse naturalmente frio e seco, igual à friagem seca de Friburgo. Tinha-se dele, na cidade, um respeito absoluto. Era de extrema dignidade, competência e dedicação ao trabalho, considerado um aplicador técnico da lei. Meu pai, Promotor de Justiça, contava que o Juiz se dizia imune à emoção, às sensações externas. Contava, também, que alguns juizes eram acometidos de uma doença chamada juizite. E eu ficava com pena do Juiz, pensando que a doença manifestava-se naquele seu jeito de andar, no olhar de

¹ Desembargador da 5ª Câmara Criminal do TJRJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Coordenador do Curso de Extensão Direito Social.

superioridade, no distanciamento das coisas humanas, naquela imunidade ao frio, à emoção, na insensibilidade à vida.

Já no Ginásio, continuava a encontrar-me com a névoa e o Juiz. O ônibus para o Colégio Nova Friburgo, no Morro da Cascatinha, ia subindo a estrada íngreme e sinuosa, cortando a neblina, que se esgarçava e diluía aos poucos. Lá em cima, no Colégio, o céu já era absolutamente azul, de um azul que não existe mais, e o sol radiante espalhava-se sobre tudo, colorindo as gotinhas do sereno e amornando os corpos gelados dos meninos. Não se via, lá embaixo, a cidade, totalmente coberta por uma espessa camada de algodão. O Juiz sabia, eu me perguntava, que, no mesmo momento em que ele caminhava entre a névoa, existia, pertinho dali, um sol e um céu luminosos? Ou ele achava que a verdade daquele instante circunscrevia-se à névoa?

Lentamente, a neblina desfaz-se e a cidade vai-se revelando, toda tomada pelo sol. Nessa hora, o Juiz já tinha voltado para casa; não se dava tempo para ver a chegada do sol nem o desaparecimento da névoa.

A lembrança do Juiz de Friburgo pode servir para uma análise sobre a relação entre o juiz e a lei. O pensamento dos juizes, de modo geral, continua submerso na névoa, uma espécie de névoa ideológica, a impedir a visão do sol, da História, da vida. Enxerga-se, apenas, a lei, – a norma jurídica, o dogma, a lei do Estado –, como se ela representasse uma verdade absoluta, sem qualquer reflexão sobre a sua formação histórica e o seu papel na sociedade capitalista.

2 AS RAZÕES DA NÉVOA IDEOLÓGICA

A lei não representa uma verdade absoluta, nem o Direito restringe-se à lei. Na sociedade capitalista, a lei serve, fundamentalmente, para a legitimação e preservação dos valores sociais do Capital, que degradam a vida, a partir da propriedade privada, mas sob a camuflagem de que a lei destina-se ao bem comum, ao interesse geral, ocultando-se o seu caráter de classe. Esse direito estatal constitui uma “tática de dominação”, na significativa expressão de Foucault, integrando a aparelhagem repressiva e ideológica do Estado.

Roberto Lyra Filho esclarece:

Uma exata concepção do Direito não poderá desprezar todos esses aspectos do processo histórico, em que o círculo da legalidade não coincide, sem mais, com o da legitimidade, como notava, entre outros, inclusive o grande jurista burguês Hermann Heller. Diríamos até que, se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este “Direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de “dogmática”. Uma ciência verdadeira, entretanto, não pode fundar-se em “dogmas”, que divinizam as normas do Estado, transformam essas práticas pseudocientíficas em tarefa

de boys do imperialismo e da dominação e degradam a procura do saber numa laidinha de capangas inconscientes ou espertos. (O Que é Direito. Brasiliense, p. 12).

Marx e Engels mostram, em A Ideologia Alemã, como os juristas constroem a norma através de uma conceituação ligada ao sagrado, tomando pela própria realidade a expressão abstrata e idealizada dessa realidade, desvinculada de sua base concreta e histórica. A lei é apresentada como “a expressão geral de uma vontade do Estado”, mas “o conteúdo dessa expressão é sempre dado pelas suas condições de classe, o que é possível deduzir com muita clareza do exame do direito privado e do direito penal”.

Produz-se, no jurista, a crença e a ilusão de que a norma representa um valor social de interesse geral, universalizado, para o bem comum de toda a sociedade, desligado, porém, esse valor, essa relação social, das próprias condições reais de existência – das suas condições de classe – que a fundamentam. Ainda Marx e Engels:

Tivemos já ocasião de verificar como foi possível surgir entre os filósofos, pelo fato de separarem os pensamentos dos indivíduos das condições empíricas em que estes se baseiam, uma evolução e uma história do pensamento puro. Desta forma, é igualmente possível arrancar o direito da sua base real, dele extrair uma “vontade soberana” que se modifica conforme as épocas e que possui nas suas criações, que são o conjunto das leis, a sua própria história autônoma. Deste modo, a história civil e política resolve-se ideologicamente numa história do domínio das leis sucessivas. É esta a ilusão específica dos juristas e dos políticos.

Cria-se, assim, com o fetichismo da lei, uma das tantas belas mentiras da sociedade capitalista, estabelecendo-se um vínculo abstrato com a norma jurídica.

A relação com a lei, através de uma natureza sagrada, revela-se em toda a prática judicial, e também na própria prática social que orienta a vida dos juristas. Essa “auréola sagrada” da lei, com suas “fórmulas idealizantes” e “ilusão consciente” (MARX e ENGELS), aparece em muitos discursos de posse de Desembargadores, antigos e recentes:

Envergo, nesta hora, com humildade, esta toga, vestimenta sagrada, cujo negrume não significa pesar e luto, mas é penhor de respeitabilidade, imposta aos jurisdicionados, dos quais se exige reverência e culto à Justiça.

A magistratura é um sacerdócio, sem votos de pobreza.

Como primeiríssima ação, cuidaremos, com o melhor de nosso desvelo, da imagem da Justiça (...), verdadeira divindade de nosso culto, divindade que protege, indistintamente, a todos os homens; ainda é tempo de mostrá-la, com cabeleira ondulada; perfil grego; balança de equilíbrio; tábuas de lei; vestida com a túnica de deuses mitológicos.

A missão do Juiz sempre se esmalta de pureza e de santidade, porque dela depende essencialmente o verdadeiro equilíbrio do organismo social.

Nunca olvidei a grande e proveitosa lição de que só o Juiz, feito com perfeição à tua imagem (Deus), tem o divino poder de julgar os seus semelhantes.

Somos todos, os setenta componentes da Superior Instância Fluminense, setenta sacerdotes do Direito e da Justiça.

Reafirmando nossos compromissos pessoais de agora, com independência, ânimo, coragem, entusiasmo, serenidade, diligência, imparcialidade, senso de justiça e, sobretudo, à mercê do sopro divino, sentimo-nos absolutamente aptos ao desafio da nossa missão judicante.

Assim é que como magistrados, somos verdadeiros sacerdotes a serviço do Direito e da Justiça e para o exercício pleno da nossa função sacerdotal judicante... porque a carreira que escolhemos é mais divina do que humana.

Aos grandes centuriões que ornamentam este templo sagrado, onde se faz Justiça com sabedoria e destemor.

Thomas Mann assim apresenta o personagem Gustav Aschenbach, de *Morte em Veneza*: “...filho de um alto magistrado. Seus antepassados tinham sido oficiais, juízes, funcionários da administração, homens que haviam levado uma vida reta, decentemente parcimoniosa, a serviço do rei e do Estado”.

A literatura tem essa fundamental capacidade de captar o modo das formações sociais e revelar as entranhas do humano. O juiz, a serviço do Rei, do Poder, do Estado, com a instituição se confunde; diviniza e fetichiza não só a norma jurídica, mas também o seu trabalho e a sua própria vida, que, como a norma, torna-se dogmatizada. Não consegue, o juiz dogmatizado e ideologizado, enxergar além da névoa.

Miguel Lanzellotti Baldez, um dos nossos raros juristas marxistas, aponta, com sua habitual precisão teórica, como se desenvolve a relação do juiz com a lei no Estado Capitalista:

Foram os juristas do século XIX e princípios do século XX que, tomando algumas fórmulas de Montesquieu, construíram o imaginário da separação de poderes, e personalizaram na magistratura, como órgão, a figuração do próprio Estado. Pois é também a partir da segunda metade do século XIX e princípios do século XX que essa personalização vai ganhando cores mais fortes com a construção ideológica do conceito de direito público, indispensável para revestir com a crosta da insuspeição o mito da neutralidade e da superposição do Estado.

O juiz é o Estado, e o Estado, representando os interesses das classes possuidoras, não pode ser neutro. Cabe, assim, ao juiz, no concreto do embate da contradição (reduzida ao processo) entre os trabalhadores e os não-trabalhadores, a função de guardião do sistema, cuja estrutura jurídica repousa na ideologia da propriedade e do contrato. (Sobre o Papel do Direito na Sociedade Capitalista. Ocupações Coletivas: Direito Insurgente – Centro de Defesa dos Direitos Humanos. Petrópolis. 1989, p. 5 e 9).

Dom Quixote, numa de suas divagações, rebelava-se contra o modo de vida produzido pelo mercantilismo:

– Ditosa idade e séculos ditosos aqueles a que os antigos chamavam de Dourados, não porque neles o ouro, que tanto se estima nesta nossa Idade do Ferro, se alcançasse então sem fadiga alguma, mas porque os que nela viviam ignoravam as palavras “teu” e “meu”. Naquela santa idade, eram comuns todas as coisas.

Diziam-se então de cor os conceitos amorosos da alma, de modo simples e singelo, tal como ela os concebia, sem buscar artificiosos rodeios de palavras para os tornar exagerados. Não havia a fraude, o engano, nem a malícia, mesclando-se com a verdade e a lhanza. A Justiça continha-se nos seus próprios termos, sem que a ousassem turbar, nem ofender, os privilegiados e os interesseiros, que hoje tanto a enxovalham, perturbam e perseguem. A lei arbitrária ainda não tinha tido assento no espírito dos juizes, porque não havia então o que julgar, nem quem fosse julgado. (MIGUEL DE CERVANTES).

As palavras “teu” e “meu” eram ignoradas.

A lei arbitrária ainda não tinha tido assento no espírito dos juizes...

Instala-se, no espírito dos juizes, um compromisso desmedido com a ordem do Capital, intensificando ainda mais a radical e crescente exclusão social.

Muitas vezes, o Juiz-Estado exacerba o seu papel de guardião da ordem, negando, no modo de aplicar a lei, as garantias jurídicas fundamentais do cidadão estabelecidas pelo próprio Estado.

3 OS CAMINHOS DA LEI NA NÉVOA IDEOLÓGICA

De uma análise cuidadosa da prática jurídica pode-se verificar como a teoria marxista é concretizada na realidade do processo; como a névoa ideológica dirige os passos e os caminhos do juiz, sem que ele se dê conta disso; como a própria norma jurídica é violentada pelos que se dizem imparciais e “escravos da lei”, interpretando e virando a lei pelo avesso, de modo a garantir, com extrema repressão e arbítrio, os valores desumanos produzidos pelo Capital.

Inúmeras e diversificadas situações revelam como se produz essa interpretação jurídica ideologizada.

Alguns exemplos:

1) Roubo. Consumação e Tentativa. Regime. Liberdade Provisória.

As lições mais elementares do Direito Penal são relegadas, na ânsia repressora de tornar mais rigorosa do que já é a pena cominada ao roubo. Uma prática habitual tem sido a de desvirtuar o próprio conceito do crime tentado. Sentenças, acórdãos, inclusive do STF, sustentam que “em tema de roubo, a consumação ocorre no momento em que a vítima é desapossada de seu bem,

não importando se o meliante mantém a posse desvigiada e ilegítima da res por curto ou por longo período de tempo”. Esta sentença (16ª Vara Criminal, Rio) assim conclui a sua fundamentação:

Cabe ressaltar que, já que o crime de roubo é um crime complexo, em que o dano ao patrimônio é apenas um dos elementos constitutivos, e não o mais importante – em que pese a sua classificação como crime contra o patrimônio –, não se podendo deixar de levar em conta o perigo concreto para a vida e a incolumidade física das vítimas, inerente à situação formada durante a sua execução, bem como a intolerável violação da liberdade individual e o conseqüente sofrimento moral de quem se vê coagido a se deixar despojar do que é seu, diante da violência ou grave ameaça exercida pelos assaltantes armados, como ocorreu no caso em questão. A insegurança gerada pelos assaltos nesta cidade já é bastante grande para que o Judiciário traga também a sua contribuição para aumentá-la, excogitando modos de tornar mais suaves as penas dos assaltantes.

A sentença não se preocupa com o direito Penal; afirma, até, que a aplicação serena do Direito, se beneficia os “assaltantes armados”, – tornando “mais suaves as penas” –, contribui para aumentar a insegurança. Melhor então, em nome da segurança e da ordem, que se desprezem os princípios teóricos do Direito Penal; para o reconhecimento do roubo consumado, basta, segundo esta filosofia da repressão, o agente pegar ou tocar a coisa; o mero despojamento do bem é bastante para caracterizar a consumação, pouco importando que o agente seja imediatamente perseguido e preso, recuperado o bem.

Outras sentenças e razões do Ministério Público referem-se a “moderno entendimento jurisprudencial”:

Moderna jurisprudência consagra o princípio de que, para a consumação do roubo, basta que o agente tenha a posse da res, independente de sair ela ou não da esfera de vigilância da vítima, ou que tenha sido o agente, de imediato, perseguido (TJRJ – 3ª Câmara Criminal – ap. 2231/98).

Jurisprudência do STF dispensa, para a consumação do roubo, o critério de saída da coisa da chamada esfera de vigilância da vítima e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente tenha tido a posse da res furtiva, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata (STF – HC 74.376/93).

Esse “moderno entendimento jurisprudencial” violenta a própria dogmática penal; contraria o princípio do Direito Penal de proteção ao bem jurídico, cuja ofensa e cujo dano vão realizar a consumação do crime. Em nome da pura repressão e de uma suposta maior “segurança”, o juiz passa a enxergar crime consumado onde só existe crime tentado – o seu pensamento guia-se pela névoa ideológica.

A 5ª Câmara Criminal, do TJRJ, tem repellido, através de inúmeros julgados, – de que é exemplo a ementa abaixo –, essa vulgarização policialista do Direito Penal:

Roubo. Tentativa. *O roubo consuma-se quando se estabelece uma nova relação de posse, através de um vínculo tranqüilo e imperturbável. Enquanto não ocorre esta transformação na relação de fato com a coisa, a atividade criminosa encontra-se, ainda, em fase de execução, já que o agente não consegue usar e dispor da coisa como se dono fosse. Agente que subtrai dinheiro, foge, logo perseguido e preso, recuperado o dinheiro: a conduta criminosa não extravasou ainda os limites da tentativa. (Ap. 3493/99)*

Também quanto à determinação do regime prisional, a norma penal é muitas vezes desprezada em favor da ideologia da repressão. Inúmeras sentenças e acórdãos fixam, invariavelmente, o regime inicial fechado, mesmo com a pena abaixo de 08 anos, se o crime é de roubo:

A pena corporal deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, uma vez que nos crimes patrimoniais realizados em concurso e com emprego de grave ameaça levada a efeito com arma de fogo, é este o regime que se mostra adequado como medida de prevenção e repressão ao crime. (2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ)

A gravidade do crime, ao contrário do que a lei determina, passa a justificar o regime fechado. Menciona-se a “periculosidade do agente”, revelada no autor de “crime violento, executado com emprego de arma de fogo”, a recomendar “uma total segregação do mesmo do convívio social”. Argumenta-se, ainda, que “A onda de criminalidade que vem assolando o país e, em especial este Estado, se deve, em grande parte, à impressão de impunidade que transparece para o meio social, ora por força de certos beneplácitos legais, ora também por complacência judicial”.

Cria-se, com essa interpretação, uma nova norma penal, ao estabelecer, sempre, o regime mais severo para o crime de roubo. Mas não se pode excluir do roubo a possibilidade do regime aberto ou semi-aberto, se a pena imposta possibilita a imposição de um ou de outro regime. O STF tem, reiteradamente, reagido àquela interpretação preconceituosa e desfundamentada, reconhecendo como inidôneo o argumento da gravidade em abstrato do crime praticado para a imposição do regime fechado. No julgamento do HC 75.695, o Min. Sepúlveda Pertence ainda observa:

O regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente, segundo a sua avaliação subjetiva ditada por seus preconceitos, a categoria dos crimes repugnantes, de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei.

A 5ª Câmara Criminal do TJRJ orienta-se, também, neste sentido:

Roubo Qualificado. Regime. *Se a pena é superior a 04 anos mas não excede a 08, o regime inicial deve ser o semi-aberto (art. 33, § 2º, “b”, do CP), salvo se as circunstâncias previstas no art. 59, do CP estão a indicar a necessidade de regime mais grave. Mas esta necessidade há de ser adequadamente fundamentada, não se podendo presumir-la face à natureza e gravidade do crime. (Ap. 796/98)*

O modo como se interpreta e nega o direito à liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único) reveste-se, muitas vezes, desse exacerbado componente ideológico-repressivo.

Afronta-se a garantia constitucional (art. 5º, LXVI) com argumentos injurídicos e inconsistentes:

necessidade de se proteger o meio social do convívio com o acusado, pois, em liberdade, caso tenha praticado o crime que lhe é imputado, o réu poderá cometer outros delitos;

a liberdade provisória não deve ser concedida, pela gravidade da infração, pois em crimes desta natureza deve-se interpretar a lei com rigor e severidade, para que se evite a descrença popular na Justiça;

o crime foi praticado com grave ameaça, sendo que este tipo de delito acaba gerando insegurança em nossa sociedade, e portanto, não há se falar em liberdade provisória quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

Restaura-se, com tal interpretação, a antiga prisão preventiva obrigatória, extinta desde a Lei 5.349, de 03.11.1967. O STF tem reagido contra esta prática policialasca:

I – Prisão preventiva: ausência de fundamentação idônea. É inidônea a motivação do decreto de prisão preventiva que, dedicada unicamente a acentuar os indícios de participação dos acusados no fato criminoso, não declina um só elemento concreto de informação do qual fosse possível extrair algum dos fundamentos cautelares da prisão preventiva: a garantia da ordem pública, a segurança da aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal.

II – Crimes hediondos, prisão preventiva e liberdade provisória. Liberdade provisória é instituto de contra-cautela, que pressupõe anterior prisão processual lícita; por isso, não tendo havido prisão em flagrante, a vedação legal da liberdade provisória, quando se cuido de acusação dos chamados crimes hediondos, não serve para suprir a fundamentação legal da prisão preventiva: do contrário, o que se teria, na hipótese, seria o ressurgimento da prisão preventiva obrigatória, retrocesso, a que o terrorismo penal em moda ainda não ousou chegar. (HC 80.168 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A 5ª Câmara Criminal do TJRJ também vem cumprindo este princípio constitucional:

HC. Roubo. Liberdade Provisória. *O direito à liberdade provisória constitui garantia constitucional (art. 5º, LXVI, CF), e só pode ser negado se presente alguma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, CPP), que se fundamenta em pressupostos certos e objetivos, não bastando a mera justificativa sobre a gravidade do crime. Inexistindo fundamentação adequada para a custódia cautelar, concede-se a ordem. (HC 1.377/00)*

Mas o “terrorismo penal em moda”, na exata expressão do Min. Sepúlveda Pertence, é incontrolável e insaciável. Do juiz espera-se que não se deixe envolver e ser capturado por esta filosofia da repressão, a enevoar-lhe o pensamento.

Em muitas outras questões penais encontra-se visível, também, a marca do “terrorismo penal”.

2) Entorpecentes

Nos crimes ligados a entorpecentes (Lei 6.368/76) condena-se, muitas vezes, com violação ao devido processo legal e ao princípio da judicialização da prova.

Valorizam-se os elementos do inquérito policial e a “confissão” extrajudicial.

Inverte-se o ônus da prova:

cabe à defesa a incumbência do ônus probatório da demonstração que o tóxico destina-se ao próprio consumo”; “o tipo do art. 12, na modalidade trazer consigo, não contém a finalidade de comércio como elemento necessário para sua caracterização. Trazer consigo entorpecente é crime tipificado no art. 12 da Lei Antitóxicos, a menos que exista prova – cujo ônus é da defesa – de que o entorpecente é para uso próprio, o que não ocorreu no presente caso.

Criminaliza-se a própria condição de pobreza do acusado: “a quantidade de sacolés de cocaína apreendidos em poder do acusado é incompatível com sua situação econômica, pois estando desempregado não teria condições financeiras para aquisição de 25 sacolés”.

A 5ª Câmara Criminal do TJRJ tem repellido, também, esta prática inquisitiva, restaurada em nome da repressão ao tráfico e da segurança social:

Entorpecentes. Tráfico. Imputação não demonstrada. Testemunho policial. “Confissão” secreta. *Não se pode reconhecer o crime do art. 12, da lei 6.368/76, se a prova não é certa e precisa sobre a destinação ao tráfico da substância entorpecente apreendida com o acusado, inadmissível a presunção do dolo. O ônus de de-*

monstrar a existência do tipo penal imputado na denúncia é da acusação. A mera e isolada declaração de um policial/testemunha, de que "o acusado disse que estava trabalhando para o tráfico porque estava desempregado", não pode ser valorada como prova decisiva e definitiva; sequer existe no auto de prisão em flagrante essa confissão extrajudicial, nenhum valor probatório tendo aquela declaração, pois uma "confissão" secreta, íntima, reservada, não tem existência processual. (Ap. 4214/99)

A confissão extrajudicial não constitui prova, face a garantia constitucional do devido processo legal, não se podendo violar o princípio da judicialização da prova. Menos valor probatório tem ainda essa confissão extrajudicial, quando no auto de prisão em flagrante nomeia-se como curador do acusado, de 18 anos, um Policial Militar lotado no mesmo Batalhão dos autores da prisão. (Ap. 3.314/99)

Acusado que é preso no interior de ônibus, portando 37,8g de maconha. Se inexistir qualquer indicação na prova a estabelecer o vínculo do acusado com o tráfico, não se pode presumir e reconhecer o crime do art. 12, da Lei 6.368/76, considerando-se apenas a "quantidade apreciável de trouxinhas de maconha" e a circunstância de que o réu "não dispunha de renda oficial para aquisição de tanto entorpecente assim"; a condição pessoal de pobreza do réu não pode servir de prova para o reconhecimento do tráfico, pois estar-se-ia criminalizando o réu pela sua própria condição econômica. (Ap. 3.698/99)

Entorpecentes. Tráfico. Associação. Prova insuficiente. Confissão extrajudicial. Chamada co-réu. Judicialização da prova. Não se apreendendo substância entorpecente com os acusados, não se produzindo em Juízo nenhuma prova certa sobre o fato imputado, limitando-se a prova à confissão extrajudicial e à chamada de co-réu, não pode a sentença condenatória fundamentar-se em "acervo probatório colhido na fase inquisitorial", violando-se o princípio da judicialização da prova. (Ap. 1.409/98)

3) Conflitos agrários

Nas questões agrárias, por todo o Brasil, a névoa ideológica comanda, com extrema violência, os passos do juiz.

Em abril de 1997 realizaram-se grandes manifestações do MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra) por todo o Brasil. Houve a grandiosa marcha para Brasília, e inúmeras ocupações ocorreram pelo país.

Em Campos, RJ, a terra não utilizada da Usina São João foi ocupada por cerca de 400 famílias. A Usina não mais funcionava, e já tramitava o pedido de desapropriação para reforma agrária. A proprietária, dizendo-se esbulhada, ajuizou ação de reintegração de posse com pedido de liminar, alegando que

Desde o tempo de João Sem Terra, na Inglaterra nenhum homem livre era arrastado de suas terras sem o devido processo legal (due process of law) e, por certo que não será num Estado democrático que se permitirá a INVASÃO como forma de se tomar a posse de seu legítimo possuidor e proprietário.

De resto, a "estratégia" do chamado "Movimento dos Sem Terra" de invadir terras particulares produtivas constitui não só afronta à lei, como, à ordem pública e ao estado de direito.

Pede a autora que, concedida a liminar, seja oficiado ao "8º Batalhão da Polícia Militar para fiel cumprimento da Ordem Judicial, já que, por se tratar de INVASÃO planejada pelo MST, haverá resistência."

O juiz, imediatamente, concede a liminar:

A documentação acostada à inicial atende ao disposto no art. 927 do CPC, estando caracterizado o esbulho, pela invasão amplamente divulgada pelos meios de comunicação, que, diga-se de passagem, também praticado por pessoas de outra região, cabendo, por conseguinte, o deferimento da liminar nos termos do art. 928 da referida lei processual civil.

Se isto não bastasse, a nossa Constituição Federal em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, devendo, portanto, ser rejeitado o comportamento dos réus como forma de se tomar a posse de seu legítimo possuidor e proprietário, pois, caso contrário, estar-se-ia afrontando a ordem pública e o estado de direito.

Por tais fundamentos, defiro a liminar, na forma postulada às fls. 03, oficiando-se ao 8º B.P.M. para garantir aos oficiais de justiça encarregados da diligência o fiel cumprimento do mandado. Cumprida a liminar, citem-se. Expeça-se mandado em termos.

Em nome da ordem pública, em nome da lei, em nome do estado de direito concede-se uma liminar de reintegração, cujo cumprimento e execução trariam conseqüências inimagináveis. Como se torna pronta e eficaz a ação do Juiz/Estado na defesa do Capital e do latifúndio. Só a névoa ideológica pode explicar o deferimento dessa liminar. A decisão menciona o art. 5º, XXII, da Constituição Federal: "é garantido o direito de propriedade"; mas a névoa ideológica obnubilou a visão do Juiz, e ele não conseguiu enxergar adiante – a sua leitura da Constituição não alcançou o inc. XXIII, imediatamente após: "a propriedade atenderá a sua função social". Significa dizer: se a propriedade não atende a sua função social, o direito de propriedade não pode ser garantido.

No dia seguinte ao despacho do juiz, o **Jornal do Brasil** (17 abr. 1997) publica longa matéria sobre aquela ocupação:

"No acampamento, o clima era de tranqüilidade. 'Nós não vamos voltar atrás. Só sairemos daqui carregados no colo', afirmou Francisco Valença Lan, um dos coordenadores do MST citados no processo como réu".

Uma trabalhadora rural é entrevistada, Célia: "Apesar do jeito simples, Célia não poupa críticas ao presidente Fernando Henrique, a quem considera o maior inimigo do trabalhador rural. "O nosso presidente está judiando dos pobres que só querem terra para plantar".

Célia diz que enfrenta qualquer tipo de dificuldade que a vida coloca no seu caminho, mas reconhece ter medo de um possível conflito com a polícia. “*Vamos pedir a Deus que não haja sangue, né. Afinal nós não somos bandidos*”.

Existe uma grande manipulação ideológica, cada vez mais intensa através da mídia, para desqualificar e criminalizar os trabalhadores rurais do MST. Trata-se, porém, do mais importante movimento social do Brasil atual, cujo objetivo fundamental é, como diz Célia, querer terra para plantar.

O Programa Cidadania e Direitos Humanos, da UERJ (Sub-Reitoria de Extensão e Cultura), divulgou, recentemente, um manifesto – MST – Apoio Necessário – assim iniciado:

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, autônomo e independente, é formador dos novos direitos que, com sua prática social, cria Brasil afora, ocupando terras ociosas e abandonadas para torná-las férteis e produtivas, construindo cooperativas econômicas e repensando a saúde e a educação através de novos métodos democráticos. Assim, além de consolidar, como exemplo, esta solidária e fraterna proposta de vida, desvela e desqualifica todos os horrores e crueldades do projeto neoliberal, implantado nesta nossa terra pela subserviência do Governo ao império capitalista internacional e a seus agentes financeiros, econômicos e políticos.

O juiz não pode alhear-se à formação desses novos direitos, deixando de enxergar a vida, a História e a Justiça. O compromisso do juiz é com a cidadania, com a dignidade da pessoa humana; o compromisso do juiz é com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Este é o compromisso determinado pela Constituição Federal (arts. 1º e 3º), a que o juiz se obriga a cumprir.

Aquela liminar, felizmente, não chegou a ser executada. O Ministério Público, através do Curador de Justiça de Campos, e o Defensor Público – neste momento juntos em defesa do oprimido – agravaram da decisão, e a Juíza Relatora da 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível concedeu efeito suspensivo ao agravo, intimando-se o Incra para esclarecer sobre o procedimento administrativo referente à regularização fundiária, para preservação do assentamento na área em questão.

O assentamento encontra-se, hoje, regularizado, e as 400 famílias – quase despejadas, em razão de uma injurídica e injusta liminar – constróem ali a sua vida, ajudando também a construir o Brasil.

4 A NÉVOA DISSOLVIDA: O SOL, A LIBERDADE PARA OS OPRIMIDOS

Em algumas sentenças, aparecem expressões como *legem habemus, es-cravo da lei, dura lex sed lex*. Quase sempre, essas expressões vão justificar uma injustiça; através delas, o juiz desculpa-se: lamento, o meu coração chega a doer, mas é a lei, quem faz a lei é o legislador, o juiz só aplica a lei.

Ora, mais do que a lei, o juiz aplica o Direito. Se a aplicação e a interpretação de uma lei produzem um resultado injusto, violentando a ética e a equidade, alguma coisa está errada. O juiz não pode lamentar-se nem entristecer-se com o resultado do seu trabalho, tornando-se um mero burocrata, um carimbador de lei, como se ele não fosse responsável pela injustiça realizada. A lei não representa o sagrado, nem a verdade. É preciso buscar compreender o sentido da lei no Estado Capitalista, a sua natureza de classe, identificar o papel do jurista nessa estrutura visceralmente injusta, e aprender a atuar e a mover-se no interior das próprias contradições desse sistema, reconhecendo o juiz o seu papel, e, com sua reflexão, com sua resistência, com seu pensamento crítico, e, acima de tudo, com sua opção pelo oprimido e não pelo poder, tentar fazer do seu trabalho uma prática social compromissada com as lutas populares, na construção de um Direito garantidor da vida para todos, desmistificando a lei excludente e opressora. Para isso, precisa o juiz desvencilhar-se da névoa ideológica, buscando o sol e a liberdade, escapando da clausura.

Naquela mesma fria Friburgo, há muitos anos antes dos encontros com o Juiz e a névoa, o menino Carlos Drummond de Andrade fôra interno no tradicional Colégio Anchieta. O menino Carlos não suportava a opressão da ordem e da norma jesuíticas, rebelava-se, e a sanção era o castigo no domingo. Drummond não permitiu que a norma dos jesuítas lhe confiscasse o tempo e a vida, adestrando-o para “a prisão perpétua do comportamento”. E tornou-se o nosso maior poeta.

O juiz não precisa, nem no seu trabalho, nem na sua vida, ser aprisionado e confiscado pela ordem dogmática. É possível escapar dessa determinação normativa.

O juiz pode, libertando-se da névoa, deixar de ser o “*guardião do sistema*” (Baldez), o “*boy do imperialismo e da dominação*” (Lyra Filho), o “*lacaio da divisão do trabalho*” (Marx-Engels).

DISCIPLINAS BÁSICAS

MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS: UM CONFLITO INSOLÚVEL?

Vicente de Paulo Barretto¹

Sumário: 1. À guisa de introdução; 2. Uma falsa dicotomia; 3. O que são os direitos humanos?; 4. Esboço de uma antropologia filosófica dos direitos humanos; 5. Do multiculturalismo à fundamentação universal dos direitos humanos; 6. Referências.

1 À GUIA DE INTRODUÇÃO

Uma das indagações mais relevantes e recorrentes no debate político e na teoria do direito refere-se ao problema do universalismo dos direitos humanos. Os direitos humanos constituem-se numa categoria ético-jurídica com abrangência universal? Ou para serem entendidos como direitos devem responder somente às exigências de eficácia e validade. Garantidas por um estado soberano? Na história dos direitos humanos sempre esteve presente a indagação sobre a sua natureza ética e jurídica. Desde as proclamações revolucionárias do século XVIII, passando pelos debates sobre as relações do estado nacional com valores e direitos que se pretendem universais, durante os séculos XIX e XX, o tema tem-se constituído em referência central e obrigatória para a teoria ética, política e jurídica contemporânea. Esse debate tem servido, também, como arsenal ideológico para justificar e promover revoluções políticas e sociais. A teoria dos direitos humanos, que procura construir uma fundamentação racional para essa categoria de direitos, constitui-se, por outro lado, em etapa essencial e necessária no processo de sedimentação desses direitos. E o argumento central dessa teoria tem a ver com a sua fundamentação, pois será através dela que poderemos situá-los no contexto de uma sociedade multicultural, atribuindo-lhe ou não caráter universal.

Trata-se de responder a essas indagações de caráter ontológico, mas levando-se em conta que os direitos humanos não são manifestações abstratas da inteligência humana, mas encontram-se inseridos na situação histórica de cada cultura. Quando falamos de uma teoria dos direitos humanos, podemos estar fazendo referência a dois tipos de análise: em primeiro lugar, à teoria jurídica

¹ Professor da UERJ/Unisinos.

dessa categoria de direitos, que analisa o conjunto de tratados, convenções e legislações sobre o tema, bem como a regulação dos mecanismos, internacionais e nacionais, garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana; a teoria dos direitos humanos trata, por outro lado, da análise dos fundamentos desses direitos, tema que se toma central no contexto de uma sociedade planetária multicultural. A teoria dos direitos humanos implica, assim, na complementaridade necessária entre a reflexão teórica e a prática, pois não teria sentido a análise teórica, abstrata, que não levasse em consideração os problemas reais que afetam quotidianamente a pessoa humana neste final de século (discriminações sociais, políticas e religiosas, falta de liberdade, limpeza étnica, miséria, analfabetismo etc.) e, nem também, aceitar como verdade última, universal e acabada, as diversas situações sociais do mundo contemporâneo. Torna-se, portanto, irrelevante o argumento de que a prática é o que importa na avaliação dos direitos humanos, pois esta se acha vinculada a argumentos teóricos, que sempre impulsionaram a implementação histórica dessa categoria de direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948, foi antecedida por uma série de consultas a um grupo de filósofos, cientistas, juristas e intelectuais, que independente de crenças religiosas ou filiações políticas, concordaram sobre a redução do debate sobre os direitos humanos aos problemas referentes aos mecanismos garantidores desses direitos. Isto porque, como escreveu Jacques Maritain (1976), relator do texto final apresentado pela Unesco às Nações Unidas, não poderia haver uma concordância a respeito dos fundamentos dos direitos humanos entre concepções religiosas, culturais e políticas diversas sobre a natureza da pessoa humana e da sociedade. O acordo entre culturas diferenciadas somente seria possível em tomo de um conjunto de direitos mínimos e, principalmente, de mecanismos de controle garantidores dos direitos consagrados pelos estados signatários da Declaração.

Os autores da Declaração de 1948 rejeitavam, portanto, a possibilidade de haver um conjunto de direitos humanos universais, válidos, que fossem independentes de sua consagração nos textos constitucionais dos diferentes estados. Essa concepção teve como consequência reduzir o debate contemporâneo sobre o tema às indagações sobre a sua eficácia, como pretende Norberto Bobbio (1992: 25-26). O cerne da questão residiria para esse tipo de interpretação na eficácia ou não desses direitos, na capacidade dos estados fazerem respeitar o que se acha determinado nas declarações internacionais e nos textos constitucionais. Direitos humanos seriam, assim, princípios que perpassariam diferentes culturas, mas somente poderiam ser considerados como direitos, na medida em que fossem incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas foi enriquecida por pactos políticos e sociais, que acrescentaram número significativo de direitos políticos e sociais ao documento de 1948. Enquanto aumentava o número desses direitos, proclamados nos documentos internacionais, cresceram

também as sistemáticas violações dos mesmos pelos próprios estados signatários da Declaração Universal e dos pactos subsequentes. Essa é a razão pela qual, o tema dos fundamentos dos direitos humanos, até então considerado como superado, ainda que não resolvido, tomou-se obrigatório na agenda do pensamento social, político e jurídico contemporâneo. Verificou-se que o debate sobre a fundamentação racional e, portanto, sobre a natureza e validade universal dessa categoria de direitos, encontrava-se intimamente relacionado com a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema dos direitos humanos (FERNANDEZ, 1991: 110-111).

A questão da legitimação universal dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata, e passou a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia. A razão nuclear para que se considere o problema dos fundamentos dos direitos humanos no mesmo patamar de importância analítica da sua positividade, encontra-se, portanto, no fato de que a eficácia dos direitos humanos encontra-se ligada a sua fundamentação. Essa fundamentação, entretanto, não irá depender de sua positivação jurídico-institucional, mas de sua legitimação em função de suas raízes éticas. A dificuldade em justificar-se a universalidade dos direitos humanos em face da sociedade multicultural contemporânea, encontrada na teoria do direito reside, assim, em dois argumentos. O primeiro versa sobre a natureza mesma do direito, que no caso é identificada como a manifestação da vontade estatal; o segundo argumento procura elidir a importância dos valores éticos na construção dos laços de solidariedade como base da sociedade (BENHABIB, 2002: 16). O respeito aos direitos humanos ocorre, assim, em diversas etapas de sua positivação, sendo que a primeira, e que irá definir o escopo dentro do qual serão ou não respeitados, encontra-se na análise da sua fundamentação ética.

Um dos principais argumentos favoráveis à tese de que os direitos humanos não são universais, baseia-se na constatação empírica da existência de uma grande diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos. A pluralidade cultural, que se expressa nessa diversidade, tornou-se o nó górdio da leitura dos direitos humanos dentro de uma perspectiva universalista. O debate sobre o multiculturalismo e os direitos humanos, por sua vez, passou a repercutir na arena das controvérsias políticas da atualidade, em virtude de, na cultura Ocidental, a exclusão religiosa, social, econômica ou política sempre ter refletido a violação dessa categoria de direitos. Essas violações, entretanto, não representam a negação e a rejeição dos direitos humanos, nem, também, a sua redução a ideais abstratos sem qualquer relevância política e social. A história tem demonstrado como os direitos humanos são idéias-força, que ao serem negados constituem-se em argumentos poderosos contra os próprios atos de prepotência, que os negam. Aceitar o argumento de que a diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos, que regulam de forma diferenciada uma mesma categoria de direitos, implica em retirar o caráter universal dos direitos humanos, é consequência, assim, de uma leitura simplificada da questão.

O debate sobre os direitos humanos na sociedade pluralista tem dois parâmetros de referência, que se explicitam em duas linhas de argumentação: a primeira identificada com as origens iluministas das declarações revolucionárias do século XVIII, baseia-se na proclamação da existência de valores da pessoa humana, válidos em todos os quadrantes do planeta, que constituiriam o núcleo de resistência aos absolutismos; a segunda nega a possibilidade da fundamentação universal dos direitos humanos, identificando-os como uma manifestação do estado nacional de direito, instrumento único para a sua positivação. A primeira vertente da argumentação recebeu duas versões teóricas, uma expressa pelo monismo moral – que afirma a possibilidade da razão humana determinar os valores determinantes da melhor forma de vida para o homem, válidas para todas as sociedades – e a outra pelo universalismo mínimo – que reconhece a pluralidade moral, mas sustenta que esses diferentes sistemas podem ser avaliados em função de valores universais (PAREKH, 1999: 128 e ss.).

A superação das insuficiências de ambos os entendimentos exige que se procure uma fundamentação dos direitos humanos através de argumentos racionais, baseados na observação empírica das diversas comunidades humanas, que permita identificá-los como uma categoria universal de direitos. Esse desafio tem sido respondido na teoria social contemporânea por universalistas e relativista. A construção de uma teoria justificadora dos direitos humanos, que possa fundamentá-los e situá-los diante de sistemas e práticas morais diversas, supõe a superação dessa dicotomia, com vistas a demonstrar como na sociedade multicultural podem ou não subsistir valores universais. Para que seja possível a construção de um argumento universalista, que não fique prisioneiro do modismo moral, toma-se necessário não se abstrair das realidades sociais. Neste sentido é que a construção do argumento do mínimo universal passa pelo reconhecimento de que é possível chegar-se a algumas características comuns dos seres humanos, características essas que servem de fundamento para o estabelecimento de uma sociedade sedimentada nos laços de solidariedade. Esse processo do descobrimento, no seio das diferentes culturas e sociedades, de quais as características comuns dos seres humanos somente pode ser realizado através de um diálogo intercultural, a ser realizado no contexto de uma democracia deliberativa, como proposto por Benhabib (2002).

2 UMA FALSA DICOTOMIA

O argumento mais usualmente aceito contra a universalidade dos direitos humanos é o elaborado pelas correntes relativistas, que se socorrem de uma leitura redutora do multiculturalismo – entendido como a coexistência de diferentes culturas em um país – encontrado na sociedade humana. A idéia do relativismo consiste em afirmar que nada pode atender ao bem-estar de todos os seres humanos, isto porque, os seres humanos, no entendimento relativista, não são

semelhantes em nenhum aspecto que comporte generalizações. Esse argumento resulta de uma constatação antropológica, isto é, a existência na humanidade de diferentes valores, hábitos e práticas sociais, que se expressam sob variadas formas culturais.

A constatação de que entre os grupos sociais existem tradições culturais múltiplas, representa para o relativismo a prova de que é impossível o estabelecimento de normas universais de comportamento social. A constatação empírica do ponto de vista antropológico, entretanto, pode ser lida de forma não-reducionista, quando são estabelecidas as diferenças entre as necessidades que originam respostas diversas, em culturas diferenciadas, e aquelas que têm a mesma resposta em todos os grupos humanos, ainda que essas respostas possam aparecer sob formas diferentes, mas todas indicando a existência de um mesmo conjunto de valores e de entendimentos sobre a natureza humana e a sociedade. A própria idéia de natureza humana é um *casus belli* na teoria social e jurídica, que somente poderá ser pacificada na medida em que seja encarada como uma explicação do fato empírico da existência de diferentes seres humanos. Como escreve Parekh (1999:140), a natureza humana não é um dado constatável empiricamente, mas uma inferência. não é um fato, mas uma teoria.

No pensamento social e filosófico contemporâneo encontramos três tipos de “relativismos”, referentes à contestação da idéia dos direitos humanos como universais: o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. Este último sustenta o argumento aceitável de que as particularidades culturais exercem um papel determinante na forma sob a qual os valores, assegurados pelos direitos humanos, irão formalizar-se. O segundo tipo afirma a impossibilidade de se produzir um discurso ético e, portanto, dotado de características universais, que seja transcultural. A fonte dos três tipos encontra-se na pesquisa antropológica, que confirma o fato da diversidade cultural, fato este facilmente reconhecível. Por essa razão, a argumentação construída sobre os dados empíricos, fornecidos pela antropologia, merece um destaque especial na análise do tema.

O argumento antropológico baseia-se na constatação de que existe uma enorme variedade de formas de vivência nos grupos humanos, que irão servir de justificativa para a teoria do pluralismo cultural. No entanto, a própria observação antropológica demonstra que algumas necessidades humanas são universais, e não meramente locais, em seu caráter, podendo ser classificadas de necessidades comuns a todos os grupos sociais ou “humanos” (PERRY, 1998: 66). O sentimento de afeição, a necessidade de cooperação encontrada em todas as culturas, a identificação do lugar na comunidade e a ajuda para quem se encontra em necessidade são exemplos de como existem características do ser humano, que ultrapassam os limites das fronteiras culturais.

Perry (1998: 66 e ss.) procura demonstrar como, da mesma forma que algumas necessidades são comuns a todos os homens, existem, também, alguns

valores que conduzem à satisfação de necessidades compartilhadas entre os seres humanos. Em outras palavras, alguns bens são universais e não estritamente locais. A observação das culturas locais demonstra, por outro lado, que elas não se constituem em universos fechados, impermeáveis às influências exógenas e incapazes de serem contestadas por forças sociais internas. A própria ciência antropológica mostra como dentro das culturas encontra-se uma enorme gama de interpretações da própria tradição e das práticas culturais, podendo-se afirmar neste sentido que todas as culturas são pluralistas. O pluralismo supõe, assim, a existência de posições divergentes em relação à interpretação oficial da tradição religiosa ou cultural, expressando-se através do que alguns autores chamam da “crítica interna” (PERRY, 1998:76), exercida no contexto de culturas aparentemente monolíticas.

Esses valores, que se encontram escondidos sob a manta de interpretações e práticas hegemônicas da tradição cultural, aparecem sob a forma de movimentos de protestos e de heterodoxias, que vocalizam valores comuns a todos os homens, mas que se encontram momentaneamente negados pelo poder político ou religioso local. Os movimentos de afirmação dos direitos humanos, para o qual convergem indivíduos e grupos sociais, excluídos dentro do seu próprio grupo social, evidenciam como em situações socialmente injustas e excludentes o recurso aos valores expressos por essa categoria de direitos constituem um mínimo moral comum a todas as sociedades.

O exame do movimento dos direitos humanos nos países islâmicos, por exemplo, demonstra precisamente o processo progressivo de conscientização por parte dos governos e dos movimentos religiosos, pressionados pelo movimento de crítica interna da própria sociedade. Tomemos, por exemplo, o exame do caso da prática cultural da mutilação genital feminina. A primeira constatação é a de que não podemos racionalmente supor que essa prática tenha sido, durante séculos, considerada, por todas as mulheres, como necessariamente boa e aceitável. É razoável supor que tenha havido algum grau de insatisfação diante da obrigação imposta pela tradição; tanto isto é verdade que ocorrem na atualidade, fugas de jovens em países africanos para escapar da mutilação. O simples fato de existir esse nível de rebeldia em países de cultura tradicional, e teoricamente uniforme, faz com que se admita a existência de grupos sociais, que se opõem às práticas tradicionais. Essas manifestações de revolta resultam das chamadas críticas internas, desenvolvidas durante séculos, do mesmo modo como os direitos humanos no Ocidente resultaram de um processo de contestação a valores e práticas, dentro de uma mesma cultura. Nesse contexto, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (1993), a declaração da Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (1988) e a condenação da mutilação genital feminina pela Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas, adotam a posição de que a circuncisão feminina viola os direitos humanos das mulheres e crianças.

Vemos, portanto, que a leitura antropológica dos direitos humanos não consegue privilegiar na evidência empírica a possível existência de valores humanos universais, pois essas encontram-se cobertas pelas diferentes manifestações culturais. Na verdade, essas manifestações culturais expressam de forma diferente o mesmo conjunto mínimo de valores humanos, encontrados em diferentes sociedades. Verificamos, assim, que não se encontra uma mesma resposta sobre a natureza dos direitos humanos, quando ficamos prisioneiros da experiência cultural e particular de cada povo. Trata-se de uma questão que deverá ser solucionada no plano propriamente da reflexão filosófica e não no terreno da pesquisa social empírica, onde casos particulares *per se* não confirmam, nem desmentem, a possibilidade ou não da universalidade de valores e normas.

Como observa Apel (2000:17), o conceito de uma ordem jurídica e política de uma sociedade multicultural contem em si duas dimensões que se contradizem logicamente: a do particularismo e do pluralismo das tradições culturais, de um lado, e o aspecto unitário e de sua fundamentação moral no sentido da justiça intercultural, perpassando diferentes culturas, de outro. Esse conflito interno nas sociedades contemporâneas agrava-se na medida em que o consideramos na perspectiva global e cosmopolita. Tornam-se, então, ainda mais acentuadas as dificuldades encontradas para que se evite a construção de sociedades multiculturais. Isto porque o fato social do multiculturalismo, constatado nas mais diferentes nações do planeta, impõe-se com a força das evidências, constituindo um novo paradigma a ser integrado na ordem do direito cosmopolita aceitável por todos os homens.

3 O QUÊ SÃO OS DIREITOS HUMANOS?

O próprio emprego da expressão “direitos humanos” reflete a idéia de direito cosmopolita da tradição iluminista, tendo sido utilizada com diferentes conotações políticas e jurídicas. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas face à violência e à injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática. Número significativo de autores tomaram a expressão “direitos humanos” como sinônima de “direitos naturais”, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos (FINNIS, 1989:198; ROMMEN, 1955: 624; MARITAIN, 1947); ainda outros, empregaram a expressão como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que “novos direitos sejam consagrados no futuro” (MELLO, 1997:5).

No pensamento social contemporâneo, encontramos a tentativa de identificar os direitos humanos fundamentais como sendo uma “norma mínima” das

instituições políticas, aplicável a todos os Estados que integram uma sociedade dos povos politicamente justa (RAWLS, 1997:74-75). Esse conjunto de direitos tem um estatuto especial no direito interno das nações, sendo exigência básica para que um Estado possa integrar a comunidade internacional. Os direitos humanos, para Rawls (1997:79), diferenciam-se, assim, das garantias constitucionais ou dos direitos da cidadania democrática, e exercem três papéis relevantes: em primeiro lugar, a observância dos direitos humanos representa a condição necessária para que seja legitimado um regime político e aceita a sua ordem jurídica; o respeito aos direitos humanos, no Direito interno das nações, representa para Rawls, condição suficiente para que se exclua a intervenção em seus assuntos internos por outras nações, através, por exemplo, de sanções econômicas ou pelo uso da força militar; finalmente, Rawls sustenta que os direitos humanos estabelecem um limite último ao pluralismo entre os povos.

Os direitos humanos, no pensamento rawlsiano, expressam-se, portanto, através de normas jurídicas e políticas, que se referem ao mundo das relações entre as nações, expressando compromissos nacionais com valores, destinados a estabelecer uma ordem internacional politicamente justa. Trata-se, em outras palavras, da remissão dos direitos humanos ao plano das relações entre os Estados que, para se legitimarem na comunidade internacional, devem ter como fundamento dos respectivos direitos internos o respeito à norma mínima internacional. Rawls procura, em outras palavras, estabelecer uma norma comum, um direito cosmopolita, que servirá como critério universal para o reconhecimento dos sistemas políticos e jurídicos nacionais. No debate sobre a intervenção em outros países, o tema tradicional da guerra justa será substituído pela análise da obediência dos estados a essa *moralia minima* internacional, que deverá estar expressa no texto e na prática constitucional.

A doutrina de Rawls tem uma variante na qual se afirma que os direitos humanos, proclamados nos tratados internacionais, quando, como é o caso da Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 2º), são expressamente reconhecidos na Carta Magna, têm *status* de norma constitucional. Logo, a questão dos fundamentos dos direitos humanos é remetida para a vontade do constituinte, que nada mais faz do que aceitar o acordado entre os diversos países signatários dos tratados. Ocorre o fenômeno de incorporação ao corpo do direito interno de um conjunto de normas elaboradas do âmbito das relações de poder interestatais, sendo que a sua validade é aceita sem maiores justificativas quanto à natureza particular dessas normas, mas somente na medida em que são aceitas pela “*sociedade dos povos politicamente justa*”, como escreve Rawls.

Vemos como a argumentação de Rawls desenvolve-se à sombra dos direitos naturais como modelo justificador do direito positivo. Desde o final do século XIX, tornou-se claro que se tornava necessário desenvolver um modelo teórico, que pudesse estruturar logicamente, do ponto de vista jurídico, uma matriz conceptual metajurídica, que seriam os direitos humanos, com a ordem

jurídica positiva. Essa dificuldade, que expressava as contradições da ordem jurídica liberal, fez com que a imaginação doutrinária jurídica buscasse uma solução para o impasse, que prescindisse do modelo do jusnaturalismo moderno, mas respondesse à questão da fundamentação do direito e, especificamente, dos direitos humanos.

A primeira resposta a ser dada ao problema, ocorreu no quadro dos estados nacionais soberanos do século XIX. O texto clássico de Hannah Arendt, intitulado **As perplexidades dos direitos humanos** (1962: 290 e ss.), mostra como o processo de identificação dos direitos humanos com a nação, durante o século XIX, fez com que os Estados nacionais, tendo em vista as circunstâncias históricas e as necessidades políticas das sociedades nacionais, em fase de afirmação, fossem incapazes de estender para os não-cidadãos aqueles direitos públicos subjetivos, assegurados aos nacionais. Verifica-se, assim, como o nacionalismo, idéia-força central na construção e sedimentação dos estados nacionais da modernidade, representou o primeiro grande obstáculo para a objetivação dos direitos humanos, que tinham como condição a sua necessária universalidade.

Em virtude da conotação nacional dada aos direitos humanos, considerados como garantias fundamentais asseguradas no quadro do Estado nacional de Direito, o tema dos seus fundamentos foi progressivamente relegado ao esquecimento ou restrito ao debate político interno, mas sempre referido às mutáveis legislações positivas. Durante o século XX, constatou-se a proliferação de declarações internacionais e de legislações nacionais asseguradoras dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que se observava o insucesso dos diferentes sistemas jurídicos em estabelecer garantias reais para a observância desses dispositivos legais. O conflito entre os valores e a prática política e jurídica provocou, no campo da teoria jurídica, um processo de reducionismo epistemológico do tema “direitos humanos”, que ficou restrito à sua dimensão positiva, tal como encontrada no campo da legislação. A reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos somente tomou-se relevante e inseriu-se no plano de uma reflexão metajurídica, quando as violações desses direitos na prática quotidiana trouxeram consigo um alto grau de relativismo na sua interpretação e provocaram uma conseqüente insegurança nas relações entre os Estados nacionais e no seio da própria sociedade civil.

Nesse contexto, é que se toma imperativo distinguir na análise dos direitos humanos dois níveis epistemológicos correlatos: no primeiro nível, examina-se a questão de sua fundamentação – questão esta, como fizemos referencia acima, que foi relegada a segundo plano; no segundo nível, examinam-se os mecanismos da garantia e prática dos direitos humanos, tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social contemporâneo. No que se refere à questão da fundamentação, a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação

fosse considerada uma questão meta jurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.

Número crescente de filósofos e juristas vêm enfatizando, entretanto, a necessidade da recuperação da temática da fundamentação dos direitos humanos, tendo em vista, precisamente, a experiência histórica que evidenciou a fragilidade dessa categoria de direitos diante de governos autoritários. A necessidade de uma fundamentação não se esgota somente na necessidade de dar-se uma resposta ao argumento autoritário, mas encontra-se, também, nas próprias sociedades democráticas contemporâneas, onde a aplicação do direito positivo ressurte-se, muitas vezes, de uma subordinação racional a um conjunto de princípios, expressão de valores relacionados com a dignidade humana, que se explicitaram através da intermediação dos direitos humanos. Em virtude do reducionismo positivista, a prática policial e judiciária nas sociedades democráticas tem, em diversas ocasiões, sido implementada não considerando os princípios fundadores da ordem constitucional. A observação empírica demonstra como a aplicação da ordem jurídica decantada de suas raízes tem como resultado a transformação do direito em antídoto do próprio direito, explicando-se a preocupante baixa efetividade das leis na sociedade contemporânea. A ordem jurídica do estado democrático de direito supõe, entretanto, para a sua implementação, a observância desses princípios, interpretados como expressão racional dos valores constitutivos da dignidade humana.

A “reconstrução dos direitos humanos” (LAFER, 1991) – considerados como conjunto de direitos que expressam valores da pessoa humana e que se encontram em contínua gestação – exige, assim, uma investigação que se destine, sobretudo, a recuperar a dimensão fundacional dessa categoria de direitos. Os fundamentos dos direitos humanos voltaram a representar um tema plenamente considerado pelo pensamento jurídico contemporâneo, na medida em que se passou a tratar das questões relativas ao estabelecimento de um patamar metajurídico na análise do direito. A construção de uma matriz conceptual, que pudesse estabelecer uma conceituação abrangente para esse tipo de direitos, tornou-se, assim, necessidade inadiável. Essa investigação tomou-se ainda mais justificável pois servirá para alimentar a argumentação em favor dos direitos humanos, ameaçados e violados por regimes autoritários, como também para limitar e definir quais são e quais não são os direitos humanos (FERNANDEZ, 1991: 83-84). O desafio da reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos reside, em última análise, na busca de uma fundamentação racional, portanto universal, dos direitos humanos, e que sirva, inclusive, para justificar ou legitimar os próprios princípios gerais do direito (DELMAS-MARTY, 1994: 172 e ss.).

Esse processo legitimador, entretanto, deve ser contextualizado dentro do quadro mais amplo da democratização crescente que ocorre em todos os continentes. Os direitos humanos têm um estatuto próprio no sistema jurídico demo-

crático, que se expressa pela peculiar “validade” com que são dotados. A dificuldade maior para a mentalidade positivista, ao lidar com o problema da fundamentação desses direitos, reside no fato de que a “validade” no positivismo tem características específicas, que não contemplam a categoria dos direitos humanos em sua dupla dimensão.

A “validade” dos direitos humanos para o pensamento jurídico e social contemporâneo tem um duplo sentido (HABERMAS, 1996:87-88): em primeiro lugar, porque eles têm a pretensão de serem válidos factualmente, sendo a sua validade assegurada pela sanção pública; mas também pretendem ter uma legitimidade própria através de uma justificação racional de sua positividade. Os direitos humanos, como tais, fazem parte da ordem jurídica positiva, mas como apresentam a dupla dimensão acima referida, eles definem o quadro dentro do qual a legislação infraconstitucional deverá atuar. A marca característica dos direitos humanos residirá, portanto, no seu conteúdo, isto é, normas gerais que se destinam a todas as pessoas como seres humanos e não somente como cidadãos nacionais, sendo válidas, tanto nacionalmente, como para todas as pessoas, nacionais ou não. Nesse sentido, é que Habermas (1996:89) escreve que os direitos humanos produzem efeitos no quadro da legislação nacional, relativos não somente aos cidadãos nacionais, mas a todas as pessoas. O problema da fundamentação ética dos direitos humanos tem a ver, assim, com a busca de argumentos racionais e morais, que justifiquem a sua pretensão a essa validade universal.

4 ESBOÇO DE UMA ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

A investigação sobre os argumentos racionais e morais poderá ser desenvolvida sob dois aspectos: o primeiro, fazendo uma abordagem intercultural do tema, onde as diferentes tradições culturais poderão determinar quais são os valores universais que irão servir de base comum para os direitos humanos; o segundo tipo de abordagem caracteriza-se pela construção de uma teoria sobre a natureza propriamente filosófica dos direitos humanos.

Para que possamos transitar por diferentes tradições culturais, torna-se necessário partir da constatação de que algumas capacidades humanas que irão, na verdade, constituir o corpo da identidade da pessoa humana, independem da cultura. O ser humano tem algumas características comuns, que o fazem distinguir-se dos demais seres vivos e que podem ser compreendidas através de uma construção teórico-racional. E essas características são observadas em todas as sociedades: todo o ser humano tem capacidade de pensar, raciocinar, utilizar a linguagem para comunicar-se, de escolher, de julgar, de sonhar, de imaginar projetos de uma vida plena e, principalmente, de estabelecer relações com os seus semelhantes, pautadas em critérios morais. Essas características do ser

humano não lhe são inatas, mas são por ele apreendidas no convívio social e, por sua vez, a prática dessas habilidades é que irá alterar, modificar a sociedade em que vive. Temos, então, uma constatação inicial na nossa análise, que nos permite afirmar que graças a essas habilidades e capacidades o ser humano, não somente pertence, como, aliás, todos os animais, a uma espécie comum, mas, principalmente, integra, potencialmente, uma comunidade universal (PAREKH, 1999:144).

Essas características do ser humano permitem que possamos identificá-los, comparando-o, por hipótese, com um ser extraterrestre. Graças a esses critérios, identificamos, através do seu comportamento, se um ser é ou não uma pessoa humana. A leitura dos textos de Cristóvão Colombo e os depoimentos dos indígenas do Novo Mundo, diante dos espanhóis, são um exemplo demonstrativo de como os critérios culturais, inicialmente, levam a uns e outros a negarem a qualidade de humanos ao estranho; Cristóvão Colombo sustentando serem os índios seres que não podiam comunicar-se, por não falarem uma língua conhecida pelos europeus e, portanto, mal podendo ser classificados como humanos; e os índios considerando os europeus, como enviados por Deus e vindos do céu (TODOROV, 1999). Somente com a convivência, ambas as partes, terminaram por descobrir em cada uma características humanas.

Essas características distintivas dos seres humanos mostram como todas as culturas e sociedades têm uma mesma caracterização do que é o ser humano. Por outro lado, o mesmo ser humano recebe em cada cultura um tratamento específico, que pode ser ou não ser o mesmo em todas as sociedades, mas o que o caracteriza são critérios e parâmetros racionais em função dos quais identifica-se o ser humano em qualquer lugar do planeta. Quando imaginamos, então, a existência de seres em outras partes do universo, pensamos em seres alienígenas, dotados de capacidades sensoriais, intelectuais e físicas inteiramente diferentes daquelas dos seres humanos com os quais convivemos.

As características dos seres humanos observadas em todas as culturas fazem com que no seu conjunto constituam o que se chama de identidade humana. Essas características podem ser agrupadas em quatro grandes grupos. No primeiro, situam-se aquelas características que Aristóteles (**Política**, 1253 a) considerava como específicas, ou seja, o fato do ser humano ser um animal social. Somente o ser humano tem o dom da palavra, o meio de comunicar-se e agregar-se, não existindo, assim, indivíduo que seja incapaz de estabelecer relações significantes com os outros e compartilhar a vida comunitária, a não ser que seja menos ou mais do que um homem. No segundo grupo identificador do homem, vamos encontrar diversas capacidades, a começar pelo dom da palavra que será peculiar ao ser humano e que lhe permite explicitar o conveniente e o inconveniente, o justo e o injusto, o bem e o mal; dessa forma, o ser humano posiciona-se em relação superior ao mundo da natureza animal e física. O terceiro grupo de caracteres identificadores é aquele em que se reúnem as capacidades relativas à

criação de idéias, valores e conceitos, que não somente interpretam o mundo da natureza, como permite criar um mundo produto da imaginação e do trabalho humano. No quarto grupo, encontram-se as capacidades relativas aos desejos do ser humano e como ele poderá responder às suas necessidades, o que o obriga a estabelecer com o seu semelhante condições de convivência para que possa sobreviver e aperfeiçoar-se.

Essas características do ser humano estabelecem a base e o contexto do nosso processo deliberativo no qual os valores morais servem como referências nas relações sociais. Nem sempre, entretanto, as relações sociais são estabelecidas obedecendo-se a valores morais, universais e solidários. Os exemplos das guerras, da exclusão social, racial, religiosa e das políticas racistas são fatos que nos demonstram como esse tipo de relacionamento social baseia-se na falsa premissa de que alguns homens são melhores e mais fortes do que outros. Sendo diferentes, não poderão compartilhar com os seus semelhantes os mesmos valores morais. Essa situação de conflito e negação do outro como humano não pode ser uma constante nas relações sociais, pois acabariam dissolvendo os próprios laços sociais.

A resposta para esse impasse deverá partir de uma constatação acima adiantada: os laços de solidariedade, fundados nos valores morais, representam a condição de sobrevivência do ser humano, tendo em vista, precisamente, a sua capacidade de procurar estabelecer tipos de sociedade fundados no egoísmo, na violência e na exclusão. Até que ponto essas sociedades da negação são constituídas por seres humanos? Não teríamos sacrificado nesses modelos algumas características da própria identidade do ser humano?

As capacidades humanas são precisamente as características diferenciadoras do ser humano no universo e, portanto, exigem que se construa uma explicação racional para que se possa identificar no indivíduo uma característica central, que unifique todas as suas capacidades e, assim, possa ser erigida como eixo da identidade humana. Em virtude da história recente do século XX com suas guerras, atrocidades e desigualdades no acesso aos bens da modernidade, a reflexão filosófica foi chamada a trabalhar neste tema, esforço esse que resultou na elaboração da categoria moral e jurídica da “dignidade humana”. Essa categoria consagrada como princípio constitucional (Constituição de 1988, art. 1º, III), serve para que seja assinalada a superioridade do ser humano entre os seres vivos. A idéia de dignidade humana, originariamente, deitou as suas raízes na posição social do indivíduo e na aceitação desse *status* pela sociedade, como sendo algo hierarquicamente superior e merecedor de respeito. O indivíduo dotado de dignidade encontrava-se, assim, em um patamar superior, que implicava no respeito por parte da comunidade. A idéia de dignidade e da sua correlata, a idéia do respeito, implica, em primeiro lugar, numa afirmação negativa da pessoa humana, que impede que elas sejam tratadas como se fossem animais ou objetos; em segundo lugar, significa, também, numa afirmação positiva, que

sustenta ser necessário à ajuda para que o indivíduo possa desenvolver plenamente as suas capacidades.

A idéia de dignidade humana, entretanto, corporifica-se através do sistema de normas jurídicas. Essa idéia vai receber uma conceituação jurídica específica, que tem como referencial a dupla face como aparece na cultura ocidental. Essa dupla face expressa duas perspectivas – a ontológica e a instrumental –, mas que juridicamente serão complementadas por suas características intersubjetivas e, também, por sua dimensão negativa, defensiva de direitos próprios da pessoa humana, e, simultaneamente, pela dimensão positiva, que garante o caráter prestacional da idéia de dignidade humana (SARLET, 2001:60) no contexto de uma sociedade democrática.

Os direitos humanos referem-se, portanto e antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, e que irão encontrar na idéia de dignidade da pessoa humana, o seu ponto convergente. É em função dessa idéia, resultante da concepção do ser humano como dotado de diferentes capacidades naturais, é que se pode procurar critérios comuns, que possam responder ao desafio do multiculturalismo.

Antes, entretanto, de analisarmos os argumentos que possam nos conduzir à superação do impasse, entre relativistas e universalistas, torna-se necessário estabelecer os parâmetros lógicos da argumentação. Quando nos referimos à condição humana e à dignidade humana como sendo o seu referencial básico, que serve para conceituar a pessoa humana através de uma identidade própria, afirmamos que a dignidade e o respeito somente poderão ser concebidos na medida em que existam condições comuns, vale dizer, quando cada ser humano mereça igual respeito e consideração. Os direitos reclamados por cada pessoa exigem que esta pessoa aceite o mesmo tipo e qualidade de demanda por parte do seu semelhante. No entanto, essa igualdade não é absoluta, mas supõe que as desigualdades serão atendidas em função da promoção e da proteção de cada indivíduo. Por essa razão, a igualdade não pode ser tratada como um ideal ou valor absoluto, não sendo, portanto, um fato, e sim uma prática moral (PAREKH, 1999:149). Essa prática necessita, entretanto, de um parâmetro moral, que servirá como limite ordenador de ação humana. Kant chama esse parâmetro de imperativo categórico, que pode ser formulado sob duas formas: a primeira, referida à ação moral nela própria, que é formulada como sendo aquela que obedece à máxima de que a ação para ser moral deve poder ser uma lei universal; a segunda, levando-se em conta a humanidade considerada como tendo em si mesma um valor moral. Dessa forma, escreve Kant (1991:91), o imperativo supremo da moralidade exige que o homem trate a humanidade, seja na sua própria pessoa ou na de outra pessoa, nunca como um meio, mas sempre como um fim.

Os valores encontrados nas diferentes culturas devem ser submetidos ao crivo de critérios racionais, que se encontram definidos pelo imperativo categórico, para que se possa averiguar quais deles originam-se na experiência socio-cultural objetiva, representando características comuns dos seres humanos. Essas características é que possibilitarão avaliar a possível natureza universal dos direitos humanos e suas relações com as diferentes realidades culturais. Trata-se, portanto, de explicitar os valores morais que se encontram na base de todas as culturas e, assim, encontrarmos o ponto de equilíbrio racional entre valores universais e diversidade cultural. Poderemos, então, verificar de que modo esses valores constituem-se no núcleo moral da categoria dos direitos humanos, assegurando a sua universalidade que perpassa as diferentes culturas.

5 DO MULTICULTURALISMO À FUNDAMENTAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A argumentação que desenvolvemos anteriormente permite que possamos destacar alguns valores morais universais, que têm sido considerados por autores das mais diversas famílias filosóficas: assim, por exemplo, Hart (1972) ao definir o conteúdo mínimo do direito natural; Walzer (1994) e a exigência de direitos à vida, liberdade e satisfação de necessidades humanas básicas; Rawls (1971) e a questão dos bens primários; Apel (2000) e o princípio consensualista da justiça. Todos esses autores se socorrem de valores e critérios universais, como forma de solucionar conflitos morais e jurídicos numa sociedade multicultural.

Necessitamos, entretanto, integrar valores universais no contexto da sociedade multicultural, sendo para isto necessário proceder em duas etapas (PAREKH, 1999). A primeira, que corresponde à argumentação até agora desenvolvida, consiste em identificar valores morais universais, encontrados em todas as sociedades: a identidade humana, a dignidade, o valor humano, a promoção do bem-estar humano e a igualdade. Na segunda, procura-se fazer a intermediação de valores morais nas sociedades multiculturais, sem que aqueles percam seu caráter de universalidade. Isto porque, são considerados valores em virtude de serem cultivados em todas as sociedades, ainda que implementados de formas diferentes através de normas morais e jurídicas específicas e particulares; são morais porque estabelecem os critérios mínimos em função dos quais os homens vivem e se relacionam uns com os outros; e são universais porque respondem a exigências de todos os seres humanos, independentes de cultura, nacionalidade ou religião.

Trata-se de estabelecer procedimentos através dos quais poderemos garantir a integridade dos valores universais e, ao mesmo tempo, permitir a plena manifestação da diversidade cultural. O primeiro parte da escolha de um mínimo moral, que afirma a necessidade de se proteger o homem, dotando-o de uma esfera, que lhe é própria, a ser respeitada pelo Estado, por grupos sociais e pelos

outros indivíduos: ao lado dessas garantias negativas, acham-se as garantias positivas, aquelas que asseguram o contexto dentro do qual o ser humano terá assegurado bens básicos. A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas e os pactos que lhe complementaram exercem, precisamente, essa função.

O segundo procedimento aponta para o fato de que, sendo os valores universais gerais e indeterminados, é necessário que sejam expressos por sistemas normativos. Não basta afirmar-se, por exemplo, que a dignidade humana é um valor, mas é essencial para que ela se materialize nas relações sociais a sua tradução em normas morais e jurídicas. Essas normas é que irão objetivar a idéia de dignidade humana, que deixa de ser afirmada como argumento retórico e passa a ser objetivada através de normas jurídicas específicas. Proibição da tortura, genocídio, usar a pessoa como objeto de pesquisas que afetem o sistema biológico, psicológico ou espiritual do ser humano, são alguns exemplos de normas que materializam, dão substância ao princípio da dignidade humana. Por outro lado, as normas são expressas através da linguagem, podendo, então, estabelecer direitos ou obrigações, que são formuladas em obediência às características de cada cultura.

O terceiro procedimento, para que se possa objetivar os valores universais constitutivos do núcleo ontológico dos direitos humanos, relaciona-se com o cuidado que devemos ter em não identificar valores com mecanismos institucionais específicos. Parekh chama a atenção para o fato de que muitos dos nossos argumentos éticos não diferenciam entre os valores universais e as formas institucionais, que assumem em cada cultura. Assim, por exemplo, o princípio da dignidade humana pode ser respeitado dentro do capitalismo, bem como em outros sistemas políticos e econômicos. Caso não se faça essa distinção, acabaríamos por negar qualquer possibilidade da existência dos direitos humanos, pois esses não expressariam valores humanos universais. O fato é que, por mais diferentes que sejam as normas, é necessário que elas pela linguagem dos direitos ou dos deveres garantam o respeito aos valores morais fundantes da ordem jurídica.

O quarto procedimento enfrenta o desafio de que, tendo em vista que cada sociedade é moralmente livre para formular as normas materializadoras dos valores universais, não podemos condená-las em virtude dessas normas serem diferentes das aceitas em nossa sociedade. É a questão do etnocentrismo que se desloca para o âmago da nossa reflexão. Tome-se, por exemplo, o caso referido por Parekh (1999:152), da prática nas sociedades muçulmanas de apedrejamento de determinados crimes, como o estupro. A pena para os não-muçulmanos parece degradante e desumana, mas para os muçulmanos ela expressa a repulsa da sociedade em face do crime. Justifica-se a penalidade sustentado-se que o ato de estupro coloca-o, por sua bestialidade, fora da convivência humana e retira-lhe a sua dignidade. O argumento moral dos muçulmanos sustenta que essa condenação mobiliza as energias sociais e reafirma a autoridade dos valores violados pelo estupro.

Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 08/09/10, anos 2000/2001/2002. p. 215-234.

O argumento muçulmano, aparentemente coerente, tem, entretanto, alguns aspectos que demonstram uma interpretação errônea do ato e da natureza da responsabilidade do seu autor. A dignidade baseia-se na humanidade do criminoso, que não é negada por um ato isolado. Isto porque a dignidade é constituída não de uma capacidade, mas de diversas capacidades que são conservadas e, por essa razão, o criminoso pode ser reformado, reintegrado na vida social ou mesmo isolado para que cumpra a sua pena em condições, sem negar as suas capacidades que não foram afetadas pelo ato criminoso. Apedrejar um ser humano até a morte representa, portanto, desrespeitar a dignidade humana de todos os homens, culpados ou não, além do que não existe comprovação empírica sobre a diminuição dos crimes de estupro nessas culturas em virtude da pena².

A proposta de universalização dos direitos humanos pode ser atingida através de um quinto procedimento, que se baseia no fortalecimento de diálogos regionais interculturais. Vale dizer, estabelecer acordos regionais entre diferentes culturas, que preservem suas características básicas, mas possam ser integradas no sistema global. Assim, poderão ser superadas algumas dificuldades, encontradas na interpretação e aplicação dos direitos humanos nos países asiáticos e africanos. Essas dificuldades têm a ver com a própria questão da linguagem política e jurídica do Ocidente, que consagram de forma legalista mais os direitos individuais e menos os deveres de solidariedade.

A crítica das lideranças asiáticas à abordagem Ocidental da questão baseia-se nas dimensões preponderantemente comunitárias dessas culturas, nas quais a lei é mais relativa aos deveres, que servem para integrar a sociedade. Essa diferença de expressão da vontade legal deve ser respeitada, o que não justifica a violação de valores morais e jurídicos universais por esses estados. Em última análise, os direitos humanos não necessitam serem ignorados para que sejam aceitas as características das culturas locais, pois a sua violação representaria a rejeição dos próprios laços de solidariedade que fundamentam toda e qualquer sociedade.

A superação dessa dicotomia entre práticas culturais diversas e os direitos humanos somente poderá ser superada na medida em que se possa encontrar critérios lógico-rationais, comuns a todas as culturas e que sirvam de referencial universal para todas as legislações. Neste contexto é que se situa a necessária formulação de uma teoria fundacional dos direitos humanos. A fundamentação dos direitos humanos deita suas raízes no pensamento iluminista e teve um de suas primeiras formulações no conhecido texto de Kant (1970: 107-108):

Os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu a ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo,

² Ver sobre a questão dos direitos humanos no islamismo: Bielefeldt (1999); Mayer (1997) e Conac et Almor (1994).

repercute em todos os demais. A idéia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformando-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua.

Na Doutrina do Direito, § 62, Kant argumenta que essa comunidade pacífica não é um “*principio filantrópico (ético), mas um principio jurídico*”, que se materializa no chamado direito cosmopolita. Esse tipo de direito tende, ao ver de Kant, a permitir uma união possível de todos os povos, “*em vista de certas leis universais do comércio possível*”. Kant estabeleceu uma relação entre o *ius cosmopolitanum* e o desenvolvimento de uma sociedade de trocas, dialógica, que seria o fator decisivo na humanização das relações entre os povos.

A idealização do necessário progresso das relações entre as nações, como fruto da troca entre elas, foi desmentida pela história dos dois últimos séculos. O atual estágio do processo de internacionalização da economia tem demonstrado como alguns efeitos perversos do processo de globalização ignoram direitos básicos da pessoa humana. Ao contrário do que sustentavam os ideólogos do liberalismo clássico, a internacionalização da economia aumentou a corrupção política, o tráfico de órgãos entre países ricos e países pobres, a exploração do trabalho infantil, a escravidão branca, o crime organizado etc. Todos esses resultados dos novos tipos de relações econômicas e sociais evidenciam um quadro de distorções e violações da dignidade da pessoa humana, que somente poderá ser corrigido – e esta é a contribuição central de Kant para a reflexão contemporânea – por um direito também global, cosmopolita, e que afirme e garanta os valores constitutivos da dignidade humana (DELMAS-MARTY, 1997).

A história mostrou que os direitos humanos não nasceram do progresso das relações comerciais entre os povos, mas da identificação de valores comuns às diversas sociedades e grupos de uma mesma sociedade. Trata-se, portanto, de reler a tradição kantiana, no contexto da qual as leis morais são fruto da razão do homem, sendo universais, e não dependentes da vontade circunstancial do legislador. Essa releitura processa-se através da identificação de argumentos racionais, que possibilitem a construção da fundamentação dos direitos humanos em torno, também, de princípios universais, frutos da razão humana.

A necessidade da determinação de normas de caráter universal, que fundamentem a ordem jurídica, faz com que se recorra na primeira etapa dessa investigação, aos princípios gerais do direito a serem legitimados pelo consenso da humanidade dita civilizada – mais ou menos o modelo proposto por Rawls. Mas a relatividade das experiências jurídicas afastou a possibilidade de dotar-se os princípios gerais do direito de um conteúdo comum. Tornou-se evidente que os desafios colocados pelo processo histórico, obrigavam à recuperação teórica da questão dos fundamentos dos direitos humanos, como condição para se obter

uma explicação funcional e não uma fundamentação normativa do direito. Por essa razão, a construção dessa matriz conceptual não poderá consistir “*na dedução de um dever-ser a partir de um ser, de um sollen a partir de um sein, mas na estruturação dessas normas a partir de uma visão do real indissociável de um realce, portanto, de uma valorização, seja de certos seres, seja de certos aspectos do ser*” (PERELMAN, 1996: 395).

Essa fundamentação crítica ou moral poderá ser construída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que encontram a sua objetivação jurídica no princípio constitucional de dignidade humana. Os direitos humanos seriam, assim, a positivação dos princípios fundadores, que por sua natureza moral asseguram o caráter de universalidade dessa categoria de direitos. Nesse sentido, é que se pode dizer, com Habermas, que o pensamento kantiano representa “*uma intuição diretora*” (1996: 80) no projeto de estabelecer os fundamentos dos direitos humanos na época contemporânea. Uma intuição diretora, mas que necessita de ser racionalizada no espaço público da sociedade democrática e que será ordenada através de normas que expressem uma vontade política específica, consequência de um processo de argumentação racional entre seres livres. Nesse sentido, é que se pode estabelecer a natureza moral dos direitos humanos, como fundamento da ordem jurídica democrática e que expressa as “*relações de complementaridade entre a moral e o direito*” (HABERMAS, 1997: 122). O direito não é somente um sistema simbólico, mas um sistema de ação, dentro do qual as normas de ação “*simplesmente ramificam-se em regras morais e em regras jurídicas*”. (HABERMAS, 1997: 12)

A manutenção da dignidade humana constitui o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa. A perspectiva crítica parte do pressuposto de que essas diferentes dimensões fazem com que os direitos daí decorrentes somente se materializem no quadro da sociedade quando se supera a idéia, peculiar ao liberalismo individualista, de que esses direitos dizem respeito única e exclusivamente aos direitos individuais. A concepção individualista do ser humano cede lugar à concepção moral do homem como ser social, que tem direitos concretos a serem assegurados pela sociedade. Introduce-se, assim, na temática sobre os direitos humanos, a análise do papel do Estado Democrático, entendido como única formatação institucional asseguradora de sua eficácia.

6 REFERÊNCIAS

- APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, 2000. v. 7, n. 1.
- ARENDRT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland: Meridian Book, 1962.

- ARISTÓTELES. *Política, em Obras*. Tradução e notas de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1964.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CONAC; Gerard et Amor, Abdelfattah. *Islam et les Droits del'Homme*. Paris: Economica, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers un droit commun de l'humanité?* Rio de Janeiro: Conjunto Universitário Cândido Mendes, mimeo. 1997.
- _____. *Por un droit comum*. Paris: Seuil, 1994.
- FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Right*. Oxford Clarendon Press, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *La Paix, Perpétuelle*. Paris: Cerf, 1996.
- _____. *Droit et Démocratie, entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1972.
- KANT, I. *The Moral Law. Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Trans. H. J. Paton. London and New York: Routledge, 1991.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- MARITAIN, Jacques. *Introdução, em Los Derechos del Hombre*. Barcelona: Laia, 1976.
- _____. *Les Droits de L'Homme et la Loi Naturel*. Paris: Paul Hartmann, 1947.
- MAYER, Ano Elisabeth. *Islam and Humall Rights*. London: Pinter Publishers, 1997.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Eds.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- PERELMAN, Charm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERRY, Michael. *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- RAWLS, John. *Le Droit des Gens*. Paris: Editions Esprit, 1996.
- _____. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1972.
- REISS, Hans (Ed.). *Kant's Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- ROMMEN, Heinrich A. *The State in Catholic Thought*. St. Louis, B. Herder Book Co. 1955.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self. The Making of Modern Identity*. Cambridge/Mass, 1989.
- TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WALZER, Michael. *Thick and Thin*. Notre Dame/ London: University of Notre Dame Press, 1994.

OS EMPRÉSTIMOS DO BANCO MUNDIAL AO BRASIL À LUZ DOS PARADIGMAS ROMANOS DE PROTEÇÃO AO DEVEDOR

Mauricio Mota¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil no período 1980-1997; 4. As normas de proteção ao devedor no direito romano; 5. A proteção do devedor como princípio geral de direito; 6. A análise dos empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz do princípio geral da proteção do devedor; 7. Conclusão; 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A temática tradicional costuma dividir a questão da dívida externa, no que se refere aos empréstimos externos, em duas classificações fundamentais: os empréstimos externos de entidades privadas estrangeiras, sobretudo os grandes bancos internacionais, destinados ao financiamento da dívida pública e ao implemento da modernização e expansão do setor privado industrial e comercial; os empréstimos dos órgãos multilaterais de fomento (como o Banco Mundial) e de governo para governo, destinados ao financiamento de projetos concernentes ao progresso econômico e social.

Os empréstimos externos concedidos por esses órgãos multilaterais de fomento são considerados pela literatura econômica e pelos governos nacionais como empréstimos necessários e vantajosos para o país porque contratados por longo prazo (em média, quinze anos), com ampla margem de carência (de três a cinco anos) e reduzida taxa de juros nominal.

O presente estudo procurará evidenciar a falácia de tais premissas, demonstrando que, na realidade, esses empréstimos, tal qual os empréstimos do primeiro tipo, também imbutem em seu bojo cláusulas iníquas que possibilitam a alteração unilateral da avença por parte do credor e, mais do que isso, na sua execução, se tornam excessivamente onerosos em relação ao originalmente

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

pactuado. Os paradigmas para a análise econômica e jurídica de tais contratos serão os concernentes à proteção do devedor no direito romano, particularmente aqueles do direito justinianeu, sobejamente influenciados pelos princípios cristãos.

Insera-se, pois, essa comunicação, no ponto quatro do temário do nosso Colóquio: **Direito dos Contratos. O Problema da Dívida Externa.**

Para tanto iremos proceder à análise dos 33 contratos de empréstimos do Banco Mundial ao Brasil, integralmente desembolsados e amortizados, realizados no período de 1980 a 1997. O que se pretende, em verdade é demonstrar que as cláusulas desses contratos e sobretudo sua forma de implementação e execução, tornam esses contratos excessivamente onerosos para o devedor e em absoluta desconformidade com suas finalidades institucionais.

A referência do estudo são as disposições do direito romano concernentes à proteção do devedor, entendidas estas como manifestações de um princípio geral de direito de tutela do devedor em situações de iniquidade contratual e, nessa perspectiva, aplicáveis aos atos negociais realizados pelo governo brasileiro.

2 METODOLOGIA

Esse estudo fundamenta-se, quanto aos dados estatístico-econômicos e a elucidação do significado destes, no trabalho do Economista Ricardo Pereira Soares para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, intitulado **Dívida Pública Externa: Empréstimos do BIRD ao Brasil**, que foi disponibilizado pelo IPEA como Texto para Discussão n. 642, em maio de 1999².

A metodologia adotada, dentro dos parâmetros estabelecidos no trabalho acima referido, consiste em estabelecer 1980 como o ano inicial do relacionamento financeiro do Brasil com o Banco Mundial, também conhecido como Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD. A partir desse ano, os contratos que entraram em efetividade, ou, em outras palavras, os contratos em que o agente financeiro iniciou o desembolso dos recursos, são incluídos na pesquisa e passam a fazer parte do universo dos empréstimos analisados. Este ano foi escolhido para evitar o descasamento, em nível de contrato, entre desembolsos e pagamentos. Assim, são excluídos da análise os contratos que, naquele momento, estavam em implementação, os quais teriam sido desembolsados antes daquele ano, com pagamentos nos doze anos seguintes. A escolha do ano de 1980 é importante porque a partir desse ano os contratos

² SOARES, Ricardo Pereira. **Dívida Pública Externa: empréstimos do BIRD ao Brasil**. Texto para Discussão n. 642. [on line]. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 1999.

passaram a ser referidos em dólares equivalentes a uma cesta de moedas, o que, como será demonstrado, altera o custo dos empréstimos³.

Em seguida, quantificam-se os empréstimos, no período de 1980 a 1997, pelas principais áreas financiadas (energia, estradas, abastecimento de água, agricultura, meio ambiente, saúde, desenvolvimento urbano, transporte metropolitano, indústria, mineração e outras).

Posteriormente, levanta-se o valor anual de desembolsos recebidos e de pagamentos realizados pelo país, em dólares correntes, por empréstimo. Com essas informações, calcula-se:

- a) transferência líquida anual, (corresponde à diferença entre recebimentos e pagamentos); e
- b) o custo financeiro de cada empréstimo.

O custo financeiro de determinado empréstimo é medido pela taxa de juros que zera o fluxo líquido de recursos recebidos e pagos pelo país no período de vigência do empréstimo.

Cabe destacar que, quando ocorre atraso no desembolso de determinado empréstimo (o qual corresponde a um atraso na execução do projeto), também ocorre o aumento nos pagamentos, uma vez que aumenta o pagamento com comissão de compromisso, que é um percentual fixo (0,75%) incidente sobre o saldo de recursos não desembolsados no ano. Outro fator que eleva a taxa de juros em empréstimos contabilizados em dólares é a desvalorização dessa moeda, uma vez que os empréstimos são pagos em dólares equivalentes a uma cesta de moedas. Desse modo, a taxa de juros efetiva de um empréstimo do BIRD pode ser desdobrada em, pelo menos, três parcelas: a primeira corresponde à taxa de juros prevista, e as outras duas indicam os juros adicionais que incidem sobre o empréstimo, no caso de ocorrer alteração cambial do dólar em relação à cesta de moedas e de ocorrer atraso na execução do projeto⁴.

A análise jurídica expressa-se na avaliação dos dados econômicos e das disposições do contrato padrão do BIRD com os princípios concernentes à proteção do devedor em situações de iniquidade, examinadas à luz dos paradigmas fornecidos pelo direito romano.

3 OS EMPRÉSTIMOS DO BANCO MUNDIAL AO BRASIL NO PERÍODO 1980 A 1997

No período de 1980 a 1997, o BIRD concedeu 151 empréstimos ao Brasil, no valor de US\$ 18,9 bilhões, considerados pelo ano de efetividade. O principal mutuário foi o Governo Federal, com US\$ 11,4 bilhões, seguido pelas empresas

³ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 9.

⁴ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 10-11.

públicas com outros US\$ 4,5 bilhões; juntos, estes respondem por 85% do valor contratado. Esses valores refletem a opção de desenvolvimento dos primeiros anos desse período, baseada em investimentos do Governo Federal, principalmente em infra-estrutura e por intermédio de empresas públicas⁵.

A transferência líquida dos empréstimos do BIRD apresentou valores positivos nos primeiros anos, de 1980 a 1986, quando os recursos recebidos superavam os pagamentos realizados pelo país. Esse resultado era esperado em virtude da metodologia ter definido o ano de 1980 como o marco inicial do relacionamento do Brasil com o Banco Mundial. O que não se esperava era que a transferência positiva fosse tão pequena. De fato, a soma dessas transferências, de 1980 a 1982, alcançou somente US\$ 280,5 milhões. O maior valor acumulado ocorreu no ano de 1986, quando a soma das transferências positivas atingiu US\$ 3,1 bilhões. Contudo, esse valor não é significativo em termos percentuais, pois corresponde a somente 36% dos US\$ 8,6 bilhões de empréstimos que entraram em efetividade de 1980 a 1986. Nesses seis anos, enquanto os desembolsos do BIRD ao Brasil foram de US\$ 4,7 bilhões, o país realizou pagamentos de US\$ 1,6 bilhão (ver tabela 1).

A partir de 1987, a transferência líquida anual passou a ser negativa, pois os pagamentos anuais realizados pelo país superavam os desembolsos do BIRD. Por isso, o saldo acumulado de divisas internadas por esses empréstimos diminuiu rapidamente, de US\$ 3,1 bilhões, contabilizados em 1986, para praticamente zero no ano de 1992. No ano de 1993, o saldo acumulado das transferências líquidas do período já era negativo em US\$ 877,4 milhões. Esse saldo negativo cresceu até 1995, quando se estabilizou em US\$ 2,7 bilhões. Nesses anos (1987 a 1997), os desembolsos do BIRD ao Brasil somaram US\$ 9,6 bilhões, enquanto os pagamentos atingiram US\$ 15,5 bilhões.

TABELA 1
Transferência Líquida Anual dos Empréstimos do BIRD: 1980/1997

Ano	Empréstimos	Recebimentos	Pagamentos	(em US\$ 1000)	
				Transferência Líquida Anual	Acumulada
1980	755000	4088	1643	2445	2445
1981	1002436	24417	8504	15912	18358
1982	1079800	297625	35520	262105	280463
1983	1841800	988849	117464	871385	1151848
1984	891800	1134297	282578	851718	2003566
1985	688800	667003	428643	238360	2241926
1985	2362000	1608469	700524	907945	3149871
Subtotal A	8621636	4724748	1574876	3149870	

⁵ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 12.

Situação observada: considera os empréstimos de 1987 a 1997

1987	1140500	902655	1048694	(146039)	3003832
1988	728000	976682	1202556	(225 874)	2777958
1989	1156500	817708	1068069	(250361)	2527597
1990	1005000	783052	1488364	(705311)	1822286
1991	970000	839748	1540903	(701155)	1121131
1992	345000	573786	1518440	(944654)	176477
1993	1489000	471025	1524905	(1053880)	(877403)
1994	1278100	645023	1652386	(1007363)	(1884767)
1995	491000	837577	1675198	(837621)	(2722387)
1996	1077000	1499775	1483174	16600	(2705787)
1997	603000	1204204	1278901	(74697)	(2780484)
Subtotal B		102113100	9551235	15481589	(5930355)
Total (A+B)		18904736	14275983	17056466	(2780485)

Fonte: BIRD extratos anuais de 1980 a 1997 e Detail Statement of Loans -- December 31, 1997.

Notas: 1. Dívida de US\$ 5295,6 milhões em 31.12.19897, dos empréstimos com data de efetividade de 1980 a 1997.

2. Dívida de US\$ 933,4 milhões em 31.12.1997, dos empréstimos com data de efetividade de 1980 a 1986.

Em síntese, no período de 1980 a 1997, o país realizou pagamentos no valor de US\$ 17,1 bilhões e recebeu US\$ 14,3 bilhões; desse modo, transferiu US\$ 2,8 bilhões para o BIRD. Além disso, esses empréstimos deixaram o país com uma dívida, em 31.12.1997, de US\$ 5,3 bilhões (ver tabela 1). Esses dados mostram que, mesmo quando consideramos somente empréstimos contratados em um período recente, como os que entraram em efetividade a partir de 1980, a transferência líquida, anual e acumulada, em poucos anos torna-se negativa. A questão mais surpreendente é o pequeno saldo de divisas internadas no país. A tabela 1 mostra que o maior saldo foi de US\$ 3,1 bilhões em 1986. A partir de 1987, o saldo diminuiu e passa a ser negativo em 1993, apesar de o país continuar realizando novos empréstimos, e aumentar, continuamente, o seu endividamento externo.

O custo efetivo dos empréstimos foi calculado para uma amostra de 33 contratos. O custo efetivo desses empréstimos foi em média de **18% a.a.**, muito além da taxa média contratualmente prevista de **8,32% a.a.** O país pagou o equivalente a 4,3% a.a. porque pela desvalorização do dólar frente à cesta de moedas que serve de parâmetro de cálculo para os empréstimos do BIRD e ainda 3,9% a.a. em média devido a atrasos na execução dos projetos. Como descreve a tabela 2, abaixo⁶.

A elevação do custo do empréstimo via ajustamento cambial decorre do fato de que é o BIRD quem determina, em cláusula potestativa, dois meses antes de cada pagamento a ser realizado pelo país, a moeda em que receberá os seus

⁶ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 21.

créditos. Assim, a título de exemplo, o Brasil, em três empréstimos para o período de 1987 a 1995, realizou pagamentos no valor de US\$ 170,68 milhões, segundo a paridade do dólar de 15.051996, e, desse total, foram pagos 34% em franco suíço; 22% em dólar estadunidense; 16% em florim holandês; 13% em iene japonês; 11% em marco alemão; 2% em rial saudita e 2% em xelim austríaco.

TABELA 2
JUROS ADICIONAIS POR ATRASO E AJUSTAMENTO CAMBIAL POR
EMPRÉSTIMO DO BIRD

(Em % a. a.)

Contrato Número/Ano	Taxa Efetiva Com Aj. Cambial (A)	Taxa Prevista		Juros Devidos por	
		Sem Aj. Cambial (B)	Sem Aj. Cambial (C)	Atraso	Ajust. Cambial
Empréstimos sem cancelamento					
1729-0/801	14,02	10,36	8,15	2,21	3,66
1720-0/801	15,61	11,41	8,14	3,27	4,20
1823-0/801	15,83	11,17	8,65	2,52	4,66
1850-0/811	14,47	10,20	8,21	1,99	4,27
1867-0/811	17,99	13,68	8,76	4,92	4,31
1939-0/812	14,44	11,94	9,45	2,49	2,50
1965-0/812	15,30	11,89	9,88	2,01	3,41
1730-5/812	15,99	11,26	8,23	3,03	4,73
1970-0/812	15,89	12,52	10,05	2,47	3,37
2016-0/812	17,39	12,94	9,53	3,41	4,45
2060-0/822	20,05	16,23	12,76	3,47	3,82
2225-0/832	15,80	11,60	8,31	3,29	4,20
Subtotal	15,88	11,72	9,04	2,68	4,16
Empréstimos sem cancelamento					
1714-0/801	16,13	14,03	8,15	5,88	2,10
1728-0/801	15,94	12,42	8,15	4,27	3,52
1824-0/801	19,47	15,56	8,65	6,91	3,91
1839-0/801	20,66	14,12	8,77	5,35	6,54
1877-0/801	17,91	14,85	8,35	6,50	3,06
1895-0/801	17,01	12,64	8,51	4,13	4,37
1924-0/812	18,11	13,46	9,91	3,55	4,65
1989-0/812	19,94	14,92	10,21	4,71	5,02
1822-5/822	18,16	12,39	8,47	3,92	5,77
2015-0/822	17,88	13,50	9,70	3,80	4,38
2061-0/822	19,46	15,91	12,76	3,15	3,55
2062-0/822	19,31	15,70	12,76	2,94	3,61
2116-0/822	22,85	17,32	12,60	4,72	5,53
2138-0/822	24,12	18,59	12,60	5,99	5,53

2163-0/822	22,28	16,45	12,59	3,86	5,83
2170-0/822	20,43	17,61	12,59	5,02	2,82
2193-0/822	24,88	19,23	12,59	6,64	5,65
2196-0/822	21,43	16,98	12,17	4,81	4,45
2177-0/832	21,66	16,95	11,71	5,24	4,71
2224-0/832	14,59	10,71	8,30	2,41	3,88
2269-0/832	27,46	18,85	8,59	10,26	8,61
Subtotal	19,98	15,36	10,47	4,89	4,62
Total	17,96	13,65	9,93	3,72	4,31

Fonte: BIRD

Assim, o país assumiu o risco da volatilidade do dólar em relação à cesta de moedas de cálculo do BIRD. Desse modo, o país devedor perde flexibilidade na administração de suas reservas cambiais e arca com o custo de transação por operar com moedas de que não dispõe. Assim, a volatilidade do dólar em relação à cesta de moedas de pagamento, de escolha exclusiva e unilateral do credor, é um dos motivos que explica o elevado custo dos empréstimos do BIRD⁷.

Outro motivo do custo crescente desses empréstimos é o atraso nos desembolsos dos recursos do BIRD, que encarecem os custos dos mesmos. Cabe salientar que o BIRD cobra dos seus mutuários uma *comissão de compromisso* de 0,75% a.a. sobre o saldo não desembolsado. Assim, quanto mais lento é o desembolso dos recursos do BIRD, menor é a transferência líquida positiva do empréstimo, pela incidência de juros adicionais desta comissão de compromisso.

Cabe assim desvendar a mecânica do desembolso efetivo dos recursos emprestados pelo BIRD para se determinar a culpabilidade do mutuante e do mutuário no retardo do empréstimo.

Na fase inicial da negociação entre o país mutuário e o BIRD são listados os itens a serem financiados; definidos os métodos para aquisição de bens ou prestação de serviços; indicadas eventuais reestruturações organizacionais das agências mutuárias e/ou executoras; e previstas as necessidades quantitativas e qualitativas de pessoal.

São igualmente definidos pelo Banco os procedimentos a serem obedecidos no processo de desembolso dos recursos do financiamento. Ainda nessa fase, o banco, por meio de seu departamento de empréstimos, distribui à equipe negociadora do mutuário exemplares dos manuais de desembolso a serem utilizados para o saque dos recursos do empréstimo. Os valores emprestados pelo Banco só podem ser utilizados após a efetiva concretização da despesa. Ou seja, o mutuário precisava realizar 100% do valor das despesas – parcela da contrapartida mais a do financiamento – para então se habilitar ao ressarcimento junto

⁷ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 8-9.

ao BIRD. As normas do Banco orientam os executores *em que e como* gastar os recursos do projeto e a maneira de solicitar o desembolso da parte financiada pelo BIRD. Essas normas especificam, por exemplo, as comprãs que devem ser realizadas por concorrência internacional, e o procedimento a ser adotado. Nesse sentido, cabe destacar que a dificuldade de realizar licitação, nos termos exigidos, foi apontada por pesquisas de órgãos brasileiros como causa determinante de atrasos. É importante ressaltar que o Banco Mundial exige o cumprimento rigoroso dos procedimentos preestabelecidos, sob pena de glosar solicitações de saque que não se enquadrem dentro de suas regras.

Assim, o desembolso é realizado à medida que o executor do projeto comprova as despesas realizadas. Primeiramente, ele deve realizar o investimento e utilizar os recursos de contrapartida e outros; posteriormente, irá receber o desembolso do BIRD correspondente ao valor comprovado, o que, na prática, equivale ao reembolso da parte do financiamento gasta e comprovada. Dessa maneira, é evidente que as normas do financiamento explicam a maior parte do atraso do desembolso. Nesse sentido, as condicionalidades – exigências feitas pelo banco quando da aprovação dos empréstimos e que o país se compromete a cumprir, às vezes sabendo de antemão que não é possível fazê-lo no prazo acordado – explicam a maior parte dos atrasos e, conseqüentemente, a maior lucratividade dos empréstimos do BIRD, dada a incidência da comissão de compromisso⁸.

Os dados levantados comprovam que a imensa maioria dos países em desenvolvimento não consegue cumprir as draconianas e sempre crescentes exigências do BIRD, o que acarreta a efetiva diminuição dos recursos emprestados, com a assunção da correlativa dívida financeira⁹.

O autor Ricardo Pereira Soares conclui o seu estudo econômico das condições dos empréstimos do Banco Mundial ao Brasil relatando que seu trabalho constatou que o custo efetivo de 33 empréstimos do Banco Mundial foi elevado (quase 18% a.a.), e que é grande a variação de custo entre os contratos.

O menor custo foi o do contrato BR1729-0, com 14% a.a., e o maior, do BR2269-0, com 27% a.a. Em média, o país pagou juros adicionais (juros acima do previsto) de 8% a.a. por esses empréstimos.

Os juros adicionais foram desdobrados em dois componentes. Um, devido à desvalorização do dólar em relação à cesta de moedas. Este foi estimado, em média, em 4,3% a.a. O outro, de juros devido a atrasos, foi estimado em 3,7% a.a.

Foi verificado que o cancelamento de recursos contratados explica grande parte da variação dos juros adicional por atraso: os doze empréstimos que não

⁸ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 29-30.

⁹ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 32-33.

sofreram cancelamentos de recursos pagaram, em média, taxa adicional de 2,7% a.a., enquanto os 21 restantes, que tiveram recursos cancelados, pagaram 4,9% a.a. por atraso. Além disso, os cancelamentos de recursos são claramente relacionados ao lento desembolso do empréstimo.

Por isso, são relevantes as causas que explicam o lento desembolso. A explicação tradicional aponta a falta de contrapartida e as deficiências no desenho, elaboração e execução dos projetos. A outra explicação, enfatizada pelo estudo, é a de que os atrasos podem ser explicados pelas normas do BIRD. Baseia-se no fato de que os desembolsos do BIRD, para o Brasil e para vários países que se encontram em estágio semelhante, é lento, em média. Os empréstimos levam oito anos para serem totalmente desembolsados, ou seja, este é um problema generalizado.

Assim, a conclusão do estudo é a de que as normas adotadas pelo Banco Mundial explicam parte importante do lento desembolso dos recursos.

Outra conclusão preocupante é a de que os novos empréstimos, aqueles que estão atualmente sendo negociados, podem vir a ter um custo efetivo maior do que o calculado no estudo. Isso pode ocorrer porque os novos contratos, além de obedecerem as mesmas condições dos empréstimos da amostra, terão de arcar com encargos maiores, tanto de comissão para a abertura de crédito quanto de *spread*.

Mais ainda, novos financiamentos estão sendo contratados basicamente para os setores de agricultura, saúde, educação e meio ambiente; e estes são os setores que levam, em média, mais anos para completar o total desembolso do empréstimo.

O estudo conclui em síntese que os empréstimos setoriais do Banco Mundial não devem ser considerados como uma possibilidade eficaz de captação de recursos externos, mesmo no momento atual de crise financeira, no qual o país tem dificuldade em realizar captações no mercado internacional. Esses financiamentos, além de terem custo efetivo elevado, são internados no país ao longo de vários anos e em percentual muito inferior ao esperado. Nesse sentido, a internação de divisas pelos 33 empréstimos analisados é esclarecedora: mostra que, no primeiro ano de efetividade, somente 5% do valor contratado entra no país; nos anos seguintes, a internação dos recursos aumenta lentamente até o quinto ano, quando atinge 37% do total. Esse fato é preocupante do ponto de vista dos recursos necessários para a implantação do projeto, pois mostra que estes são, em princípio, insuficientes, pois a maior internação de divisas, no quinto ano, atinge somente um terço do financiamento comprometido com a implantação do projeto. A partir do sexto ano, o saldo de divisas internadas diminui; no nono ano, esse saldo é negativo em 9%; no décimo-sexto ano, ao término da amortização do empréstimo, é negativo em 93%¹⁰.

¹⁰ SOARES, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 36-37.

Avulta portanto, a evidência de que os chamados empréstimos de organismos multilaterais para o progresso econômico e social constituem igualmente sorvedouros de recursos nacionais tal qual os empréstimos de organismos financeiros privados, apenas escamoteados por uma habilidosa engenharia financeira manipulatória.

Necessário se faz agora, apresentada a estrutura econômica destes empréstimos, analisar a iniquidade e a abusividade destes à luz do paradigma escolhido, as normas de proteção do devedor no direito romano.

4 AS NORMAS DE PROTEÇÃO AO DEVEDOR NO DIREITO ROMANO

O direito clássico não se caracteriza pela preocupação com a proteção do devedor. As normas jurídicas assecuratórias dessa proteção, quando existentes, não vão além de medidas que visam atenuar os rigores da execução pessoal.

Registre-se entretanto a proibição dos interesses usurários expressa na Lei das Doze Tábuas (III, 2): *si qui unciario feonore amplius foenassit quadruplione luito* (se alguém coloca o seu dinheiro a juros superiores a um por cento ao ano, que seja condenado a devolver o quádruplo)¹¹. A *lex Genucia*, do ano de 342 a.C., recordada por Lívio (7, 42) proibiu os interesses. A *lex Marcia* talvez do ano 104 a.C., mencionada por Gayo (4, 23) havia concedido contra os usurários a *manus iniectio*. Entretanto tais leis foram nesse período de escassa aplicação¹². Ao final da República a taxa legal máxima de juros era de 12% ao ano (*usurae centesimae*)¹³.

Com a difusão dos princípios cristãos no Império propaga-se a concepção do devedor como a parte mais fraca na relação obrigacional e, assim, a mais necessitada. Concepções como a de *clementia*, *benevolentia*, *pietas*, *humanitas*, se tornam idéias correntes¹⁴.

O imperador Justiniano através da constituição dos idos de dezembro de 528 (C, 4, 32, 26) determinou o limite máximo de 6% para os interesses em geral (4% para as “pessoas ilustres”; 8% para banqueiros e comerciantes). Estipulou também nessa mesma constituição que ao juiz não era lícito aumentar a referida taxa, ainda que maior fosse o costume observado na região¹⁵.

¹¹ MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1961. p. 169.

¹² VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Civitas, 1991. p. 486.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. *A defesa patrimonial do devedor: do direito romano ao direito latino-americano. Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. p. 195-217. Lima: Cultural Cuzco, 1991.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 195.

¹⁵ CORRAL, Ildelfonso L. Garcia del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Código. Valladolid: Lex Nova, 1988. t. IV. p. 487-488.

Constituição do ano seguinte (abril de 529 d.C.) atribuiu eficácia retroativa a tais limites¹⁶.

Desde a época republicana um *senatus-consulto* proíbe de forma taxativa o acordo de anatocismo, isto é, o acordo pelo qual os interesses não pagos produzem, por sua vez, interesses (CÍCERO, ad Att., 5, 21, 13). A proibição se aplicou com rigor no século III (D. 22, 1, 29; 42, 1, 27) e mais estreitamente no direito justiniano, o qual, seguindo a tendência contrária ao empréstimo usurário, expressa pelos escritores cristãos, proibiu também a capitalização dos interesses já vencidos (C. 4, 32, 28). Um princípio que se impõe na legislação imperial, a partir do século III, é o de que a acumulação dos interesses não pode nunca superar o importe de capital, no sentido de que entre a restituição de capital e o pagamento de interesses não se deve exceder ao dobro da soma recebida; a estipulação que estabeleça disposição diversa é ineficaz e a soma paga além desse limite pode ser reclamada (D. 12, 6, 26, 1; C. 4, 32, 10)¹⁷.

O direito justiniano, fundado numa constituição de Diocleciano (285 d.C.) estabeleceu ainda que na compra e venda o preço, além de certo e verdadeiro, fosse justo. E estabeleceu que se alguém vendesse coisa imóvel por preço inferior à metade do seu verdadeiro preço (*laesio enormis*) o vendedor poderia requerer a rescisão da venda, salvo se o comprador preferisse completar o que faltava para alcançar o justo valor da coisa¹⁸.

Cabe ressaltar ainda na questão da proteção do devedor, a relevância da *bona fides iudicia*. Segundo Krueger a *bona fides iudicia* teria tido sua origem nos contratos consensuais. No início, a vinculação emergente dos contratos era imputada às formalidades que presidiam à sua contratação. As necessidades de aceleração do tráfego jurídico e, sobretudo, de contratar com *peregrini*, não destinatários do *ius civile*, levaram ao desenvolvimento da *fides* como elemento objetivo, por isso apelada de *bona*. A *fides* objetiva (*fides bona*) funcionaria como norma jurídica, em sentido duplo: por um lado, dominaria o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido do simples respeito ao estipulado, seja no da forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, para permitir a inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou da integração de lacunas no negócio; por outro, teria constituído a própria fonte da exigibilidade judicial das figuras *ex fides bona*, reconhecidamente carecidas de base legal¹⁹. Essa concepção de correção e eticidade no cumprimento do pacto estabelece um limite claro às violações da avença, entendida esta como um processo e não somente fruto das meras disposições pactuadas.

¹⁶ CORRAL, Ildelfonso L. Garcia del. *Op. cit.*, p. 488.

¹⁷ VOLTERRA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 486-487.

¹⁸ CORRAL, Ildelfonso L. Garcia del. *Op. cit.*, p. 508.

¹⁹ KRUEGER, Entstehung der bonae fidei iudicia. p. 184-188. *Apud* CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. I, p. 90-91.

O direito justinianeu, profundamente influenciado pelas idéias cristãs, marca uma ruptura com o direito clássico e atribui expressão jurídica vinculante às normas de proteção ao devedor, e, sobretudo àquele que se encontra em situação de iniquidade como a vítima de juros usurários, de uma lesão enorme, ou lesada pelo não cumprimento dos deveres acessórios ao pacto.

5 A PROTEÇÃO DO DEVEDOR COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO

Fixadas as normas de proteção do devedor tal como as concebeu o direito justinianeu, como um direito de eticidade, é pertinente discutir se tais dispositivos podem ser compreendidos na acepção de um princípio geral de direito, a esparrar suas manifestações para outras esferas do ordenamento jurídico.

Moreira Alves noticia a apresentação ao Congresso de Direito Romano realizado em Mérida, na Venezuela, de trabalho do jurista Vincenzo Giuffrè intitulado **II favor debitoris**: araba fenice, onde este nega o caráter de princípio geral de direito ao *favor debitoris*. Para este jurista as manifestações do *favor debitoris* são somente aquelas que tutelam o devedor fora da lógica comum ou, se quiser, da lógica consubstancial à técnica jurídica. Assim, todas as normas mais favoráveis ao devedor encontrarão sua justificativa lógica em motivações culturais, sociais ou econômicas de determinado momento histórico²⁰.

Para que a tendência de proteção ao devedor possa ser considerada um princípio jurídico é necessário que esta possa se traduzir numa pauta orientadora da normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, pode justificar decisões jurídicas. Na precisa definição de Karl Larenz:

*Esses princípios possuem um conteúdo material de justiça; por esse motivo podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da idéia de Direito, tal como este se revela na 'consciência jurídica geral', neste estágio da evolução histórica. Enquanto 'princípios' não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos mas idéias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo de concretização e aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. Alguns deles tem o escalão de normas constitucionais; outros, como o princípio da "boa-fé", estão expressos nas leis ou infere-se delas; recorrendo à *ratio legis*, o fundamento justificante de uma regulação legal. Enquanto critérios 'teológicos-objetivos' são coadjuvantes para a interpretação, bem como para a integração de lacunas; aqui constituem o fundamento para uma analogia global e, por vezes, também para uma redução teleológica.*

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **As normas de proteção do devedor e o favor debitoris**: do direito romano ao direito latino-americano. Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori (Progetto Italia-América Latina, Recherche giuridiche e politiche, Materiali VII/1), p. 191-259. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1991.

Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, quando um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei²¹.

Assim, a tendência de proteção do devedor, tal qual ela defluiu dos paradigmas romanos, possui todas as características que informam a idéia de um princípio ético-jurídico, apto a desenvolver um sentido superador da regra legal estrita: tem um conteúdo material de justiça, está de acordo com a consciência jurídica geral de nosso tempo, pode ser inferido de diversas normas legais, recorrendo-se à mesma *ratio legis* e é constituído por toda uma série de casos de igual teor, o que constitui o fundamento de uma analogia global.

Moreira Alves expressa com maestria esse conceito quando diferencia o âmbito de aplicabilidade do princípio da proteção do devedor: esta exsurge não da contraposição à liberdade de contratar mas sim em contrariedade às manifestações iníquas e abusivas dos credores²². Esta é a esfera de atuação do princípio, a integração das lacunas da lei nas situações em que, por ser flagrante a potestividade pura da conduta do credor, ao ordenamento jurídico incumbe readequar e reequilibrar o sistema, com a incidência do princípio geral da proteção ao devedor para afastar a disposição iníqua, legal ou contratual.

6 A ANÁLISE DOS EMPRÉSTIMOS DO BANCO MUNDIAL AO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO GERAL DA PROTEÇÃO DO DEVEDOR

Estabelecida a concordância de que os paradigmas romanos de proteção ao devedor podem validamente fundamentar um princípio geral de direito de proteção ao devedor aplicável a situações de iniquidade e de excessiva onerosidade da avença, é tempo de voltarmos ao exame dos empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz de tais paradigmas.

Primeiramente refulge evidente o fato de que os contratantes não se encontram em absoluto em uma situação de igualdade. O Banco Mundial possui uma estrutura planetária, expressivo respaldo político e, sobretudo, a tomada de empréstimos junto ao Banco e a submissão às suas diretrizes é condição *sine qua non* para que países em desenvolvimento como o Brasil tenham condições de acesso aos financiamentos de outros organismos financeiros internacionais.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 511.

²² ALVES, José Carlos Moreira. **As normas de proteção do devedor e o favor debitoris**: do direito romano ao direito latino-americano. *Op. cit.* p. 258.

Por outro lado, o mutuário, dada a penúria de suas finanças internas e, especialmente, dado o comprometimento de suas receitas correntes com o pagamento de empréstimos e juros anteriores, não está em condições de deixar de contratar e, sequer, de tentar estabelecer de comum acordo, as cláusulas do empréstimo.

Abstratamente considerada portanto a situação jurídica do mútuo possibilita a incidência das disposições de proteção ao devedor. Porém, não basta tal possibilidade em tese: é necessário que, concretamente, as disposições contratuais do mútuo ou o cumprimento irregular do contrato justifiquem a incidência de tais dispositivos com o afastamento das regras cogentes assecuratórias da liberdade contratual.

É precisamente isto o que acontece nesses 33 contratos examinados. A taxa nominal de juros desses contratos, já excessiva para empréstimos a título de fomento do progresso econômico e social, é, em média, de 8% a.a.. Porém, a taxa efetiva afinal praticada em cada contrato (Tabela 2) é de mais do dobro desse percentual (em média, 18% a.a.). Resulta que, sendo o empréstimo amortizado em 10 anos, o montante efetivamente pago de juros suplanta em muito o capital recebido. Trata-se de uma clara situação de iniquidade contratual que recebia repúdio expresso no direito romano. Para os romanos a acumulação dos interesses não pode nunca superar o importe de capital, no sentido de que entre a restituição de capital e o pagamento de interesses não se deve exceder ao dobro da soma recebida; a estipulação que estabeleça disposição diversa é ineficaz e a soma paga além desse limite pode ser reclamada (D. 12, 6, 26, 1; C. 4, 32, 10)²³.

Do mesmo modo, tal contrato de empréstimo, que deveria ter como único escopo garantir o progresso econômico e social dos países mutuários, com o simples retorno do capital emprestado e da respectiva taxa de administração, na prática se converte em um mais um empréstimo usurário, dada a taxa de juros efetiva praticada (18% a.a., em média, atingindo em alguns casos até 27% a.a.). O direito justinianeu estabelece a expressa iniquidade de tais juros. A constituição de 528 (C, 4, 32, 26) determinou o limite máximo de 6% para os interesses em geral (4% para as "pessoas ilustres"; 8% para banqueiros e comerciantes). Estipulou também nessa mesma constituição que ao juiz não era lícito aumentar a referida taxa, ainda que maior fosse o costume observado na região²⁴.

Os contratos de empréstimo do Banco Mundial com o Brasil também estabelecem iniquidades como a cláusula que faculta ao credor a escolha da moeda em que receberá os seus créditos. Trata-se, à toda evidência, de condição puramente potestativa, que recebe repúdio legal dos princípios expressos na legislação protetiva do devedor como, por exemplo, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor:

²³ VOLTERRA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 486-487.

²⁴ CORRAL, Ildefonso L. García del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Código. Valladolid: Lex Nova, 1988. t. IV, p. 487-488.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Também o direito romano (ULPIANO, comentários a Sabino, livro XXVIII) repudia as condições puramente potestativas que deixam ao arbítrio exclusivo de uma das partes a concretização do negócio ou de parte substancial dele: assim se a venda de uma coisa fica ao inteiro arbítrio do senhor, ou a fixação do preço, a venda é nula porque iníqua e violadora dos preceitos do comércio mercantil (D. 18, 7).

A fixação do percentual de juros nos contratos de empréstimo entre o BIRD e o Brasil depende ainda da velocidade do efetivo desembolso dos recursos do BIRD. Como o BIRD cobra dos seus mutuários uma *comissão de compromisso* de 0,75% a.a. sobre o saldo não desembolsado, quanto mais lento é o desembolso dos recursos, menor é a transferência líquida positiva do empréstimo, pela incidência de juros adicionais desta comissão de compromisso.

Ora, como vimos acima é o próprio Banco Mundial que define os métodos para aquisição de bens ou prestação de serviços; indica eventuais reestruturas organizacionais das agências mutuárias e/ou executoras; e prevê as necessidades quantitativas e qualitativas de pessoal. Assim o credor está em condições de controlar de modo absoluto o ritmo de execução do contrato e, deste modo, de postergar os desembolsos efetivos, de modo a que a transferência líquida positiva do empréstimo seja sempre a mais favorável aos seus interesses.

Como bem salientou Krueger a *fides* objetiva (*fides bona*) romana funciona como norma jurídica, em sentido duplo: por um lado, domina o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido do simples respeito ao estipulado, seja no da forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, para permitir a inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou da

integração de lacunas no negócio; por outro, teria constituído a própria fonte da exigibilidade judicial das figuras *ex fides bona*, reconhecidamente carecidas de base legal²⁵.

Deste modo, violados pelo credor os deveres laterais de conduta, por um comportamento incompatível com a correção e lealdade no cumprimento do pactuado, patente se mostra a ilegalidade da sua conduta.

Portanto, está provado que os chamados empréstimos para o fomento do progresso econômico e social, realizados pelo Banco Mundial, nada mais configuram do que flagrantes ilegalidades jurídicas, que necessitam ser coibidas, senão por preceitos da legislação nacional (de sempre difícil aplicação nessas relações contratuais internacionais), ao menos, pela incidência do princípio geral de proteção ao devedor em situações de iniquidade, fundado nos paradigmas romanos.

7 CONCLUSÃO

Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil para o implemento de programas econômicos e sociais de desenvolvimento configuram modalidades de negócios usurários, tal como definidos nas fontes romanas. Esses contratos imbutem em seu bojo cláusulas iníquas e abusivas, puramente potestativas, que facultam ao credor a definição unilateral de disposições fundamentais do negócio como o valor efetivamente devido pelo mutuário (pela manipulação da bolsa de moedas) e o pagamento ou não das despesas decorrentes da avença.

Do mesmo modo a execução do contrato encontra-se ao inteiro arbítrio do credor que, a pretexto de rigorosas auditorias e necessidade de controle das despesas, bloqueia o efetivo dispêndio dos recursos emprestados enquanto, por outro lado, aplica a dedução da comissão de compromisso de 0,75% a.a. ao saldo dos recursos ainda não liberados por sua própria culpa. Viola assim o credor os mais mezinhos deveres de correção e lealdade na execução do contrato.

Para o controle de tais iniquidades contratuais, muitas vezes o direito nacional é importante impotente, dada a extrema dificuldade de impor a organismos internacionais globalizados a submissão aos ditames das cortes nacionais e, também, dada a insuficiência dos dispositivos do direito internacional.

O direito romano entretanto, com sua vocação universalista e, no caso específico, com o desenvolvimento de todo um sistema normativo de eticidade, com plena vinculação normativa, fornece os paradigmas necessários para possibilitar um efetivo controle desses acordos.

²⁵ KRUEGER, Entstehung der bonae fidei iudicia. p. 184-188. *Apud* CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. I, p. 90-91.

8 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Juan Miguel. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1995.

ALVES, José Carlos Moreira. *A defesa patrimonial do devedor: do direito romano ao direito latino-americano*. *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzsco, 1991.

_____. *As normas de proteção do devedor e o favor debitoris: do direito romano ao direito latino-americano*. *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori (Progetto Italia-América Latina, Recherche giuridiche e politiche, Materiali VII/1)*. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1991.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. I.

CORRAL, Ildefonso L. García del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Código. Valladolid: Lex Nova, 1988. t. IV.

IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989.

MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1961.

SOARES, Ricardo Pereira. *Dívida Pública Externa: empréstimos do BIRD ao Brasil*. Texto para Discussão n. 642. [on-line]. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 1999.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madri: Civitas, 1991.

ALUMNI

O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Noção e finalidade do tombamento; 3. Preservação e tombamento; 4. Extensão do tombamento e Competência; 5. Histórico da preservação aos bens culturais no Brasil; 6. A preservação do patrimônio cultural em algumas Constituições latino-americanas e européias; 7. O objeto material do tombamento; 8. O tombamento de bens imateriais; 9. Fundamentos para o tombamento; 10. Natureza jurídica do tombamento; 11. Ato administrativo declaratório ou constitutivo; 12. Ato administrativo discricionário ou vinculado; 13. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos nas últimas décadas, especialmente a partir da década de setenta do século passado, é a preservação, em todas as suas formas, dos patrimônios cultural e natural brasileiros. Atos de degradação e destruição de monumentos, paisagens, parques e edifícios são noticiados e ganham repercussão que transcende o território brasileiro, como o desastre ambiental ocorrido recentemente na Baía de Guanabara. A sociedade brasileira cobra dos governantes uma política eficaz que concretize e dê eficácia às normas constitucionais.

A preocupação dos cidadãos com o tema preservação é recente e ainda bastante tímida, se comparada a outras nações; no entanto, paulatinamente vai ganhando força uma consciência “ecológica e cultural” que, se espera, seja transmitida às gerações futuras. Não obstante, em sede jurídica, a tutela dos bens materiais que integram o patrimônio cultural e paisagístico já existe e está consolidada de longa data, inclusive em sede constitucional, embora a Constituição de 1988 tenha sido aquela que mais amplamente tratou do assunto.

Dentre as várias formas de ação do Estado em prol da manutenção do patrimônio cultural, destaca-se aquela mais comum e mais antiga: o tombamento, instituto considerado num grau inicial em matéria de intervenção pública na propriedade privada, pois não expropria, mas também não permite ao titular do domínio o exercício pleno das faculdades ou senhorias da propriedade.

¹ Doutorando em Direito Civil. Professor Assistente nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ.

A exposição procura apresentar o tombamento inserido no sistema de proteção constitucional aos bens de reconhecido valor histórico, cultural ou ambiental, enfocando a questão sob uma perspectiva crítica e relacionando-o com o direito de propriedade, mas também examinando sua natureza jurídica e seus fundamentos.

Merecem análise particular o tombamento de bens imateriais, medida recente adotada pelo Governo Federal, ampliando o objeto material do instituto e a natureza das obrigações impostas aos proprietários dos imóveis ou bens tombados.

2 NOÇÃO E FINALIDADE DO TOMBAMENTO

O tombamento é um instrumento jurídico de proteção ao patrimônio natural e cultural. Quando uma pessoa é proprietária de uma coisa de valor para a cultura do país, o Estado pode intervir e sujeitá-la a um regime especial de tutela, usando de seu domínio eminente no cumprimento do dever de proteção à cultura. Esta limitação ao direito de propriedade é consentânea com vários dispositivos constitucionais que, em conjunto, atribuem uma função social à propriedade (CF/88, arts. 5º, XXIII, 170, III, e 182, § 2º).

Procura-se através da medida evitar que o proprietário faça alterações, ou mesmo destrua a coisa, eliminando vestígios de fatos, épocas, do interesse da sociedade, ou ainda as áreas de interesse paisagístico. É importante destacar que as restrições administrativas ao direito de propriedade não se direcionam apenas ao imóvel tombado, mas podem atingir sua vizinhança, a fim de permitir que o entorno não fique descaracterizado.

O vocábulo deriva do verbo *tombar*, que significa inscrever, individualizando, um bem móvel ou imóvel em um livro próprio na repartição federal, estadual ou municipal (Livro do Tombo)².

Diogo de Figueiredo Moreira Neto vê no instituto do tombamento uma ação direta do Estado na propriedade privada, com caráter interventor e ordenador, “*limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico*”³. Embora Diogo de Figueiredo Moreira Neto não mencione em sua definição, é possível o tombamento de bens públicos, realizado *ex officio* (Dec.-lei 25/37, art. 5º); neste caso, a autoridade administrativa que determinar o tombamento deverá notificá-lo à entidade a quem pertencer, ou à pessoa sob cuja guarda esteja a coisa tombada, sob pena de não produzir os efeitos necessários.

² CRETELLA JUNIOR, José. Tombamento. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, v. 74, p. 1-30, 1977.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 289.

Consonante com o que se disse anteriormente está o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Administrativo. Imóvel em vias de ser tombado. Atos praticados no desconhecimento desse fato. O início do processo de tombamento só pode produzir efeitos a partir da data em que o respectivo proprietário ou a vizinhança dele teve ciência, pessoal ou presumida. Recurso ordinário provido.

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento⁴.

O tombamento pode ser provisório ou definitivo. O primeiro ocorre a partir da notificação ao proprietário pela autoridade administrativa competente, informando-o de que a coisa que possui tem notável valor histórico, artístico ou natural; é definitivo o tombamento a partir da inscrição dos bens, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo da repartição administrativa que determinou a medida (Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Tombo Histórico; Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas). Destarte, é lícito o tombamento de uma casa, de uma rua, bairro ou até mesmo uma cidade⁵. Antes desta inscrição não é possível o poder público exigir do particular que tome as medidas de conservação do bem tombado, impedir sua destruição, demolição ou mutilação, bem como os proprietários vizinhos ao prédio tombado não ficam proibidos de fazer construções que reduzam ou impeçam a visibilidade da coisa.

Mister se faz ressaltar que, embora seja previsto o tombamento provisório, as coisas tombadas não integram o patrimônio nacional antes de sua inscrição num dos Livros do Tombo.

O tombamento pode ser voluntário ou compulsório; em regra, assume esta modalidade. Quando o proprietário solicita a inscrição do bem num dos Livros do Tombo e a coisa passa por uma avaliação técnica que confirma seu valor histórico ou artístico, ocorre o tombamento voluntário. Também ele tem lugar o tombamento voluntário sempre que o proprietário anuir, por escrito, à notificação da administração pública que se lhe fizer para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo (Dec.-lei 25/37, art. 7º).

O tombamento compulsório é feito à revelia da vontade do proprietário e, quase sempre, a questão só será dirimida pelo Poder Judiciário, ao qual cabe a apreciação do mérito do ato administrativo, não de seu fundamento, pois é dever

⁴ BRASIL. STJ – 2ª T. – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 7.581/PA – Rel. Min. Ari Pargendler – j. em 05.06.1997. *Diário da Justiça*, de 30 jun. 1997. p. 30.970.

⁵ Alguns casos de tombamentos coletivos: o Centro Histórico de Salvador, o conjunto arquitetônico da Pampulha, o sítio urbano de Porto Seguro, a cidade de Ouro Preto. Merece menção, pela sua importância histórica e política para o Brasil, o tombamento determinado pelo Decreto 85.849, de 27.03.1981, que conferiu à cidade fluminense de Petrópolis o título de Cidade Imperial (art. 1º). As edificações, paisagens e conjuntos, especialmente identificados pela Secretaria do SPHAN, foram inscritos nos Livros de Tombo, sendo a proteção do Poder Público extensiva aos respectivos entornos.

do Estado proteger o patrimônio cultural brasileiro. O juiz não vai examinar se o poder público deveria ou não tomba, mas se a coisa pode ser tombada, isto é, se ela se reveste do “excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico” a que se refere o *caput* do art. 1º de Dec.-lei 25/37. O proprietário irredimido pode oferecer impugnação ao tombamento; caso não o faça, a coisa será inscrita no Livro do Tombo por simples despacho da autoridade administrativa. Havendo impugnação, o órgão que solicitou o tombamento terá vista do processo para opinar. Em seguida, o processo é encaminhado para o Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou órgão estadual ou municipal competente.

A Lei 6.292/75 (art.1º) determinou que o tombamento de bens com fundamento no Dec.-lei 25/37 pelo IPHAN deve ser homologado pelo Ministro da Educação, após parecer do Conselho Consultivo do órgão.

3 PRESERVAÇÃO E TOMBAMENTO

Preservação é um conceito genérico. Segundo Sonia Rabello de Castro, “é toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação”⁶. O tombamento é uma forma legal de preservação, mas existem outras que, inclusive, não atingem o direito de propriedade, como fomentos concedidos pela administração à conservação de bens ou à manifestações culturais⁷. A Constituição de 1988 (art. 216, § 1º) prevê várias maneiras de proteção ao patrimônio cultural (desapropriação, inventários, registros, vigilância); em algumas delas há uma intervenção até mesmo definitiva na propriedade privada, mas outras podem ser efetivadas sem que o proprietário seja prejudicado.

Em sede legal existem várias leis que cuidam da proteção ao patrimônio cultural, sem que a tutela do Estado se faça mediante processo administrativo de tombamento. Daí se ter advertido anteriormente: o tombamento é **uma das formas** de atuação do Estado em prol da preservação dos bens culturais, mas não a única nem a mais radical. A Lei 3.924/61, conhecida como Lei dos Sambaquis⁸, exclui da propriedade privada todas as jazidas arqueológicas encontradas no subsolo, conferindo aos depósitos de sedimentos e materiais enterrados uma proteção *ex vi legis*. Num terreno onde seja descoberto um sambaqui, o proprie-

⁶ CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 5.

⁷ Nesse sentido, destacam-se as Leis 7.505/86 (Lei Sarney) e 8.313/91 (Lei Sergio Paulo Rouanet).

⁸ Sambaqui é um depósito natural de refugos (ossos, conchas e resíduos diversos), acumulado pelo homem pré-histórico. No Brasil, concentram-se especialmente na faixa litorânea dos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo. O interesse na preservação dos sambaquis é arqueológico, já que no meio do material enterrado é possível encontrar restos de utensílios domésticos e instrumentos feitos de pedra, chifre e osso, capazes de fornecer informações sobre as condições de vida do homem pré-histórico, impondo-se a proteção do Estado para fomentar os estudos dos povos pré-históricos que habitavam o território brasileiro.

tário não poderá ficar com nada do que seja encontrado no subsolo, desde que o tesouro seja considerado como bem de interesse científico e caiba sua preservação.

A Lei 3.924/61 pôs sob guarda e proteção do poder público os monumentos arqueológicos ou pré-históricos, de qualquer natureza, existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram. A propriedade superficial é regida pelo direito civil, mas não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados.

Para os fins de proteção, consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos (art. 2º):

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente;
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

O proprietário de um imóvel onde estejam localizados sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, bem como de um sítio onde se encontre vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios, não pode aproveitar tais bens economicamente (são coisas fora do comércio), nem destruí-los ou mutilá-los. Qualquer utilização do terreno só será permitida após a conclusão das pesquisas arqueológicas. O descumprimento dessas obrigações é considerado crime contra o patrimônio nacional (art. 5º).

Caso não haja manifestação dos proprietários de imóveis onde estão jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, requerendo o registro dos sítios no setor responsável pelo patrimônio histórico federal, estadual ou municipal, para efetuar por conta própria a pesquisa científica, as coisas nelas encontradas são consideradas, para todos os efeitos, bens da União. Igual efeito sofrerão aqueles que já exploravam economicamente bens de valor arqueológico na data da publicação da lei e não solicitarem o registro do sítio, sujeitando-se à fiscalização do poder público.

Ainda na esteira da intervenção estatal na propriedade privada, a Lei 4.845/65 proíbe a saída do país de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzi-

dos no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, como também obras de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades. Também é vedada a saída para o estrangeiro de obras da mesma espécie oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial; obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso dos períodos colonial e monárquico, representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a história do Brasil, bem como paisagens e costumes do País.

A retirada do país de todas as obras mencionadas anteriormente é permitida, excepcionalmente, para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem à exposições temporárias, mediante a autorização expressa do órgão competente da administração federal, que deverá mencionar o prazo máximo concedido para o retorno.

Os proprietários que tentarem a exportação de quaisquer obras e projetos protegidos pela Lei 4.845/65, terão os bens seqüestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrarem, em proveito dos respectivos museus⁹.

Completando o conjunto de normas tutelares dos bens de valor histórico e artístico nacional, ou aqueles situados no Brasil, a Lei 5.471/68 veda, sob qualquer forma, a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX.

Estão incluídas na proibição legal de exportação as:

- a) obras e documentos brasileiros ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos;
- b) coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais.

Embora não possam tais bens retirados do país, a lei autoriza sua saída temporária para fins de interesse cultural, a juízo da autoridade federal competente.

4 EXTENSÃO DO TOMBAMENTO E COMPETÊNCIA

A Constituição de 1988 divide a competência (e também a fiscalização) entre a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios (arts. 24, VII e 30, IX), estes últimos com pertinência ao patrimônio histórico-cultural local¹⁰.

⁹ Em 2000, houve um caso rumoroso de descumprimento desta lei envolvendo o Presidente da República e o Vaticano. Na última visita do Papa João Paulo II ao Brasil, Sua Santidade foi agraciada com uma imagem sacra datada do século XVIII. A imagem tinha sido adquirida pela Presidência da República para ser ofertada a Chefes de Estado em visita ao Brasil. Depois de "descoberta" a vedação contida na lei em exame, o governo brasileiro solicitou ao Vaticano a devolução do presente.

Não só os bens de excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico podem ser tombados. São equiparados a estes bens, sujeitando-se ao regime especial de proteção, os monumentos naturais, sítios e paisagens que, a critério da autoridade administrativa, importe conservar e proteger, sempre tendo como fundamento sua feição notável dada pela natureza ou pela ação do homem. Assim, é possível o tombamento de paisagens autóctones ou não autóctones, como uma mata virgem ou um jardim botânico.

Nem todos os bens de valor histórico e artístico podem ser tombados. O art. 3º, do Dec.-lei 25/37, proíbe o tombamento de obras de origem estrangeira:

- a) que pertençam às repartições diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- b) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- c) que se incluam entre os bens referidos no art. 10, da Lei de Introdução ao Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário¹¹;
- d) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- e) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; e
- f) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

5 HISTÓRICO DA PRESERVAÇÃO AOS BENS CULTURAIS NO BRASIL

José Afonso da Silva informa que a proteção ao patrimônio cultural é bastante antiga no direito português e cita o Alvará de Dom João V, o Magnânimo, de 28.08.1721, proibindo que qualquer pessoa desfigurasse ou destruísse edifícios dos tempos dos fenícios, gregos, romanos, godos ou árabes¹².

¹⁰ A nível federal, a proteção do patrimônio histórico e cultural, de acordo com a Lei 9.649/98 (art. 14, IV, "b"), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, constitui assunto da competência do Ministério da Cultura.

¹¹ A referência é à antiga Lei de Introdução ao Código Civil (vigora de 1917 a 1942). A atual Lei de Introdução (Dec.-lei 4.657/42) dispõe sobre a lei de regência dos bens em seu art. 8º, mais especificamente no § 1º, *verbis*: "Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer, ou se destinarem a transporte para outros lugares". Assim, não é mais a lei pessoal que regula o regime dos bens móveis situados do Brasil e de propriedade de estrangeiros, mas a lei do domicílio.

¹² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 482.

No Brasil, ao contrário, somente no século XX é que houve uma preocupação do legislador com a proteção aos bens de valor histórico, artístico e natural. Nesse sentido, verifica-se a total omissão das Constituições Imperial e da República Velha quanto ao tema. Algumas decisões isoladas foram tomadas no século XIX para impedir a destruição de prédios de valor histórico, angariar fundos para a restauração de monumentos e inventários de coleções pictóricas e epigrafadas, mas não resultaram em medidas protecionistas concretas.

Somente a partir das primeiras décadas deste século é que se pode encontrar um movimento efetivo de consciência da importância do patrimônio cultural para a sociedade e da necessidade de sua proteção. Todavia, esta preocupação em sensibilizar o legislador para dotar o país de uma legislação preservacionista não é oriunda de um amadurecimento cultural da população, mas sim de certas camadas da sociedade (escritores, sobretudo), da Igreja e de certos políticos. Até hoje esta questão não está devidamente assimilada pelos brasileiros, haja vista o número freqüente de atos emulativos às construções ou sítios tombados. A falta de educação, em todos os sentidos, de uma grande parcela da população contribui e estimula aqueles atos.

Providências concretas para dotar o Brasil de leis protetivas do patrimônio cultural só foram tomadas a partir de 1920. Nesse ano, a Sociedade Brasileira de Belas Artes apresentou na Câmara dos Deputados um anteprojeto de lei de defesa do patrimônio histórico e artístico, alvitando a desapropriação dos bens de valor cultural; contudo, tal iniciativa não teve seguimento.

Em 1923, na Câmara Federal, foi apresentado o primeiro projeto de lei sobre tombamento, mas não contemplava os monumentos arqueológicos. A grande dificuldade no êxito dos projetos apresentados era a Constituição de 1891, que não previa qualquer restrição ao direito de propriedade. Sem o amparo constitucional, qualquer tentativa de limitar as faculdades do proprietário era rejeitada de plano sob a justificativa de inconstitucionalidade.

Em 1925, o Governo do Estado de Minas Gerais apresentou um anteprojeto de lei da autoria de Jair Lins, não merecendo acolhida do Poder Legislativo. Em 1930, o deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho propôs a desapropriação dos bens que viessem a ser catalogados como de valor cultural; o projeto, reapresentado em 1935 já sob a égide da Constituição de 1934, foi novamente arquivado.

Somente com a Constituição de 1934 (art. 10, III) que se consagrou uma norma inibidora do direito de propriedade. A Constituição autorizou a União e os Estados a proibir a saída de obras de arte e a proteger, concorrentemente, as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico. Cumpre registrar que mesmo antes da Carta de 1934 alguns Estados, isoladamente, já tinha editado leis criando órgãos de defesa do acervo histórico e artístico (Bahia, em 1927, e Pernambuco, em 1928).

Em 1933, por pressão da bancada mineira no Congresso Nacional, a cidade de Ouro Preto foi erigida à categoria de monumento nacional pelo Decreto 22.928/33. Tal atitude do governo só foi obtida com o compromisso assumido pelo Estado de Minas Gerais e pela Prefeitura de Ouro Preto de se responsabilizarem pela vigilância e guarda do patrimônio histórico e artístico da cidade. É oportuno transcrever uma passagem da exposição de motivos ao Decreto, *verbis*:

[...] considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos da sua história; considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga Capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de acontecimentos de alto relevo histórico na formação de nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d'arte, que merecem defesa e conservação

Resolve:

Art. 1º. Fica erigida em Monumento Nacional a cidade de Ouro Preto, *sem ônus para a União Federal* e dentro do que determina a legislação vigente. [...] ¹³ (sublinhou-se)

Somente em 1937 que se legislou sobre a tutela estatal acerca do patrimônio cultural, tendo dois diplomas importância fundamental naquele momento ¹⁴: a Lei 378, de 13.01.1937, criando o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), atualmente denominado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), e o Dec.-lei 25, de 30.11.1937, instituindo o tombamento e organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico.

O anteprojeto que deu origem ao Dec.-lei 25 era de autoria do escritor Mário de Andrade e foi editado graças ao esforço do Ministro da Educação Gustavo Capanema, que conseguiu o apoio do Presidente Getúlio Vargas. Informa Sonia Rabello de Castro ¹⁵ que, ao contrário do que se pensa, o primeiro texto legal limitador do direito de propriedade para fins de preservação, não obstante tenha assumido a forma de decreto-lei, foi examinado e aprovado, em primeira votação, pelo Congresso. Contudo, antes de ter sido novamente apreciado, o Legislativo foi dissolvido com o golpe que instituiu o Estado Novo.

Com a Constituição de 1937, o Presidente da República tinha competência para legislar sobre todas as matérias de competência da União estando o Congresso em recesso, inclusive em questões de restrição ao direito de propriedade (CF 37, art. 122, XIV). E foi isto o que ocorreu: o Presidente Vargas utili-

¹³ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 34.

¹⁴ Tomando-se como base a efetiva restrição à propriedade privada, o Dec.-lei 25 foi, de fato, inovador. Antes dele o Decreto 23.793/34 (Código Florestal) cuidava da proteção às florestas e matas, mas não impôs restrições à propriedade privada; apenas eram resguardadas as florestas situadas em área de domínio público.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 3.

zou-se de um Decreto-Lei para proteger o patrimônio cultural mediante o tombamento de bens públicos e privados. Insta sublinhar que a própria Constituição de 1937 também cuidava da proteção ao patrimônio cultural, dispondo ser tal encargo um dever do Estado (art. 134).

O Dec.-lei 25 definiu o alcance da expressão “patrimônio histórico e artístico” (art. 1º), seus contornos e a extensão da proteção ao patrimônio natural, organizou o tombamento e estabeleceu seus efeitos sobre bens de terceiros, encontrando-se em conformidade com a norma constitucional (CF 37, art. 134) que restringe o direito de propriedade em prol da conservação de bens de valor para a memória do Brasil e de seu povo. Foi o resultado de um movimento vitorioso para dotar o direito brasileiro de normas que assegurassem a tutela estatal sobre os bens culturais. Ao contrário da desapropriação o tombamento não é causa de perda da propriedade, mas atinge o exercício das faculdades inerentes ao domínio; em compensação, não impõe ao poder público o dever de indenizar, salvo quando o ato administrativo esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, impedindo definitivamente a utilização em todo o seu potencial. Neste caso, há uma desapropriação indireta e o Estado deve recompensar o proprietário pelos prejuízos que ele teve com o tombamento.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência pacificada, comunga deste raciocínio, *verbis*¹⁶:

Administrativo. Desapropriação indireta. [...] Tombamento. Reserva florestal. [...] Indenização. Cabimento. *Na esteira da iterativa jurisprudência firmada por este egrégio tribunal, é indenizável, por desapropriação indireta, a área de terra tombada, para criação do parque Serra do Mar-SP, se o apossamento administrativo esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao privar os seus proprietários de usar e fruir do bem, proibidos que estão de explorar os recursos naturais existentes.*

Recurso a que se dá provimento, sem discrepância.

As Constituições de 1946 e de 1967 mantiveram em seu texto a proteção ao patrimônio cultural como um dever do Estado, reservando à legislação ordinária a sua qualificação e as formas de tutela dos bens de valor histórico, artístico e natural.

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 1, de 1969, era bastante sucinta em matéria de preservação. O assunto era regulado pelo art. 180: o *caput* impunha ao Estado o dever de amparar a cultura e o parágrafo único enumerava os bens sujeitos à proteção especial do Estado, *verbis*:

¹⁶ BRASIL. STJ – 1ª T. – REsp. 47.865/SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. em 15.08.1994. *Diário da Justiça*, de 05.09.1994. p. 23.044.

Parágrafo único. *Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.*

Durante a vigência da Constituição de 1967 o Município baiano de Porto Seguro foi erigido Monumento Nacional pelo Decreto 72.107, de 18.04.1973, que determinou a inscrição nos Livros do Tombo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional da área urbana, sítio da antiga Capitania, e lugares históricos adjacentes, em especial o Monte Pascoal.

Para justificar a medida, o Presidente Emílio Médici, na Exposição de Motivos, considerou “a necessidade urgente de ser assegurada proteção especial ao acervo arquitetônico e natural do Município [...] e, em especial, o Monte Pascoal, situado em seus limites”; e ainda, “que nessa salvaguarda atende aos mais caros remanescentes do início da história pátria, ali iniciada pelos integrantes da frota cabralina, desde a visão do Monte Pascoal aos primeiros contatos com a nova terra”¹⁷.

A Constituição de 1988 (art. 216) tem normas bem mais amplas sobre o assunto, incluindo no âmbito da preservação (e não do tombamento) os bens de natureza imaterial (linguagem, manifestações folclóricas, hábitos etc) e explicitando outros institutos que podem ser utilizados pelo poder público, seguindo nesse ponto a proposta de Mário de Andrade, não acolhida pelo Dec.-lei 25/37, mas efetivada em agosto de 2000 com a edição do Decreto 3.551, instituidor o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

Registre-se que pela primeira vez uma Constituição brasileira faz menção expressa às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, como os imigrantes, todas sujeitas à proteção do Estado (art. 215, § 1º). Foram considerados tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

6 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM ALGUMAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS E EUROPÉIAS

O tratamento da preservação em Constituições latino-americanas e européias é uma constante. Serão mencionadas somente aquelas que, de algum

¹⁷ BRASIL. Decreto 72.107, de 18.04.1973. Converte em Monumento Nacional o Município de Porto Seguro, no Estado da Bahia, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília. p. 3865, col. 4, 18 abr. 1973, Seção 1.

modo, guardam alguma simetria com a Constituição brasileira de 1988 ou tenham algum dispositivo de relevo¹⁸.

- Argentina: a Constituição de 1853 não trata da cultura. A Argentina teve uma Constituição que vigorou de 1949 a 1955 que destacava o papel da cultura e tutelava as paisagens naturais, mas ela foi revogada com o golpe de Estado de 16.09.1955 que revigorou a Constituição de 1853; entretanto, existe uma proteção bastante ampla para o patrimônio histórico e artístico em nível da legislação ordinária.
- Uruguai: a Constituição de 1966 prevê que a riqueza artística e histórica do povo uruguaio constitui o “tesouro nacional da nação”, não importa quem seja seu titular, cabendo ao Estado assegurar a preservação deste patrimônio. Ao contrário da Constituição brasileira, a uruguaia não prevê a tutela dos bens imateriais.
- Paraguai: a Constituição de 1967 determina a proteção da língua guarani, preocupando-se com a manutenção da cultura indígena desse país. Orientação semelhante teve, *mutatis mutandis*, a Constituição brasileira de 1988 quando se refere à proteção às manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
- Cuba: a Constituição de 1976 tem diretrizes parecidas com a brasileira, inclusive destaca a participação dos cidadãos na realização da política cultural, do mesmo modo que a Constituição atual (art. 216, § 1º).
- Portugal: a Constituição de 1911 impunha ao Estado o dever de proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português. A atual Lei Magna de 1976 ampliou o texto anterior, com normas programáticas, invocando a ação conjunta do Estado, dos cidadãos e dos agentes culturais em prol da preservação.
- Itália: a Constituição italiana de 1947 prescreve que “*La Repubblica promuove lo sviluppo della Cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*”. Na Itália o instituto que mais se assemelha ao tombamento é a notificação escrita do Ministro da Instrução Pública que, após estudo técnico, científica o proprietário ou possuidor do bem da incidência do regime especial; se imóvel a coisa, a notificação é transcrita no Registro Público¹⁹.

¹⁸ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, cap. 3, *passim*.

¹⁹ No Brasil, *mutatis mutandis*, também existe a notificação do proprietário informando-o do tombamento provisório (arts. 6º e 9º do Dec.-lei 25/37). Em relação à inscrição do ato administrativo no Registro de Imóveis, a lei brasileira é omissa a respeito (Cf. art. 167 da Lei 6.015/73 não menciona o registro do Decreto de tombamento no Registro de Imóveis).

- França: paradoxalmente, num país onde a preocupação com a preservação do patrimônio cultural é tão antiga e presente na consciência do povo, não há na Constituição da 5ª República (1958) norma especial sobre o tema. Embora exista a lacuna no texto constitucional, desde o século XIX há uma grande preocupação com o patrimônio histórico e artístico, com farta legislação infraconstitucional, que atribui às coletividades locais o dever protecionista. Até 1934, a tutela estatal alcançava somente o patrimônio cultural, passando a partir de então a alcançar também as paisagens naturais. Outro aspecto importante da legislação francesa é a proteção ao patrimônio cultural através de leis urbanísticas que restringem o direito de construir em áreas circunvizinhas aos monumentos tombados, instituem servidões administrativas, sempre com sanções severas em caso de descumprimento.

7 O OBJETO MATERIAL DO TOMBAMENTO

O tombamento, como já salientado, é o ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da administração pública que intervém na propriedade privada para impor um regime especial de cuidados sobre determinado ou determinados bens, em razão de suas características peculiares, buscando o Estado com esta gestão cumprir sua função institucional de agente protetor do patrimônio cultural e natural brasileiro, atendendo ao interesse coletivo de preservação.

Insta distinguir, como põe em relevo José Cretella Junior²⁰, a decisão sobre o tombamento da inscrição do bem num Livro do Tombo. O tombamento, como processo administrativo, é um *iter* que tem início com a individualização do bem, passando pela manifestação do proprietário, decisão da autoridade competente, e, finalmente, a inscrição no livro público. Sob este aspecto (final), o tombamento é um fato administrativo (ato material praticado por funcionário público responsável, no exercício da administração), mas a decisão de tomar é um ato administrativo. Trata-se, ademais, de uma intervenção na propriedade privada realizada pelo Estado, uma limitação parcial, onde a desapropriação ocupa o grau extremo.

Apesar de o tombamento ser um instrumento em prol da preservação do patrimônio cultural e natural, é preciso advertir que ele não se aplica a qualquer bem. A Constituição de 1988 ao incluir no âmbito da tutela estatal os bens imateriais (art. 216, I, II e III) não os sujeitou necessariamente ao tombamento. A proteção a esse patrimônio incorpóreo é feita através de outros instrumentos (desapropriação, inventários, campanhas de divulgação, disciplinas específicas

²⁰ *Op. cit.*, p. 3. No mesmo sentido GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

nos currículos escolares etc.), de modo a manter vivo na consciência dos cidadãos a prática dessas manifestações. Sonia Rabello de Castro²¹, com proficiência, afasta a incidência do tombamento aos bens imateriais, sustentando que a lei deva criar mecanismos específicos de proteção para eles.

O Supremo Tribunal Federal adota o entendimento *supra*, como é possível inferir a partir da seguinte ementa de decisão proferida em Recurso Extraordinário, *verbis*:

Tombamento. § 1º, art. 216 da Constituição Federal.

A única questão constitucional invocada no recurso extraordinário que foi prequestionada foi a relativa ao § 1º, do art. 216, da Carta Magna. As demais falta o requisito do prequestionamento (Simulas 282 e 356).

– No tocante ao § 1º, do art. 216, da Constituição Federal, não ofende esse dispositivo constitucional a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que há um conceito amplo e um conceito restrito de patrimônio histórico e artístico, cabendo à legislação infraconstitucional adotar um desses dois conceitos para determinar que sua proteção se fará por tombamento ou por desapropriação, sendo que, tendo a legislação vigente sobre tombamento adotado a conceituação mais restrita, ficou, pois, a proteção dos bens, que integram o conceito mais amplo, no âmbito da desapropriação. Recurso extraordinário não conhecido. Unânime²².

Outra crítica feita pela autora é em relação à expressão “patrimônio nacional” utilizada pelo Dec.-lei 25/37 (art. 1º). A terminologia não pode abarcar os interesses dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O correto seria denominá-lo “patrimônio federal”, haja vista serem bens de interesse da União, pois a competência é concorrente, inclusive o órgão responsável para determinar o tombamento (IPHAN) é federal.

Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (*res communes omnium*), encarado como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.

O reconhecimento do valor excepcional de uma coisa (móvel ou imóvel, material ou imaterial) e sua ligação com a história, as artes e a paisagem brasileiras, devidamente comprovadas, não se resume unicamente em o Estado avocar para si sua tutela. Qualquer cidadão tem o direito subjetivo (de caráter difuso) de ver a coisa protegida, embora não seja o titular imediato desta universalidade.

²¹ *Op. cit.*, p. 69.

²² BRASIL. STF – 1º T. – RE 182.782/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – j. em 14.11.1995. *Diário da Justiça*, de 09.02.1995, p. 2.092.

dade, mas pode exigir a sua conservação e restauração pelos meios processuais próprios, v.g., a ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º, §1º).

8 O TOMBAMENTO DE BENS IMATERIAIS

O Decreto 3.551, de 04.08.2000, instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, este concebido com o objetivo de implementar inventário, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Como já mencionado, a Constituição de 1988 ampliou o conceito de patrimônio cultural, incluindo em seu bojo, entre outros, as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (incs. I e II). Faltava, no entanto, definir a forma de proteção.

Em boa hora a instituição do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, eliminado um vácuo legislativo na proteção desses bens, já tutelados em outras searas específicas, como as Leis do *Software*, de Direitos Autorais e da Propriedade Industrial (Leis 9.609/98, 9.610/98 e 9.279/97, respectivamente).

A expressão empregada pelo legislador (“Registro de Bens Culturais”) denota uma nítida distinção do tombamento, instituto restrito aos bens corpóreos, o que corrobora a posição de Sonia Rabello de Castro exposta no item anterior. Trata-se de uma catalogação especial de manifestações folclóricas, hábitos, práticas sociais, lugares de referência popular, independentemente de seu valor histórico, paisagístico ou arquitetônico.

Livros especiais foram criados pelo Decreto (não tendo sido adotado o *nomen juris* “Livro do Tombo”), demonstrando a inequívoca intenção de dotar a proteção aos bens imateriais de regras próprias. São eles (art. 1º, §1º):

- a) Registro dos Saberes, para a inscrição dos conhecimentos e modos de fazer, enraizados no cotidiano das comunidades;
- b) Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
- c) Registro das Formas de Expressão, destinado à descrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
- d) Registro dos Lugares, onde serão identificados mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

São aspectos fundamentais para a inserção do bem num dos livros de registro acima a sua continuidade histórica, bem como sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

O rol dos livros estabelecidos no Decreto não é exaustivo. O art. 1º, § 3º autoriza a abertura de outros livros de registro, caso algum bem não possa ser devidamente enquadrado no âmbito dos pré-existentes. A decisão para a adoção da medida em tela é do Conselho Consultivo do Patrimônio.

Têm legitimidade concorrente para requerer a instauração do processo de registro: sociedades ou associações civis; as Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal; as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; e o próprio Ministro da Cultura.

O pedido, instruído com a documentação técnica (descrição pormenorizada do bem a ser registrado com todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes), será dirigido ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que deverá submetê-lo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Antes da decisão, o IPHAN dará parecer sobre o pedido de registro, enviando o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para deliberação. Este parecer deverá ser publicado no Diário Oficial da União, a fim de que terceiros possam, eventualmente, opinar sobre a pretensão. Eventuais manifestações serão apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data da publicação do parecer, seguindo-se então a deliberação.

Decidindo o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural favoravelmente ao pedido de registro, o bem será inscrito no livro apropriado e receberá o título de *Patrimônio Cultural do Brasil*, cabendo ao Ministério da Cultura sua promoção e divulgação.

O registro em exame não é definitivo ou perpétuo. Conforme disposição contida no art. 7º, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional reavaliará, no mínimo a cada dez anos, os bens culturais registrados e encaminhará parecer ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para que este decida sobre a revalidação do título conferido. Não sendo revalidado o título, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo.

9 FUNDAMENTOS PARA O TOMBAMENTO

Maria Coeli Simões Pires aponta cinco fundamentos para o tombamento: político, constitucional, infraconstitucional, jurídico e sociológico, este em plano secundário.

O fundamento político decorre do domínio eminente do Estado, isto é, o poder superior que é exercido sobre todas as coisas que se encontram em seu

território; é uma das manifestações da soberania interna, e não um direito de propriedade, como adverte Hely Lopes Meirelles²³.

A base constitucional está contida nos arts. 215 e 216 da Constituição Federal, onde está prescrito que é dever do estado proteger as manifestações culturais. Segundo Sonia Rabello de Castro²⁴ estão presentes em sede constitucional o motivo e a finalidade do ato administrativo de tombamento – proteção especial de determinados bens em razão de seu valor histórico e artístico, além de formas de expressão, criação, ou seja, um conceito amplo de cultura.

Dando efetividade à norma constitucional é imperioso que haja uma legislação ordinária que preveja a extensão do patrimônio cultural e natural e discipline as formas de proteção. Dentro do contexto programático dos arts. 215 e 216, a inserção efetiva da propriedade dentro dos interesses do Estado e da coletividade encontra condicionantes em favor da preservação do patrimônio cultural e dos possíveis danos a ele causados em virtude da ação humana. São as leis ordinárias que têm o condão de assegurar o regime especial de cuidados, impondo restrições ao proprietário, e eventualmente a terceiros, além de ônus para o Estado na restauração, conservação e fiscalização²⁵.

José Cretella Junior indica ser o poder de polícia da administração pública o fundamento jurídico para o tombamento²⁶. Somente o poder de polícia, somado à necessidade de proteção aos bens históricos e artísticos justifica a outorga à administração de discricionariedade para determinar em que casos se deva limitar o direito de propriedade. Para o exercício de tal poder é preciso a edição de um ato administrativo. O poder é de polícia, justifica José Cretella Junior, porque há interesse social e seu fundamento é o domínio eminente do Estado, pelo qual o ente público pode impor condicionamentos e restrições aos indivíduos.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 415.

²⁴ *Op. cit.*, p. 83-92, *passim*.

²⁵ Nesse sentido está a legislação federal (art. 19 do Dec.-lei 25/37), *verbis*: "**Art. 19.** O proprietário da coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atual IPHAN), a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º Recebida a comunicação e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa. § 2º A falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. § 3º Uma vez que se verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário". [aditou-se e sublinhou-se]

²⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 11273, p. 54, abr./jun. 19.

Exatamente na esteira do pensamento de José Cretella Junior se posiciona o Superior Tribunal de Justiça²⁷:

Administrativo. Tombamento. Conceito de bem vinculado a “fatos memoráveis da história pátria” e de “excepcional valor artístico”. Nuñidade, no caso, caracterizada. I – o tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos, que traduzem a atuação do poder público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se “no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o ponto extremo” (j. Cretella Junior). II – as restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua feição social, entre as quais se insere o tombamento, decorre do poder de polícia inerente ao estado, que há de ser exercitado com estrita observância ao princípio da legalidade e sujeição ao controle do poder judiciário. Cabe a este dizer, à vista do caso concreto, se se trata de simples limitação administrativa ou de interdição ou supressão do direito de propriedade, hipótese esta que so pode ser alcançada por meio de desapropriação.

III – Constituição Federal, arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 216, § 1º; Dec.-lei 25, de 30.11.1937, arts. 1º, 7º e 19.

Como justificativa de ordem sociológica para a preservação do patrimônio cultural, Maria Coeli Simões Pires²⁸ aponta o amparo à cultura como fator primordial para o desenvolvimento social de um povo. A disciplina da matéria em bases tão mais fecundas na Constituição de 1988 revela uma decisão do povo brasileiro, através do Poder Constituinte, de demonstrar no texto de sua Lei Maior os anseios da sociedade com a manutenção de seu patrimônio.

10 NATUREZA JURÍDICA DO TOMBAMENTO

Paulo Affonso Leme Machado observa que uma das finalidades do tombamento é a conservação da coisa, possibilitando a manutenção da propriedade com o particular, evitando-se a estatização de todo o patrimônio cultural. Conquanto o proprietário conserve seu domínio, o bem fica submetido a “um regime jurídico de tutela pública”²⁸.

É oportuno recordar que o direito de propriedade não é absoluto, ao contrário do que outrora se pensava a partir do Código Civil francês²⁹, podendo

²⁷ STJ – 2ª T. – REsp. 30.519/RJ – Rel. Min. Antônio Torreão Braz – j. em 25.05.1994. *Diário da Justiça*, de 20.06.1994, p. 16.077.

²⁸ *Op. cit.*, p. 98.

²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 68.

²⁹ O Código Civil francês (art. 544), ao conceituar a propriedade dispõe ser esta “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”.

sofrer limitações voluntárias (como os *jura in re aliena*) ou legais. Nesse sentido, o art. 1.228 do Código Civil, *verbis*:

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reaver-la do poder de quem quer que injustamente a possua, ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (sublinhou-se)

O tombamento é uma intervenção administrativa na propriedade privada, que impõe ao proprietário deveres positivos e negativos, podendo demitir-se do cumprimento desses deveres se alienar o bem. Alienando-o, as obrigações são também impostas ao adquirente, inclusive aos sucessores.

No tombamento não há desmembramento de nenhuma das faculdades dominiais, donde ser possível afirmar que o instituto preserva o atributo da exclusividade da propriedade. Não obstante, a sujeição da coisa a um regime especial de tutela, de ordem pública, acarreta condicionamentos ao exercício dos *jura utendi, fruendi e abutendi*, este considerado a mais relevante expressão da propriedade.

O Dec.-lei 25/37 ao tratar dos efeitos do tombamento enumera várias restrições, inclusive quanto a alienabilidade, não só aos proprietários, como àqueles que possuem imóveis vizinhos aos bens tombados.

Art. 12. A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes na presente lei.

Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso algum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Caio Mário da Silva Pereira³⁰, analisando a faculdade de disposição do proprietário sobre a coisa (*jus abutendi*), ensina: “*Não pode também o abutere traduzir-se por destruir, porque nem sempre é lícito ao dominus fazê-lo, mas somente em dadas circunstâncias. Ao revés, a ordem pública opõe-se a que o titular do direito intente destruir a coisa, prejudicando terceiros, ou atentando contra a riqueza geral*”.

Sem dúvida, trata-se de um instituto de direito administrativo, mas como qualificá-lo dentro do próprio Direito Administrativo? Várias explicações têm sido formuladas para o tombamento:

- a) limitação administrativa ao direito de propriedade com o objetivo de compatibilizar os direitos subjetivos do proprietário com os direitos subjetivos públicos (corrente dominante)³¹;
- b) servidão administrativa, uma vez que o tombamento decorre de ato específico da administração pública, impondo um gravame ao proprietário; por conseguinte, cria uma situação nova que atinge o próprio direito de propriedade³²;
- c) intervenção na propriedade privada a bem do interesse público: a propriedade particular pode adquirir institucionalmente um interesse coletivo, sujeitando-se a um regime próprio com relação ao exercício das faculdades jurídicas referentes ao domínio. Em vista do interesse público que cerca o bem, a administração passa a ter uma *potestas in rem* para assegurar sua conservação e proteção³³.

11 ATO DECLARATÓRIO OU CONSTITUTIVO

A doutrina administrativista, em sua maioria, qualifica o tombamento como um ato administrativo unilateral e constitutivo, com base na orientação do art. 1º do Dec.-lei 25/37, segundo a qual os bens só serão considerados integrantes do patrimônio histórico e artístico depois de inscritos num Livro do Tombo ou livro próprio da repartição pública estadual ou municipal. É a lição de José Afonso da Silva, para quem o tombamento, *em qualquer caso*, modifica a posição jurídica do bem, transformando-o em bem de interesse público, impondo ao proprietário condutas jurídicas que antes não haviam³⁴.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. IV, p. 74.

³¹ Partilham dessa posição, entre outros, Sonia Rabello de Castro, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José Cretella Junior, Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles.

³² É a opinião, entre outros, de Celso Antonio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Ruy Cirne de Lima.

³³ Perfilham-se neste grupo José Afonso da Silva, Paulo Afonso Leme Machado e Maria Coeli Simões Pires.

³⁴ *Op. cit.*, p. 499. Comungam do mesmo entendimento, entre outros, Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antonio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini.

Posição minoritária, mas digna de ser mencionada adota o professor paraense Carlos Frederico Marés de Souza Filho³⁵, rejeitando o caráter constitutivo do ato de tombamento. Para o autor, com o advento da Constituição de 1988 não se pode compreender o instituto senão como ato administrativo declaratório. Existem, explica, bens que integram o patrimônio histórico e artístico nacional mesmo que não estejam inscritos num Livro do Tombo, como os de natureza arqueológica protegidos pela Lei 3.924/61. Este “tombamento” é declaratório, porque torna pública uma qualidade já existente no bem; se uma cidade, construção ou paisagem for tombada por lei ou declarada monumento nacional, o tombamento passa a ser simplesmente um procedimento administrativo de registro, declaratório de uma situação jurídica anterior. Outro exemplo citado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho é o tombamento determinado pelo art. 216, § 5º, da Constituição de 1988 (documentos e sítios que guardarem reminiscências de antigos quilombos); assim, havendo a identificação de que certa propriedade foi utilizada no passado como esconderijo ou abrigo de quilombolas, o órgão federal, estadual ou municipal, após análise técnica, apenas reconhecerá sua importância para a cultura nacional e declarará o que a Constituição já determina: o tombamento. Conclui o professor: é a Constituição Federal que conceitua o patrimônio cultural brasileiro, desvinculando-o do ato administrativo de tombamento. A diferença existente entre os bens tombados e não tombados é que estes não estão protegidos contra atos do proprietário que possam mutilá-los, destruí-los e alterar-lhes a substância, mas já integram o patrimônio cultural nacional.

Não é possível, *data venia*, aceitar os argumentos apresentados pelas seguintes razões: em primeiro lugar o tombamento não é a única forma de preservação do patrimônio cultural. A menção à Lei dos Sambaquis é inoportuna, pois os proprietários dos sítios de interesse pré-histórico ou arqueológico não têm o domínio sobre as jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados, apenas sobre a propriedade superficiária (art. 1º, parágrafo único). O dono de um bem tombado é proprietário e pode usá-lo com restrições, até aliená-lo desde que respeite o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nesta ordem (Dec.-lei 25/37, art. 22); destarte, não é procedente a equiparação das jazidas tratadas pela Lei dos Sambaquis ao conceito de patrimônio cultural para fins de tombamento.

A melhor interpretação é a seguinte: se o bem de valor arqueológico pertence ao particular, por ter seu direito adquirido antes da promulgação da Lei 3.924/61, ele pode ser tombado; do contrário, se forem descobertos após a publicação da lei sambaquis, sernambis, birbigueiras, enfim, as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, os bens pertencerão ao domínio público e, como

³⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997. p. 63-65.

tal, podem ser tombados de ofício. Em relação ao tombamento constitucional, mesmo este não é declaratório, pois as restrições ao direito de propriedade daqueles que possuem imóveis dignos de catalogação e preservação **só sofrerão tais condicionamentos a partir do ato administrativo e devido registro**, donde se conclui ser tal decisão de natureza constitutiva e não declaratória.

12 ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO

Outra questão trazida à baila pela doutrina é se o tombamento pode ser qualificado como ato administrativo vinculado ou é discricionário.

O tombamento é resultado de um ato administrativo realizado de acordo com um *iter* definido; a forma de atuação do administrador fica submetida às prescrições legais (processo de tombamento). Por conseguinte, utilizando-se tal raciocínio, tem-se a ilação de que o ato é vinculado já que a administração pública não emite um juízo de valor, cumprindo apenas a lei efetivando o tombamento. Uma vez que o legislador quis impor um regime jurídico especial sobre certa coisa, colimou regras objetivas que afastassem a intervenção arbitrária ou tendenciosa do administrador, cuja ação é conduzida pelo texto legal arrimada em análise técnica, até o momento da edição do ato de tombamento.

Na verdade, não se trata de um ato vinculado, mas sim discricionário do poder público, haja vista ter a lei deixado à escolha do administrador a decisão de tomar ou não, mesmo que o tombamento seja determinado por lei; é a administração quem valora a conveniência e oportunidade de realizá-lo. Há discricionariedade por ocasião da edição do ato, até porque o tombamento impõe vários encargos ao ente federativo que determinou a medida, como a fiscalização e, eventualmente, a reparação ou conservação. Mesmo que a medida seja determinada pelo órgão competente, a decisão precisa ser homologada (no caso de tombamento federal) pelo Ministro da Educação, nos termos do art. 1º da Lei 6.292/75, o que torna mais nítido o aspecto da discricionariedade.

É curial ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que só caberá ao poder público assumir a conservação ou restauração de imóvel tombado quando comprovada a impossibilidade do proprietário arcar com as despesas da obra.

Tombamento. Obrigação de realizar obras de conservação. Poder público. Proprietário. *O proprietário é obrigado a conservar e reparar o bem tombado. Somente quando ele não dispuser de recursos para isso é que este encargo passa a ser do poder público. Recurso provido*³⁶.

³⁶ Brasil. STJ – 1ª T. – REsp. 97.852/PR – Rel. Min. Garcia Vieira – j. em 07.04.1998. *Diário da Justiça*, de 08.06.1998, p. 15.

Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessão. Dec.-lei 25/37. *Inexistência da obrigação de a união realizar obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado. Consoante dispõe a lei (Dec.-lei 25/37), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido, adquire regime jurídico "sui generis", permanecendo o respectivo proprietário na condição de administrador, incumbindo-lhe o ônus da conservação da coisa tombada.*

o estado só assume esse encargo quando, o proprietário, por ausência de meios, não possa efetivar a conservação. Não arcando, a entidade de direito público, com a execução das obras necessárias à conservação do bem, e não ocorrendo a desapropriação, cabe, ao proprietário, requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

*Recurso improvido. Decisão unânime*³⁷.

José Cretella Junior, invocando a autonomia da administração pública, sustenta que a administração pode optar pela não realização do tombamento, mesmo que haja uma recomendação para a sujeição do bem ao regime especial, em razão da prevalência de interesse público diverso³⁸.

É bastante oportuno transcrever o esclarecimento de José Afonso da Silva que dissipa qualquer dúvida sobre a questão.

*O ato de tombamento é, porém, vinculado no sentido de que não se verificará sem o parecer técnico do órgão competente (IPHAN ou entidade semelhante nos Estados ou Municípios) aconselhando a medida. O ato está, pois, vinculado a esse parecer. Mas este não vincula a autoridade competente para emitir o ato de tombamento. [...] Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo [...]. Tombar é o momento jurídico concretizado pela edição do ato. Qualificação é operação de natureza técnica; o tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade*³⁹.

Cumpra advertir que a liberdade dada ao administrador não pode dar azo à arbitrariedade. O agente político deve, a princípio, acatar o parecer do órgão técnico que tenha recomendado o tombamento, sob pena de desconsiderar o comando constitucional que prevê ser dever do Estado proteger o patrimônio cultural e natural através de um instrumento jurídico adequado. O administrador deve ser imparcial e evitar pressões políticas positivas ou negativas, fazendo uma rigorosa seleção, em função de sua relevância e a partir das características da coisa, tendo em vista que a lei utiliza o adjetivo "excepcional" para os bens dignos de serem tombados, permitindo concluir que aquela coisa tem um ele-

³⁷ Brasil. STJ – 1ª T. – REsp. 25.371/RJ – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. em 19.04.1993. *Diário da Justiça*, de 24.05.1993, p. 9.982.

³⁸ CRETILLA JUNIOR., José Cretella. **Regime jurídico do tombamento.** *Op. cit.*, p. 54.

³⁹ *Op. cit.*, p. 491.

mento intrínseco diferenciador das demais, e é isto que faz com que seja necessária e imperiosa a sua preservação⁴⁰.

Cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo e anulá-lo quando este contrariar a finalidade do tombamento, como evidenciam as decisões do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Tombamento de imóvel. Ato administrativo. Restrição ao direito. Art. 5º inc. XXII. Art. 37 Constituição Federal de 1988. Anulação do ato. *Tombamento de prédio. Representando restrição ao direito de propriedade, necessário se torna a existência de razões ponderáveis para sua adoção, devendo ela estar ligada a fatos históricos ou culturais de relevo. O tombamento para preservação de tipo de construção deve estar ligada à imponência ou beleza arquitetônica do edifício, ou ainda, à manutenção de um estilo de um núcleo residencial. Tombamento desarrazoado e para atender a interesses particulares passível de anulação, por constituir ato abusivo da Administração Pública. Tombamento ainda que razoável, deve estar sujeito à indenização proporcional à restrição sofrida ao direito de propriedade⁴¹.*

Tombamento de imóvel. Limitação. Direito de propriedade. Motivação. Abuso de poder do município. Laudo pericial. *Direito Administrativo. Ato de tombamento de imóvel. Ação ordinária de anulação. Decreto de tombamento com motivação inconsistente. Direito de propriedade versus poder discricionário do poder público. Laudo pericial desautorizando as razões do tombamento. Arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder. Ausência de metodologia científica a fundamentar pretensão municipal. Necessidade de vinculação do ato a fatos memoráveis da história, ao excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico. Improvimento do apelo. É inconsistente decreto de tombamento que se mostra ausente de metodologia científica a fundamentar o ato, de acordo com a prova técnica realizada, demonstrando que as pequenas casas que formam a vila tombada, sobre serem de ínfimo valor pecuniário, não apresentam qualquer linhagem histórica ou arquitetônica que justifique a limitação imposta ao direito de propriedade, consistindo o tombamento, na verdade, em arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder, impondo-se sua anulação. A intervenção do Judiciário, para dirimir controvérsia entre o particular e o Poder Público Municipal, não pode ser considerada em quebra do princípio da harmonia e independência dos poderes e, muito menos, em subtração da competência do Executivo e do Legislativo. Longe disso, o Estado-Juiz está arrimado no princípio constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Assim, o poder discricionário, para justificar a edição de ato administrativo do tombamento, está, evidentemente, delimitado pela possibilidade de que fira ou ameace de lesão o direito do particular, por isso, uma das condições substanciais para a validade do ato administrativo, do qual o tombamento é espécie, é a motivação válida e legal, sem o que o ato se apresentará*

⁴⁰ Existem situações onde há conflito entre o interesse público de preservação e o de destruição. No caso de escavações para a construção de um transporte subterrâneo, descobrindo-se as ruínas de um forte, ou de uma igreja. A autoridade pública pode decidir não tomar ou cancelar a medida para não ficar impedida de destruir a construção e frustrar os planos urbanísticos da cidade. O tombamento nacional da Igreja dos Martírios, em Recife, foi cancelado pelo Decreto 70.389, de 11.04.1972.

⁴¹ BRASIL. TJRJ – 3ª Câm. Civ. – Apel. Civ. 1996.001.1252 – Rel. Des. Ferreira Pinto – j. em 08.07.1997 (Unânime).

arbitrário e, por isso mesmo, tingido de abuso⁴² de poder, que o torna nulo e sujeito ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário⁴³.

Ação ordinária. Tombamento de imóvel. Declaração de nulidade. Recurso provido. *Ação ordinária objetivando declaração de nulidade dos tombamentos provisório e definitivo do Cassino da Urca. Fundamentados os decretos, no valor cultural e na tipologia do Bairro. Verificada a inexistência de tais valores, impõe-se o acolhimento do pedido. Recurso provido⁴³.*

13 REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. Regime jurídico do tombamento. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 112, p. 50-68, abr./jun. 1973.
- _____. Tombamento. In: **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo, v. 74, p. 1-30, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LIMA, Ruy Cyrme de. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. **Direito de construir**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1979.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. Tombamento e dever de indenizar. In: **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 309, p. 16-24, maio 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. IV.

⁴² TJRR – 14ª Câm. Civ. – Apel. Civ. 1998.001.779 – Rel. Des. José Affonso Rondeau – j. em 02.06.1998 (Unânime).

⁴³ TJRJ – 3ª Câm. Civ. – Apel. Civ. 1997.001.7135 – Rel. Des. Valéria Maron – j. em 24.03.1998 (Unânime).

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

ZANOBINI, Guido. **Corso de diritto amministrativo**. 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 4.

SEPARAÇÃO DE PODERES, MAIORIA DEMOCRÁTICA E LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ana Paula de Barcellos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Separação de poderes; 3. A maioria democrática e seus limites; 4. Da legitimidade do controle de constitucionalidade; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi o século da grande travessia do constitucionalismo rumo à normatividade, especialmente no mundo europeu ocidental e nos países periféricos de tradição romano germânica. A face mais evidente desse fenômeno é, sem dúvida, a ampliação do controle de constitucionalidade dos atos normativos, o que tem suscitado uma série de debates ainda inconclusos sobre a natureza e os limites desse controle.

Com efeito, até a Segunda Guerra Mundial (tomando-se este evento como marco aproximado), as 'normas' constitucionais eram tidas como programas dirigidos basicamente ao Legislador, a quem caberia – ou não – implementar tais diretivas. A Constituição, portanto, não era uma norma jurídica propriamente dita, ao alcance de toda a sociedade, que poderia manejá-la diante do Poder Judiciário. Ao contrário, o contato da Constituição com o mundo real era necessariamente limitado pela intermediação do Poder Legislativo².

Essa compreensão da Constituição e dos papéis dos Poderes estatais, especialmente do Judiciário e do Legislativo, estava diretamente relacionada com as circunstâncias históricas que consagraram a supremacia dos parlamentos na Europa ocidental no século XIX.

Sem pretender apresentar um painel histórico detalhado, não há dúvida de que os parlamentos tiveram um papel fundamental na oposição ao Antigo Regime,

¹ Advogada no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Público e Professora contratada da UERJ.

² ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 55 e ss.; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 96 e ss.

e a deliberação legislativa representou não apenas a superação das monarquias absolutas como a realização dos princípios máximos de igualdade e democracia, através da representação popular majoritária. O Judiciário, ao contrário, era historicamente ligado às monarquias e ao clero e durante muito tempo, após as revoluções burguesas, continuou a ser visto com grande desconfiança³. A supremacia do parlamento e da lei, como os grandes garantidores dos direitos individuais, e o desprestígio do Judiciário completam o quadro, mantendo afastada, a essa altura, a idéia de controle judicial de constitucionalidade das leis na Europa continental⁴.

A relevância do contexto histórico para a compreensão do tema se torna ainda mais clara quando se verifica a substancial diferença da situação nos Estados Unidos da América⁵. Ali, ao contrário, o grande vilão da independência norte-americana foi precisamente a intolerância e a exação excessiva do Parlamento britânico, que acabou por conduzir à ruptura com a metrópole⁶.

Desde cedo, os Estados Unidos puderam perceber que o Legislativo poderia se transformar em um violador dos direitos e liberdades individuais e deveria, por isso, sofrer limitações – impostas pela Constituição, como norma hierarquicamente superior, e garantidas pelo Judiciário. O marco inicial do *judicial review* data, como se sabe, de 1803, com o rumoroso caso *Marbury v. Madison*, incorporando-se com alguma naturalidade ao sistema norte-americano. Nem por isso as perplexidades inicialmente referidas, a respeito da natureza e dos limites

³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 26 e ss. e 94 e ss.; ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 56: "Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios".

⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 168: "É certo que se considerou inadmissível o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis em nome do princípio da separação dos poderes, colocado ao serviço da supremacia do legislador. Mas a verdade é que, por força desta compreensão deficiente do valor normativo da constituição, que excluía a dedução de um princípio de constitucionalidade, faltava ao juiz o superior parâmetro ou critério constitucional substantivo, à luz do qual pudesse legitimamente controlar a validade dos actos legislativos".

⁵ Cumpre esclarecer que, pela necessidade de fixar limites temáticos ao presente estudo, não será abordada a importante contribuição norte-americana para a doutrina da separação de poderes em geral, não apenas doutrinária como histórica, pela criação do sistema presidencial de governo, ou sua influência específica sobre a história constitucional brasileira. Optou-se por abordar o tema principalmente do ponto de vista europeu continental, com uma inevitável passagem pela contribuição inglesa no assunto, pelo fato de que o conflito entre a noção de separação de poderes e o controle de constitucionalidade assumiu contornos muito mais nítidos na experiência histórica daqueles países.

⁶ QUADRA, Tomás de la; PERGOLA, Antonio La; GIL, Antonio Hernández; RODRIGUEZ-ZAPATA, Jorge; ZAGREVELSKY, Gustavo; BONIFACIO, Francisco P.; DENNINGER, Erhardo; HESSE, Conrado. **Metodos y criterios de interpretación de la constitución**. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). **Division de poderes e interpretación – Hacia una teoría de la praxia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 134.

do controle de constitucionalidade, foram superadas, ainda que os debates nos Estados Unidos assumam outras dimensões⁷.

Voltando ao ponto, o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade praticado na Europa, concebido por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920, ainda se encontra marcado pela concepção de norma constitucional como mera diretiva, bem como pela convicção da supremacia do parlamento, de forma que se trata muito mais de uma atividade legislativa negativa que jurisdicional.

Com efeito, Kelsen concebeu um sistema pelo qual apenas um órgão – o Tribunal Constitucional – poderia confrontar a lei com a Constituição, em abstrato e com efeito *erga omnes*, sendo que a decisão que porventura pronunciasse a invalidade da norma equivalia à sua revogação, produzindo efeitos *ex nunc*. Por esse sistema, é fácil notar, a Constituição não é uma norma verdadeiramente justiciável, dotada de plena hierarquia sobre as leis, uma vez que a invalidade destas não é um efeito da Constituição, mas sim da decisão do "legislador negativo". Os demais membros do Judiciário não estão vinculados diretamente à Constituição, mas apenas às leis em geral e às decisões do Tribunal Constitucional, que devem aplicar no caso concreto⁸.

Nada obstante, o progressivo desenvolvimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade vem se fazendo às custas do prestígio e do espaço de exclusividade do Poder Legislativo. Do prestígio porque ampliam-se e efetivam-se os limites impostos pela Constituição ao Poder Legislativo, e do espaço de exclusividade porque as novas modalidades de controle passam a permitir o ingresso de novos agentes no âmbito de interpretação e implementação das normas constitucionais, que não apenas o Legislativo.

A Segunda Guerra Mundial pode ser indicada como um divisor de águas em todo esse processo de jurisdicização da Constituição e ampliação do controle de constitucionalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, o mito do Poder Legislativo como mantenedor maior dos direitos de todos os indivíduos desfez-se ruidosamente com a

⁷ A legitimidade do Poder Judiciário de extrair prestações positivas diretamente da Constituição, por exemplo, é um tema em debate nos Estados Unidos. Veja-se sobre o ponto, dentre outros: BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch – The Supreme Court at the bar of politics**. New Heaven and London: Yale University Press, 1986; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999; CALABRESI Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York-London: W.W. Norton & Company, 1978.

⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 56 e ss.; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 104 e ss.: "No originário sistema austríaco, portanto, não só os juizes – exceção feita exclusivamente (...) para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (...), além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado".

instalação dos regimes nazista e fascista no seio das instituições de diversos países europeus, sem qualquer oposição consistente dos Legislativos. Na verdade, pior que a falta de reação dos representantes do povo, foi o apoio prestado pelo próprio povo, em sua maioria, a políticas de exclusão e destruição de grupos minoritários⁹. Um segundo saldo do pós-guerra foi a percepção do fracasso que a concepção de Constituição até então vigente tinha representado: a absoluta incapacidade de Cartas libertárias, como a Constituição de Weimar, de funcionarem como limite à atuação das maiorias.

Na segunda metade do século, portanto, o grande esforço da doutrina (inclusive brasileira, ainda que um pouco tardiamente) se concentrou na elaboração da noção aparentemente óbvia de que a Constituição é norma jurídica¹⁰.

Vale lembrar que *ser* norma jurídica, segundo a moderna teoria da norma, significa que a disposição há de ser dotada de imperatividade relativamente aos efeitos que propõem. Isto é: trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma¹¹ ou de associar algum tipo de consequência ao descumprimento voluntário desta, capaz de impor, ainda que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente¹². É o que Karl Larenz¹³ qualifica como *ordenação de vigência*, característica típica de cada proposição jurídica.

Para instrumentalizar a normatividade da Constituição e atender sua *ordenação de vigência*, passou-se a desenvolver novas e variadas formas de controle de constitucionalidade, entendido como o meio não apenas de impedir a produção de normas ou atos inconstitucionais, mas também como instrumento de realização dos comandos da Constituição.

⁹ Veja-se sobre o tema ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991; o trabalho, texto base da aula inaugural do autor na Universidade de Freiburg, em 1959, se tornou um documento fundamental na matéria. Veja-se também, ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 64 e ss. Na produção nacional merecem destaque, dentre outros, o trabalho pioneiro de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998 (a primeira edição é de 1967); BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 27 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997. p. 21-2; VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 339-340; DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 57 e ss.

¹² Em algumas situações simplesmente não é possível que o efeito originalmente pretendido pela norma se realize, ainda com a intervenção da força. Os casos mais clássicos dessa limitação do ordenamento se referem ao descumprimento de obrigações personalíssimas, que só poderão ser substituídas pela reparação pecuniária. Situação totalmente peculiar é a do direito penal que, na maior parte dos casos, exceto nos crimes contra o patrimônio, não tem condições de oferecer uma forma coativa substitutiva dos efeitos da norma que não tenham sido observados. A sanção no direito penal tem natureza e função diversas.

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 214.

Assim é que se passa a desenvolver o controle não apenas do ato comissivo, mas também da omissão inconstitucional¹⁴. A força normativa da Constituição atravessa o campo do combate às normas inconstitucionais e ingressa na discussão da interpretação mais adequada das normas em geral, impondo uma *filtragem*¹⁵ geral de todo o ordenamento, a fim de impor a cada norma a interpretação que melhor realize os comandos constitucionais¹⁶. Ademais, ao lado dos tradicionais modelos concentrado e difuso, criam-se sistemas mistos¹⁷, o mesmo acontecendo com o controle na via incidental ou de exceção e na via principal ou em tese.

Como consequência dessa nova postura diante da Constituição, o controle de constitucionalidade, sua legitimidade, sua natureza e seus limites tornou-se o grande tema deste final de século. O objetivo do presente trabalho é examinar alguns aspectos de dois pontos, relacionados entre si, que histórica e logicamente impõem limites à ampliação indefinida do controle de constitucionalidade, a saber: a separação dos poderes e a regra da maioria democrática. Cumpre examiná-los mais de perto para, delineando-lhes o perfil e os fundamentos, verificar em que medida se opõem realmente ao controle judicial da constitucionalidade. Por fim, e em conclusão, o estudo pretende enunciar, sem pretensão de exaustividade, alguns elementos capazes de formar a legitimidade do controle de constitucionalidade e seus limites.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 Origem, finalidade e breve evolução do pensamento político

A idéia de separação de poderes¹⁸, tal qual entendida modernamente, tem como referência histórica original mais consistente as obras de John Locke

¹⁴ A Constituição Brasileira de 1988 criou dois instrumentos para o tratamento da omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), nenhum dos quais, até o momento, foi bem sucedido na empreitada. Sobre o tema, e especialmente sobre a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, veja-se BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 175 e ss.

¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13. "Diante do novo texto constitucional, forçosamente parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição".

¹⁷ No Brasil, por exemplo, o incidente de inconstitucionalidade julgado pelo Órgão Especial dos Tribunais (CPC, arts. 480 e ss. e regimentos internos dos Tribunais), é uma mistura das modalidades concentrada e difusa. Cabe apenas ao Pleno ou ao Órgão Especial do Tribunal (CF, art. 97) apreciar a inconstitucionalidade na via incidental, pronunciando-a, no entanto, em tese, decisão que vincula o órgão fracionário no julgamento do caso concreto que originou o incidente, bem como nos demais casos em que venha a ser suscitada a mesma questão.

¹⁸ Vale registrar, como lembra a doutrina, que o poder político é uno e, portanto, melhor seria falar de divisão ou distribuição de funções e não de separação de poderes. A expressão, entretanto, restou consagrada pelo uso e, feita a ressalva, será adotada como padrão neste trabalho para evitar-se desencontros terminológicos.

(1632-1704) e Montesquieu (1689-1755)¹⁹. Nada obstante isso, a idéia básica de distribuir o exercício do poder político entre várias pessoas ou grupos, ao invés de mantê-lo concentrado em um só indivíduo, é consideravelmente mais antiga, remontando às teorias da Constituição mista de Aristóteles.

Em sua teoria clássica das formas de governo, exposta em a **Política**, Aristóteles classifica os governos, em um primeiro momento, por meio de um critério quantitativo – o governo de um só, de poucos ou de muitos –, sendo que cada uma dessas opções pode perfeitamente dar origem a uma forma ‘boa’ de governo (monarquia, aristocracia e politia ou timocracia, comumente referida como república ou democracia) ou, igualmente, pode deteriorar-se em uma forma ‘má’ (tirania, oligarquia e democracia – termo que em geral se prefere evitar, embora de tradução mais acurada, adotando-se tradicionalmente demagogia)²⁰.

Embora Aristóteles considere que qualquer das três formas é capaz de conduzir a um governo bom, ao analisar as constituições concretas observa que elas dificilmente adotam apenas uma daquelas três formas (sejam as puras ou as deterioradas). Mais que isso, o autor acaba por desenvolver a teoria da Constituição Mista, pela qual a forma de governo mais adequada é aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, de modo que este passa a tomar em conta os interesses de ricos e pobres, mesclando-se as três formas puras de governo²¹. Vale notar que a fórmula da Constituição Mista se insere perfeitamente no contexto de seu pensamento filosófico, no qual se consagra o meio-termo como o ponto virtuoso de todas as coisas.

A idéia de Constituição Mista será também desenvolvida, tempos depois, por Políbio e Cícero, especialmente a partir da experiência republicana romana, que ambos os autores têm como uma espécie de Constituição Mista²².

Pode-se traçar uma linha, ainda que tênue, ligando a idéia de Constituição Mista à moderna concepção da separação de poderes, na medida em que é possível extrair da Constituição Mista o princípio bastante familiar pelo qual cada órgão constitucional, ou cada classe social, na medida em que tem acesso ao

¹⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 63 e ss.; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 401.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998. p. 55 e ss.

²¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 33 e ss.

²² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 37 e ss. Vale notar que, embora desenvolvendo a idéia original de Aristóteles, a Constituição Mista de Políbio apresenta algumas diferenças fundamentais. Enquanto para Aristóteles todas as classes deveriam ter acesso a todos os órgãos constitucionais, misturando-se no âmbito deles, Políbio defendia que cada classe deveria ter acesso apenas a um órgão constitucional, destinado especificamente para si.

poder político, funciona perante as demais como um limite ou um contrapeso²³. Embora esta seja uma interpretação válida, não se pode deixar de registrar que se trata de uma visão do passado com os olhos e as categorias do presente.

Tratando ainda das origens remotas, e dando um salto no tempo, vale fazer um registro acerca da abordagem de Maquiavel sobre o tema. Maquiavel retoma a distinção aristotélica das formas de governo baseada no critério quantitativo para descrever os Estados de seu tempo, classificando-os em duas categorias: os governos de muitas pessoas – as repúblicas, que poderão ser aristocráticas ou democráticas, na medida em que os titulares do poder sejam mais ou menos numerosos – e o governo de um só – os principados.

A relevância da distinção de Maquiavel está, no entanto, em que, mais importante do que o simples diferencial quantitativo, o autor reconhece uma diferença qualitativa essencial, ainda que não a desenvolva, entre a vontade singular do príncipe – de uma pessoa física – típica das monarquias, e a vontade coletiva republicana, seja de um colegiado restrito, seja de uma assembléia popular²⁴.

De toda sorte, nada obstante o interesse que essas referências remotas possam despertar, a origem próxima da doutrina da separação dos poderes deverá ser encontrada ao longo da idade moderna, em um contexto histórico específico: a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de Direito Constitucionais. Assim, diferentemente dos registros históricos antigos, a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder, a fim de que ele não se torne, por concentrado, arbitrário, garantindo-se assim o Estado de Direito e, principalmente, os direitos individuais. Esse caráter instrumental é uma marca que de forma mais ou menos evidente acompanha a doutrina da separação de poderes ao longo do tempo²⁵, como registra Eduardo Garcia de Enterría, *in verbis*: “Si-

²³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 40.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998. p. 83 e ss.

²⁵ A doutrina em geral procura fazer o registro dessa instrumentalidade. Confira-se, dentre muitos, DIEZ-PICAZO, Luis; OLEA, Manuel Alonso; CUELLAR, Antonio G.; MOVILLA, Claudio; HESSE, Conrado; PERGOLA, Antonio La. **Constitucionalidad, derecho comunitario europeo y jurisdicción ordinaria**. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). **Division de poderes e interpretación – Hacia una teoría de la praxia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 102; LEAL, Victor Nunes. **A divisão de poderes no quadro político da burguesia**. In: **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p. 95 e ss.; GROPPALLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 188.

Vale registrar que há vozes discordantes, da maior autoridade, como LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965. p. 56: “Es necesario tener bin claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo. El descubrimiento o invención de la teoría de la separación de funciones estuvo determinado por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía en el siglo XVII y XVIII (...) Este proceso recibió su cuño específico ante la necesidad ideológica de establecer y proteger la libertad individual. Sólo el liberalismo constitucional identificó la libertad individual con la separación de ‘poderes’. Esto queda

*gue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad*²⁶.

O Reino Unido, precursor na formação de um Estado de Direito (*rule of law*) e de uma monarquia limitada por documentos de natureza constitucional, foi também, naturalmente, o primeiro onde se desenvolveu e implementou a doutrina da separação de poderes. Embora se atribua a Montesquieu especial destaque na matéria, por sua exposição sistemática e ordenada em **O Espírito das Leis**, não se pode deixar de reconhecer a importância da obra de Locke para o desenvolvimento da doutrina, mesmo porque Montesquieu vai escrever a partir de sua leitura da realidade inglesa, que já havia recebido a influência dos escritos de Locke.

Locke vai apresentar sua teoria da separação de poderes no **Segundo Tratado do Governo Civil**: Ensaio concernente à verdadeira origem, extensão e fim do Governo Civil – Segundo Tratado²⁷, na seqüência histórica da deposição dos Stuarts, a Casa de pretensões absolutistas derrotada por Guilherme de Orange e pelo Parlamento em 1688, e movido pela intenção de justificar racionalmente a nova ordem estabelecida na Inglaterra.

A teorização de Locke a respeito da separação de poderes parte de suas visões do estado de natureza, da igualdade dos homens e do contrato social, e tem como elemento fundamental a lei. Como se sabe, no estado de natureza de Locke, diferentemente do que se passa no de Hobbes, os homens encontram-se em uma posição de liberdade e igualdade generalizadas; trata-se, a princípio, de um estado de paz. Nada obstante, a existência da propriedade privada e a circunstância de que todo o poder e jurisdição são recíprocos, cada qual, portanto, sendo juiz em causa própria, já deixa entrever características de uma sociedade concorrencial.

Nesse contexto, o contrato social não representa um revolução integral na vida dos indivíduos, nem estes abrem mão integralmente de seus direitos e de

aclarado por una breve digresión histórica. Es curioso constatar que el Constitucionalismo de la antigüedad funcionó sin la separación de funciones y frecuentemente en conflicto con dicho principio.

Embora o autor tenha razão no que diz respeito à historicidade da idéia da separação de poderes, negar-lhe a função de garantia dos direitos individuais frente ao poderes estatal parece, *data venia*, um equívoco. Mais ainda a comparação com os Estados antigos, nos quais, como se sabe, ainda não estava desenvolvida a noção de individualidade fora do contexto da cidade ou do Estado, e, portanto, não havia oposição possível.

²⁶ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 45.

²⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 65 e ss.; CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. p. 103 e ss.

sua liberdade, como pretendia Hobbes. Busca-se com ele apenas garantir o que não é possível obter no estado de natureza, a saber: a segurança dos homens e a salvaguarda da propriedade privada. Na visão de Locke, a lei fixa e estabelecida – e não apenas a lei natural típica do estado de natureza –, é a melhor forma de garantir esses fins, de modo que toda a estrutura do Estado será organizada para refletir esse objetivo.

Caberá, portanto, ao Estado recém inaugurado elaborar as leis, através de seu Poder Legislativo. Igualmente será da competência do Estado providenciar juízes imparciais com autoridade reconhecida para dirimir conflitos concretos de acordo com as leis estabelecidas – o que inexistia no estado de natureza – bem como providenciar um Poder Executivo capaz de garantir a execução das sentenças proferidas pelos juizes.

Por evidentes razões históricas, e pela própria lógica de seu raciocínio, Locke confere ao poder de fazer as leis considerável preeminência sobre os demais. O autor admite, entretanto, que o próprio Legislativo pode tornar-se arbitrário, sendo necessária a imposição de limites à sua atuação²⁸, dentre os quais vale ressaltar a impossibilidade de o Legislativo executar as leis por ele elaboradas, o que deverá ficar a cargo de outros órgãos estatais²⁹.

A esse modelo relativamente simples proposto por Locke, a experiência britânica foi agregando outros mecanismos destinados a aprimorar a idéia base da separação, tanto para conferir-lhe mais eficácia em relação a seus próprios fins – controle do poder e garantia dos direitos e liberdades individuais – como para assegurar maior eficiência à atuação estatal como um todo. Institutos como o veto real (ainda que abandonado já no início do século XVIII) e o *impeachment* dos conselheiros reais, origem da responsabilidade política do Gabinete, dentre outros, foram tecendo uma malha de controles recíprocos entre o Monarca e seus conselheiros e o parlamento³⁰.

Com efeito, as relações entre Executivo e Legislativo tomam um rumo muito particular por volta de 1721 a 1742, com a progressiva autonomia dos Gabinetes e o desenvolvimento de relações cada vez mais próximas destes com o parlamento³¹, a ponto de se dizer que há quase uma fusão entre os dois Poderes.

²⁸ Mais uma vez a referência histórica facilita a compreensão. A atuação do “Longo Parlamento”, no reinado de Carlos I, e da Câmara dos Comuns, logo após o episódio da abolição da realeza e da Câmara dos Lordes, eram exemplos relativamente recentes na história inglesa que ilustravam o arbítrio dos Parlamentos. Confira-se: PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 48 e 56.

²⁹ Além e fora dos poderes Legislativo e Executivo (no qual se inclui o Judiciário), o autor refere também os poderes de prerrogativa e federativo, poderes de caráter muito mais político (relações internacionais, intervenção em momentos de emergência interna) que jurídico.

³⁰ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1993. p. 249 e ss.

³¹ Essas relações, que se institucionalizaram com o tempo, consistiam originalmente na atribuição de cargos, pensões e subsídios aos parlamentares, o que viria a ser denominado por Walter Bagehot como o “eficiente segredo da Constituição inglesa”. Confira-se: PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e**

Os opositores do governo à época, dentre os quais se destaca Bolingbroke, passaram a atacar o arranjo político sob o fundamento de que ele violaria qualquer noção de separação de poderes, mesmo considerando-se a tradição inglesa de interdependência entre os poderes.

Nada obstante o protesto da oposição, o modelo britânico continuou a desenvolver-se nessa linha, institucionalizando relações especialmente próximas entre Executivo e Legislativo, a ponto de ser denominada modernamento de parlamentarismo “monista”, como se verá adiante.

Passando ao continente europeu, Montesquieu, a grande referência no tema da separação de poderes, procura apresentar uma teoria em abstrato da separação dos poderes, bem como uma descrição concreta dos mecanismos de governo inglês. Não raro as searas se confundem, com prejuízos para a clareza da obra, o que fica evidente especialmente na percepção muitas vezes confusa e mesmo equivocada que o autor tem de aspectos da realidade inglesa³².

Diferentemente da maioria dos teóricos dos séculos XVII e XVIII, Montesquieu não aceita a idéia de contrato social, nem a que lhe é subjacente, a da igualdade natural de todos os homens. O autor mantém a idéia basicamente medieval, mas ainda em voga, especialmente na França, de que há uma desigualdade natural entre os homens. Daí porque Montesquieu, um nobre liberal, vai defender o papel da nobreza na estrutura do governo, como um estamento ao lado do povo e do Rei, com uma participação fundamental na elaboração da lei.

Montesquieu vai estruturar sua teoria retomando as classificações quantitativas dos antigos acerca das formas de governo: monarquias e repúblicas (democráticas ou aristocráticas, conforme o governo seja exercido por todos ou apenas por um grupo). A distinção mais importante feita pelo autor, no entanto, utiliza um critério qualitativo, e diz respeito à possibilidade de degeneração de qualquer daquelas formas básicas de governo em um despotismo.

Embora o autor trate de uma multiplicidade de fatores, o elemento mais evidente que distingue as formas moderadas de governo do despotismo é a existência de uma lei geral, abstrata e adequada às circunstâncias sociais³³, bem

princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 87 e ss.

³² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 109; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. p. 127-138; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed. Tradução de Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1999. p. 1107 e ss.; BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998. p. 127 e ss.; Norberto BOBBIO, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997. p. 41 e ss.; LOWENTHAL, David. Montesquieu. In: STRAUSS, Leo; CROPSY, Joseph (Eds.). *History of political philosophy*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. p. 513.

³³ Diferentemente da crença iluminista em uma razão universal e atemporal, da qual se extrairia uma lei igualmente universal, Montesquieu vai demonstrar a percepção de que cada localidade, em função de suas peculiaridades naturais, históricas e culturais terá necessidade de uma lei particular ajustada às suas

como a forma de aplicação da lei. Na medida em que se governa por decretos ocasionais, improvisados e arbitrários tem-se um governo absoluto e despótico³⁴.

A solução para que tanto república (aristocrática ou democrática) como monarquia sejam governos moderados, ‘bons’, está na existência de poderes contrapostos, de modo que nenhum deles possa atuar arbitrariamente no âmbito do Estado. A separação de poderes é precisamente o instrumento que, para Montesquieu, garante a moderação no exercício do poder político, evitando sua utilização abusiva e, principalmente, garantindo a liberdade e os direitos dos indivíduos.

Montesquieu procura enfatizar que a edição e a execução das leis têm de estar confiadas a órgãos e pessoas diferentes. Quanto à solução dos conflitos concretos, Montesquieu a considera uma atividade de aplicação mecânica da lei, e por isso mesmo pouco importante³⁵, adotando integralmente a visão iluminista do juiz, referindo-se a ele como “*a boca que pronuncia a palavra da lei*”.

Curiosamente, o autor vai importar das práticas inglesas alguns elementos pelos quais pretendia enfraquecer ainda mais o Judiciário; sugere que os Tribunais sejam temporários, formados apenas de acordo com as necessidades e por indivíduos eleitos, e não por um corpo permanente. O autor parece não perceber que a instituição do júri, onde vai colher essas características, era apenas um aspecto do sistema judicial inglês que, ao contrário do que pretende o autor, desenvolve uma marcante atividade criadora, típica do sistema da *common law*, em nada se assemelhando à atividade mecânica pretendida pelos iluministas³⁶.

A concretização de seu modelo teórico através da observação da realidade inglesa, e sob a influência das idéias de Constituição Mista, leva o autor a concluir que o Poder Legislativo corresponde principalmente à nobreza e aos representantes eleitos pelo povo e o Executivo ao Monarca.

Alguns controles recíprocos garantiriam o bom funcionamento do sistema: cabe ao Legislativo o voto anual do orçamento e da lei que autoriza o exército permanente, bem como processar e julgar (*impeachment*) os conselheiros reais. Ao Executivo compete convocar o Legislativo e exercer o poder de veto (embora desde 1707 o veto real não fosse mais praticado na Inglaterra³⁷). O autor não oferece, no entanto, uma resposta sistemática para o problema dos

circunstâncias. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 91.

³⁴ Compreensivelmente, o autor dá maior ênfase ao governo despótico monárquico, embora as repúblicas também possam deteriorar-se em despotismo.

³⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. p. 140, transcrevendo Montesquieu, registra: “*dos três poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo*”.

³⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 96 e ss.

³⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. p. 140 e ss.

controles recíprocos dos poderes, limitando-se a manifestar a crença de que "pelo movimento necessário das coisas, são [os três poderes] *constrangidos à marcha, serão forçados a marchar em harmonia*"³⁸.

Nada obstante a convicção de Montesquieu a respeito da natural harmonização dos poderes, não foi isso que aconteceu em seu próprio país. A história política da França, após a Revolução, é a história de uma sociedade em busca de um governo, em sucessivas tentativas de alcançar o equilíbrio entre os poderes³⁹.

Com efeito, se na Inglaterra de Locke, a partir da Revolução de 1688, consolidou-se uma monarquia constitucional, com poderes separados, ainda que ao longo do tempo cada vez mais interdependentes, a França de Montesquieu conheceu momentos em que se procurou implementar modelos de separação rígida dos poderes – como as Constituições de 1791 e 1795 –, outros em que vigorou uma prática monista de exercício do poder político, cujo exemplo clássico foi o assembleísmo jacobino de 1793⁴⁰, bem como alguns momentos dos períodos imperiais.

Por fim, na maior parte do tempo, a França procurou equilibrar um regime de separação mais flexível, através de práticas parlamentares, nem sempre bem sucedidas. O último passo nesse percurso foi dado pela V República, iniciada com a Carta de 1958, que construiu um sistema peculiar, denominada por Maurice Duverger de *semi-presidencialismo*, sobre o qual se falará adiante⁴¹.

Encerrando este ponto de breves notas históricas, vale fazer ainda uma referência à visão de Kant sobre a separação dos poderes. Todo o pensamento do Direito e do Estado exposto por Kant gravita em torno da idéia central da lei, à qual, na visão do autor, praticamente todo o Estado, de uma forma ou de outra, se reduz, de modo a assegurar aos indivíduos a liberdade de perseguirem seus projetos individuais. Para Kant, a lei, fruto da vontade geral e racional dos indivíduos, que agem movidos pelo imperativo categórico universal, vincula inclusive o governo, assumindo a forma do princípio da legalidade⁴².

³⁸ Apud CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Tradução de Lygia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. p. 146.

³⁹ GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Montchrestien, 1987. p. 64.

⁴⁰ A influência de Rousseau no episódio é notável, já que o autor considerava o Legislativo como o poder soberano, em decorrência de uma concepção monista do poder. O Executivo seria subordinado a ele, não podendo limitar-lhe a atuação. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 256 e ss.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 328 e ss.; BURDEAU, Georges; HAMON Francis; TROPER, Michel. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1995; DUVERGER, Maurice. *Le Système Politique Français: Droit Constitutionnel et Science Politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996; GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Montchrestien, 1987; GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1993. p. 457 e ss.

⁴² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 155 e ss.

A separação dos poderes decorre naturalmente dessas premissas. Como o cidadão não pode ser prejudicado por aquilo que não decidiu, a vontade coletiva é que deve exercer o Poder Legislativo. Ao lado do Legislativo, figuram os demais poderes com suas funções privativas: o Executivo – que governa em conformidade com as leis – e o Judiciário – que determina para cada um o que é seu segundo a lei. Para Kant, a conjugação desses dois elementos – legalidade e separação de poderes – é capaz de garantir a liberdade individual, finalidade principal do Estado⁴³.

A associação de toda essa construção teórica do século XVIII com o contexto histórico do século XIX, a saber: a desmontagem vitoriosa do Antigo Regime pelas Revoluções Burguesas, nas quais o parlamento desempenhou sempre um papel destacado, acabou por envolver a separação de poderes em uma roupagem dogmática⁴⁴. Mais que isso, um determinado modelo de separação de poderes – aquele em que se consagra a supremacia do parlamento e da lei, bem como a desimportância política do Judiciário – acabou por ser canonizado⁴⁵. Esse o cenário europeu continental de fins do século XIX e início do século XX, cujas concepções foram importadas para os países periféricos de tradição romano-germânica.

Feito esse breve percurso pela evolução do pensamento político da separação de poderes, vale referir suas relações com a idéia, muito mais recente, de Constituição ou, mais precisamente, as relações do modelo de separação de poderes acima referido – da supremacia do parlamento – com as limitações que a Constituição poderia lhe impor. No final do século XIX, considerando-se a realidade europeia, as relações entre a separação de poderes e a Constituição fluíam ainda sem muitos atritos. Em primeiro lugar, não se reconhecia à Constituição caráter normativo, capaz de produzir efeitos diretamente e, ademais disso, as Constituições em geral limitavam-se a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico processual⁴⁶.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4. ed. Tradução Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997. p. 31 e ss.; Norberto BOBBIO, *Estado, Governo, Sociedade*. 7. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 108; HASSNER, Pierre. Immanuel Kant. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Eds.). *History of political philosophy*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. p. 581; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Buenos Aires: Tecnos, 1999. p. 215: "Kant acepta, en principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de que el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por medio del derecho".

⁴⁴ Vale lembrar o famoso o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

⁴⁵ CLEVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: RT, 1995. p. 34-5: "Os revolucionários burgueses acreditavam na força da razão. Por isso que, não passando a lei, para eles, de norma descoberta pela atividade racional, não poderia ela atentar contra a justiça e a liberdade. (...) Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma".

⁴⁶ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 55-56; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio*

De toda sorte, e se isso não fosse suficiente, a cogitação de controle judicial de constitucionalidade das leis era considerada, a essa altura, simplesmente inadmissível pelo princípio da separação de poderes, colocado a serviço da supremacia do parlamento⁴⁷.

Ao longo do século XX, no entanto, o conteúdo da Constituição ampliou-se significativamente, bem como a prática das relações entre a Constituição e a lei, o Judiciário e o Legislativo sofreram alterações substanciais. Curiosamente, as concepções doutrinárias a respeito da separação de poderes permaneceram basicamente inalteradas. A introdução do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos europeus, sempre acompanhado de certo desconforto, se deveu não a uma reformulação da idéia consagrada de separação de poderes, mas à introdução de um elemento novo: a normatividade da Constituição.

Daí porque muito se fala hoje de crise da idéia de separação de poderes. Esta parece, realmente, a resposta mais evidente diante da radical alteração das circunstâncias neste século e da incompatibilidade destas com as concepções consagradas a respeito da separação de poderes, que simplesmente não acompanharam a construção dessas novas realidades⁴⁸.

Mas, estaria mesmo a idéia básica, o fundamento lógico da separação de poderes em crise? Algumas conclusões parciais já podem ser alinhavadas neste ponto.

Em primeiro lugar, é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, e de fato o seja, a separação de poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que os direitos e as liberdades dos indivíduos fossem preservados. Essa primeira conclusão, embora um tanto óbvia, impõe uma visão flexibilizadora dos dogmas construídos em torno da idéia de separação de poderes.

Em segundo lugar, a suposta crise do princípio da separação de poderes acima referida, é na verdade a crise dos parlamentos, como bem acentuou o Professor Nelson Saldanha⁴⁹. Com a democratização e o sufrágio universal, o

constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 167.

⁴⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 168.

⁴⁸ Confira-se, dentre muitos, na doutrina brasileira: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 134 e ss.; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* RTDP 9/40 e ss.

⁴⁹ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 104.

parlamento deixa de ser um lugar de identidade ideológica, como na maior parte do século passado, para abrigar uma variedade de grupos distintos⁵⁰. Associado a esse esfacelamento interno, o parlamento se vê acossado pelo crescimento do controle de constitucionalidade e, particularmente importante, do papel do Executivo⁵¹. A crise dos legislativos acarretou, conseqüentemente, a crise do modelo de separação de poderes que consagrava acima de todas as coisas o parlamento e a lei.

Não se pode negar que esse formato de separação, que conferia total preeminência ao Legislativo, desempenhou um relevante papel histórico e traz em si um componente não meramente instrumental, mas essencialmente valorativo, que é a fórmula da representação popular democrática, tema do qual se tratará adiante. Nada obstante, esse é um modelo que não atende mais às necessidades contemporâneas e necessita de reformulação. O princípio da separação de poderes, entretanto, permanece absolutamente válido e valioso em sua essência. O poder concentrado continua sendo uma ameaça aos direitos individuais e, portanto, controlá-lo através da divisão de seu exercício permanece como uma necessidade imperiosa.

Por fim, e esta última conclusão decorre logicamente das duas primeiras, não há, na realidade, um modelo absoluto e acabado de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países, fora do qual se estaria violando o princípio da separação. Ao contrário, a observação demonstra, exatamente em função de seu caráter instrumental, e mais ainda atualmente, diante da crise do modelo tido por tanto tempo como único viável, que cada país vai organizar um modelo próprio de separação de poderes, como se verá, brevemente, no ponto seguinte, a propósito da Inglaterra, da V República francesa e do modelo brasileiro criado pela Carta de 1988⁵².

Desse modo, o que se pode dizer de logo é que a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle de constitucionalidade. É verdade que isso poderia chegar a acontecer se se pretendesse cumular no

⁵⁰ CLEVE, Clémerson Merlin A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: RT, 1995. p. 34-5.

⁵¹ CLEVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 502. "Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protigido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do 'monismo de poder', como o que resultaria, por ex., da concentração de 'plenos poderes' no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função".

Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, o poder de legislar e aplicar a legislação por ele criada, sem que outro Poder pudesse controlar essa atuação. O argumento, entretanto, é apenas *ad terrorem*. Como se sabe, entre o exercício monolítico do poder pelo Judiciário e a completa vedação do controle judicial de constitucionalidade das leis, entre um extremo e outro, há um longo trajeto de possibilidades que pode ser trilhado legitimamente pelos países, mantendo-se ainda eficiente controle dos poderes por meio da divisão das funções. Isso será especialmente verdadeiro quando o controle de constitucionalidade disser respeito à proteção de direitos fundamentais, fim último, afinal, da própria separação de poderes⁵³.

2.2 A diversidade de modelos de separação de poderes: Inglaterra, França e Brasil

Conforme referido acima, de acordo com as necessidades históricas de cada povo, os países vão construindo ao longo do tempo, ou através de novas Cartas Constitucionais, suas fórmulas de separação de poderes⁵⁴. E embora se procure classificar esses modelos em um dos dois sistemas clássicos de governo – parlamentar ou presidencial –, a verdade é que também já não há exemplos puros desses sistemas, mas sim fórmulas mistas. Breves notas a respeito das práticas políticas inglesas, bem como dos modelos criados pela Constituição Francesa de 1958 e suas emendas e pela Constituição Brasileira de 1988 são capazes de demonstrar esse ponto.

Já se referiu anteriormente à evolução histórica que deu origem ao sistema inglês atual, denominado de parlamentarismo “monista”. Conforme se deixou registrado, a prática política inglesa cunhou um sistema absolutamente particular, no qual a maioria parlamentar e o governo formam uma unidade de poder tão consistente que há quase uma confusão entre Legislativo e Executivo (daí a qualificação de “monista”).

Com efeito, não há real oposição entre maioria parlamentar e Executivo, uma vez que as decisões são, em geral, tomadas em conjunto ou referendadas pelos parlamentares. Aparentemente, tal sistema acabaria por concentrar no bloco governista um conjunto amplíssimo de poderes sem qualquer contraponto, já que Legislativo e Executivo não se controlam mutuamente. Nada obstante, assim não acontece, principalmente em função da atuação dos partidos de oposi-

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 219: “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais”.

⁵⁴ ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. CDCCP – RT 27/9 e ss.

ção. Na realidade, essa é uma tendência observada em muitos sistemas parlamentares, nos quais a antiga separação entre Executivo-Legislativo foi substituída pela separação entre maioria governamental e oposição, desempenhando esta o papel de poder contraposto ao bloco majoritário⁵⁵. O Professor Vital Moreira bem percebeu o fenômeno e o registrou nos seguintes termos, *in verbis*:

*Em terceiro lugar, os postulados clássicos da separação de poderes entre o legislativo e o executivo também deixaram de ter correspondência na realidade. Especialmente nos países de sistema parlamentar com partido ou coligação majoritária, a idéia de separação de poderes entre legislativo e executivo e de subordinação deste àquele não fazem hoje grande sentido. A separação hoje relevante é a que se estabelece entre maioria governamental e a oposição, e a questão constitucionalmente mais importante deixou de ser apenas ou sobretudo a supremacia do legislativo sobre o executivo mas sim as garantias da oposição face ao poder da maioria existente no governo e no parlamento. (grifos no original)*⁵⁶.

Na França, diferentemente, foi a instabilidade do sistema parlamentar das III e IV Repúblicas (nos doze anos da IV República – de 1946 a 1958 – se sucederam 22 gabinetes) que conduziu à criação de um modelo *sui generis* batizado por Maurice Duverger de “*semipresidencialismo*”⁵⁷, no qual o sistema parlamentar convive com um Chefe de Estado dotado de poderes especialmente amplos.

O modelo francês, criado pela Constituição de 1958 e pelas reformas constitucionais de 1962 e 1974, é consideravelmente complexo e não se pretende apresentá-lo de forma completa, mas apenas pontualmente, sobretudo naqueles aspectos que se opõem ao modelo clássico de separação de poderes, consolidado no século passado.

Com efeito, a supremacia do parlamento, embora continue sendo um princípio fundamental da organização política francesa, já não é mais a mesma. A Constituição de 1958, inovando no ponto, listou as matérias de competência de lei, permitindo que as demais sejam disciplinadas pelo Executivo por meio de decretos. Mesmo em relação às matérias de competência legislativa, é possível a delegação ao Executivo, que poderá editar uma espécie de lei delegada (*ordonnances*)⁵⁸.

⁵⁵ Confira-se sobre o tema: BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 328 e ss.; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 241 e ss.

⁵⁶ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 183.

⁵⁷ BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1995; DUVERGER, Maurice. *Le Système Politique Français: Droit Constitutionnel et Science Politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996; GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Montchrestien, 1987.

⁵⁸ A lei que autoriza a delegação deverá fixar o prazo da delegação, o prazo no qual a *ordonnance* deverá ser submetida ao Legislativo para ratificação, bem como as diretrizes gerais para a matéria a ser regulamentada

Vale notar que tanto os decretos como as *ordonnances* (antes da ratificação pelo Parlamento), por se tratarem de atos formalmente administrativos – ainda que materialmente normativos –, poderão ser invalidados judicialmente no âmbito de uma disputa concreta⁵⁹. Por outro lado, embora não se admita o controle judicial da lei produzida pelo parlamento (nem incidental nem abstratamente), o Conselho Constitucional, órgão político e fora da estrutura jurisdicional, poderá impedir a promulgação de projeto de lei que considere inconstitucional⁶⁰, embora a última palavra caiba afinal ao parlamento, juntamente com o governo, que poderão reformar a Constituição e implementar o projeto⁶¹. De toda forma, embora a validade das leis elaboradas pelo Legislativo não possa ser discutida, há um conjunto de outras espécies normativas que estão hoje sujeitas a alguma espécie de controle judicial.

Quanto à relação entre Executivo e Legislativo, o regime constitucional atual optou por fortalecer consideravelmente o primeiro. Além da ampliação dos poderes legislativos do Executivo, o Presidente passou a ser eleito diretamente, bem como detém o poder de submeter projetos a referendo popular, o que, historicamente, tem se mostrado uma importante competência, como forma de contornar a oposição do Parlamento⁶². Ademais, o Presidente poderá também ser investido de poderes extraordinários, que a Carta não especifica, em caso de grave crise nacional (art. 16).

A Constituição procurou também dificultar a apresentação de moção de censura contra o Executivo⁶³, como compreensível reação à instabilidade da III e IV Repúblicas, o que vem garantindo grande estabilidade aos governos.

pelo Executivo (art. 38). Embora a *ordonnance* tenha de ser submetida à ratificação do Parlamento, não há prazo para que o Legislativo as ratifique. De fato, a maioria das *ordonnances* até hoje editadas jamais foi ratificada.

⁵⁹ Em função da tradicional separação rígida de poderes, especialmente no que diz respeito ao Judiciário, desde a Revolução há na França duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a jurisdição judiciária propriamente dita, cujo órgão de cúpula é a Corte de Cassação e que decide litígios entre particulares e questões penais, e a jurisdição administrativa, cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado, cabendo-lhe apreciar todos os litígios de natureza não penal que envolvam particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública. Historicamente, o Conselho de Estado tem desempenhado um papel fundamental na defesa das liberdades públicas, construindo noções como o excesso de poder, capazes de anular atos administrativos que atentem injustificadamente contra os direitos e as liberdades individuais.

⁶⁰ O controle de constitucionalidade pelo Conselho é obrigatório no caso de leis orgânicas, mas facultativo quanto às demais leis e tratados, dependendo, neste caso, da provocação de algum legitimado. A reforma constitucional de 1974 ampliou a legitimação para esse fim, permitindo que 60 deputados ou 60 senadores levem ao Conselho Constitucional o exame de qualquer projeto de lei. Vale notar que Conselho tem outras atribuições, como decidir sobre a regularidade das eleições do Presidente, deputados e senadores (arts. 58 e 59), bem como zelar pelo respeito à repartição de competências entre executivo e legislativo.

⁶¹ O que já aconteceu, em 1992, para a promulgação do Tratado de Maastricht, e em 1993, em um caso envolvendo concessão de asilo.

⁶² A emenda constitucional de 1962 que introduziu a eleição direta para Presidente foi fruto de um referendo convocado por De Gaulle. Em 1969, diante de novo conflito com o Parlamento, De Gaulle tentou novamente a técnica do referendo, que, no entanto, foi rejeitado, provocando a sua renúncia.

⁶³ Pela reforma de 1995, a moção deverá ser solicitada por 1/10 dos deputados e aprovada, em 48 horas, pela maioria absoluta deles. Os subscritores de uma moção rejeitada não podem subscrever outra na mesma

Quanto à experiência brasileira, a Constituição de 1988 criou uma elaborada malha de competências privativas de cada um dos três poderes, bem como pontos de contato e controle recíprocos entre eles⁶⁴. Com efeito, cada poder é especializado na função que lhe dá nome, sem, no entanto, exercê-la com absoluta exclusividade. Assim, cabe ao Legislativo preponderantemente legislar: produzir o direito, inovar na ordem jurídica; ao Executivo administrar, isto é, aplicar a lei de ofício; e ao Judiciário compete julgar, aplicando a lei contenciosamente⁶⁵.

A Constituição, no entanto, prevê hipóteses em que o Judiciário administra e legisla, o Executivo julga e legisla e o Legislativo administra e julga. Assim se passa quando o Judiciário gerencia toda a administração de seu pessoal bem como de seus serviços (apenas exemplificativamente, confira-se os arts. 93, X e 96), bem como quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos (art. 96, I, “a”), atividade essencialmente legislativa.

O mesmo se pode dizer do contencioso administrativo no âmbito do Executivo (art. 5º, LV) que, embora não exclua a possibilidade de apreciação final pelo Judiciário, representa uma modalidade de atividade judicante. Talvez a faceta mais visível dessa interpenetração entre as funções estatais sejam as competência legislativas próprias conferidas pela Constituição ao Executivo – as medidas provisórias (art. 62) e os decretos autorizados pela Constituição a alterar, como se lei fossem, alíquotas de determinados impostos (art. 153, § 1º).

Assim como o Judiciário, também cabe ao Legislativo administrar seu pessoal e serviços (arts. 51, IV e 52, XIII) sem interferências do Executivo. Por outro lado, o Legislativo tem um papel judicante fundamental quando processa e julga os chamados crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

Além desses pontos de contato, por força dos quais cada poder exerce atividades que não correspondem à sua especialidade funcional, a Constituição prevê também um conjunto de controles recíprocos entre os poderes.

O Judiciário tem competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo invalidando-os se for o caso (arts. 5º, LXIX, 102, I, “a”, 125, § 2º). Por outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – são integrados mediante nomeação do Presidente da República, com a prévia aprovação dos nomes dos Ministros pelo Senado Federal (arts. 101 e 104).

sessão. A experiência tem demonstrado que a oposição dificilmente consegue formar novo grupo de 1/10 dos deputados para apresentar nova moção de censura.

⁶⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Interferências entre poderes do estado (Frições entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988)*, RILSF 103/5 e ss.

⁶⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4 e ss.

O Executivo, além de participar da formação do Poder Judiciário, como referido, tem um papel fundamental na atuação do Legislativo, uma vez que, ao lado de suas competências legislativas próprias, a Constituição lhe confere a iniciativa privativa para o processo legislativo em relação a um considerável conjunto de matérias (art. 61), bem como o poder de veto (art. 66). O desrespeito de qualquer dessas regras, como se sabe, acarreta a inconstitucionalidade formal da lei cujo processo legislativo foi irregular⁶⁶.

Por fim, ao Legislativo, especificamente ao Senado Federal, compete aprovar, como já referido, os nomes indicados pelo Executivo para o STF e o STJ. Na relações com o Executivo, cabe-lhe aprovar previamente a escolha de nomes indicados para uma série de cargos no âmbito da Administração (v.g., presidente e diretores do Banco Central, chefes de missão diplomática em caráter permanente etc. – art. 52, III, “d” e IV). Além disso, cabe ao Senado uma função vital de controle do endividamento público, fixando os limites dentro dos quais as Administrações da União, Estados e Municípios podem transitar na matéria (art. 52, V, VI, VII, VIII, IX).

A Constituição confere ainda ao Poder Legislativo uma ampla competência fiscalizatória, especialmente dos atos do Executivo (art. 49, X), que vai desde a possibilidade de sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa conferida ao Executivo (art. 49, V), até a sustação de atos (art. 71, X)⁶⁷ e contratos (art. 71, § 1º) firmados pela Administração que sejam considerados ilegais.

O que se pode perceber, na realidade, é que qualquer dos três modelos – o inglês, o francês ou o brasileiro –, acima descritos em linhas muito gerais, é apenas um dentre uma diversidade de outras fórmulas capazes de implementar a idéia da separação dos poderes.

3 A MAIORIA DEMOCRÁTICA E SEUS LIMITES

A existência de um órgão representativo ao qual, por meio da regra majoritária, cabe decidir a respeito da vida social é uma decorrência do princípio moderno da separação dos poderes, mas vai além dele. Na verdade, seu fundamento último reside no pressuposto de que todos os homens são iguais, axioma que foi sendo construído ao longo do tempo, através de um processo próprio e distinto do da idéia da separação de poderes⁶⁸.

⁶⁶ “A sanção do projeto, verificada na espécie, não tem o efeito de suprir a falta de iniciativa, não prevalecendo a Súmula 5, que traduzia a jurisprudência predominante no STF no regime da Constituição de 1946”. (STF – RTJ 127/811).

⁶⁷ Vale notar que a sustação de ato unilateral poderá ser feita, nos casos de ilegalidade, pelo Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo para fiscalização (art. 71, X). No caso de contratos, no entanto, apenas o próprio Legislativo pode sustá-los (art. 71, § 1º).

⁶⁸ Basta lembrar, por exemplo, como exposto, que a teoria de Montesquieu a respeito da separação de poderes não parte da idéia de que todos os homens são iguais.

É desnecessário discorrer sobre esse processo detalhadamente, valendo apenas registrar três momentos fundamentais desse percurso: o Cristianismo⁶⁹, o iluminismo-humanista e a obra de Immanuel Kant⁷⁰.

A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus sucessores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. A consequência que se extrairia naturalmente dessa circunstância, mas que foi expressamente verbalizada pelo apóstolo São Paulo e pelos Pais da Igreja, diz respeito à igualdade essencial dos homens. A conhecida declaração “*Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.*”⁷¹, teve um compreensível efeito subversivo no mundo romano.

Muitos séculos depois, o movimento iluminista, com sua crença fervorosa na razão, comum a todos os homens, foi o responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. Uma das consequências do desenvolvimento teórico do humanismo será precisamente o exercício democrático do poder. Com efeito, a regra majoritária era a fórmula de deliberação política capaz de respeitar a igualdade essencial de cada homem.

Em terceiro lugar, e seguindo o curso histórico, não se pode deixar de mencionar a obra de Immanuel Kant. É Kant quem vai apresentar a formulação mais consistente – e evidentemente mais complexa – da natureza humana e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as criações do próprio homem e da natureza.

No que mais diretamente interessa para esse estudo, e de uma forma bastante simplificada, pode-se dizer que, para Kant, cada homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da Sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Essa concepção se harmoniza com o que se afirmou acima a respeito da necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade, instrumentos, na exposição de Kant, capazes de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais.

De fato, a separação de poderes, em seu modelo clássico, confere a um órgão – o Legislativo – o poder de elaborar as leis. Entretanto, como consequên-

⁶⁹ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3 e ss.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997. p. 31 e ss. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. 7. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 108; HASSNER, Pierre. Immanuel Kant. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Ed.). *History of political philosophy*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. p. 581 e ss.

⁷¹ A referência consta da carta escrita pelo apóstolo Paulo aos Gálatas, capítulo 3, verso 28.

cia da igualdade de todos os homens, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade só pode pertencer à própria coletividade, isto é, ao conjunto dos indivíduos. Ademais, uma vez que a opinião de cada um tem idêntico valor, o único critério de decisão admissível, em tese, é o majoritário. A soberania popular democrática é, portanto, antes de tudo, um corolário da idéia de igualdade⁷².

De logo já se pode observar que se a separação de poderes é, em si, basicamente instrumental, a regra da maioria democrática realiza um valor próprio que é a manifestação da igualdade no exercício do poder político. Mesmo em países, como o Brasil, em que o chefe do Executivo também é escolhido através de eleições diretas, o parlamento continua a representar de forma mais fiel os diferentes grupos que compõem a sociedade.

Desse modo, não há dúvida de que quando o Judiciário declara inconstitucional uma lei ou concretiza diretamente determinado comando constitucional, cuja integração foi negligenciada pelo legislador, há aí uma espécie de interferência, mais do que de um poder sobre o outro, de uma legitimidade – a da Justiça Constitucional – sobre outra: a legitimidade majoritária. A questão é precisamente saber se essa interferência é legítima e, se o é, em que medida. O primeiro passo nesse mister é examinar a consistência da legitimidade majoritária; se se trata de um princípio absoluto ou se ele admite restrições. Caso estas sejam admitidas, vale verificar em que circunstâncias, e por quais razões são elas admitidas.

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que democracia não é sinônimo de regra majoritária, e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dois mais recentes e famosos a Assembléia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não⁷³. É nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais⁷⁴.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 311: "As raízes do princípio maioritário reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação. Se a liberdade de participação democrática é igual e vale para todos os cidadãos, então o estabelecimento vinculativo de uma determinada ordenação jurídica pressupõe, pelo menos, a concordância da maioria".

⁷³ LAVILLA, Landelino. *Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo*. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 58-72. QUADRA, Tomás de la; PERGOLA, Antonio La; GIL, Antonio Hernández; RODRIGUEZ-ZAPATA, Jorge; ZAGREVELSKY, Gustavo; P. BONIFACIO, Francisco; DENNINGER, Erhardo; HESSE, Conrado. *Metodos y criterios de interpretacion de la constitucion*. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 134; SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*, RILSF 121. p. 77: "(...) los derechos son, simultáneamente, la conditio sine qua non del Estado constitucional democrático".

⁷⁴ PINILLA, Ignacio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 91: "(...) dos posturas igualmente insatisfactorias, la prioridad de la democracia sobre los derechos humanos, y la

Com efeito, o princípio da igualdade, que subjaz a regra da maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana e que lhe possibilita, afinal, serem considerados iguais aos demais. Se assim não fosse, a igualdade tão propalada seria meramente circunstancial: dependeria de se fazer ou não parte da maioria, e não essencial, como decorrência da natureza humana.

Essa preocupação com o limite da atuação das maiorias está presente na própria lógica da formulação das constituições escritas em geral, e especialmente nas rígidas. A idéia, desenvolvida com maior clareza após a Segunda Guerra Mundial, e a qual se voltará adiante, é de que se deve inserir nas Constituições o consenso mínimo da sociedade, que haverá de ser respeitado independentemente das tendências da maioria temporária que porventura esteja ocupando o poder⁷⁵.

Além dos direitos fundamentais, também devem estar fora da deliberação do legislador a própria regra de deliberação majoritária, sob pena do sistema destruir-se a si próprio⁷⁶.

Assim é que boa parte das Constituições não apenas exigem um procedimento mais complexo para alteração de suas normas, como chegam a vedar completamente o acesso do Legislativo a determinadas matérias, através de cláusulas imodificáveis ou pétreas. Mesmo as Constituições flexíveis, como a britânica, tem na tradição um poderoso elemento de contenção da atuação legislativa⁷⁷.

A conclusão, também aqui, é que a regra da maioria, embora essencial para o exercício da democracia, não se confunde com esta e nem pode ser tomada em termos absolutos, admitindo-se, para manutenção da própria democracia, algumas restrições fundamentais à sua aplicação.

prioridad de los derechos humanos sobre la democracia (...) todo dependerá del significado que vayamos a atribuir al concepto de democracia. (...) Si, por el contrario, definimos la democracia como un conjunto de reglas del juego, de carácter exclusivamente procedimental (...) los derechos humanos se presentarán como un prius lógico com relación a ala democracia".

⁷⁵ VILLALON, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 86 e ss.

⁷⁶ SOBRINHO, Jorge Hage. "Democracy and distrust – A Theory of judicial review" – *John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça, 48 (186)/201-225, jul./dez. 1995. p. 203-209.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 311: "A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer 'absolutismo da maioria' e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias". A maioria não pode dispor de toda a 'legalidade', ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade subrepõe-se ao princípio maioritário".

4 DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto acima, nem a separação de poderes nem a regra de deliberação majoritária são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses. A questão que se coloca neste ponto é: o que confere ao controle de constitucionalidade legitimidade para ser uma dessas exceções?

A primeira resposta a essa pergunta está na própria previsão constitucional do controle de constitucionalidade das leis, bem como na superioridade hierárquica da Constituição. A legitimidade do controle decorre, antes de mais nada, da própria Constituição que o prevê. Ainda que assim não fosse, entretanto, é apenas lógico, no processo de aplicação do direito, que o Judiciário privilegie a norma constitucional em detrimento de uma norma hierarquicamente inferior que a ela se oponha (embora este raciocínio só sirva de fundamento para as hipóteses de inconstitucionalidade por ato comissivo, e não nos casos de omissão inconstitucional)⁷⁸.

Ademais disso, e sem pretender esgotar o tema, é possível apontar ainda outros três fundamentos para a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, na extensão que será referida, sendo dois deles principais e um acessório. Os dois principais dizem respeito à normatividade da Constituição e à sua própria natureza. O acessório se refere à participação do Legislativo na regulamentação do próprio controle de constitucionalidade. Confira-se.

4.1 Natureza normativa da Constituição

A Constituição, como já referido, é norma jurídica, daí decorrendo, portanto, a legitimidade básica do controle de constitucionalidade. Com efeito, se a Constituição é norma, cabe ao Judiciário, no Estado de Direito, aplicar as normas jurídicas, velando para que elas sejam respeitadas e seus efeitos, quando não cumpridos espontaneamente, obrigatoriamente realizados⁷⁹. Francisco Fernández Segado resume o ponto, *in verbis*:

⁷⁸ CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 226: "Hay un equilibrio o balanceo entre la función subordinada de aplicar el derecho vigente tal como es creado por los otros poderes, y el poder de impedir su aplicación en defensa de la supremacía de la constitución. Y esto sí tiene que ver con la división de los poderes, porque hay uno – el judicial – que contiene y contrae a los otros dentro del marco de la constitución suprema. El aplicar el derecho 'tal como es' involucra el aplicar prioritariamente la constitución, porque el derecho 'tal como es' está encabezado por ella, y eso significa que el derecho infraconstitucional opuesto a la constitución ('tal como es') carece de validez por ser inconstitucional, y sólo el poder judicial puede declararlo, porque se trata de un conflicto de derecho".

⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 78 e ss.

*El carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado en nuestros días, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo sus preceptos, como regla general, sin perjuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica*⁸⁰.

Ora, se as relações no âmbito do Estado se baseiam no direito, e se a Constituição é direito, é apenas natural e indispensável que haja um órgão capaz de assegurar a realização dessa ordem jurídica – impondo-lhe o cumprimento, ainda contra a vontade dos indivíduos – e meios próprios para provocar a ação desse órgão⁸¹. O controle de constitucionalidade pretende precisamente fornecer os meios processuais próprios pelos quais se poderá dispor de tutela jurídica em relação às normas constitucionais.

Esse ponto, embora fundamental para a legitimidade da jurisdição constitucional exige uma elaboração um pouco mais sofisticada, já que, nada obstante serem normas jurídicas como as demais, as normas constitucionais apresentam uma série de peculiaridades que não podem ser desconsideradas⁸². Isso é o que se passa a expor no ponto seguinte.

4.2 A natureza da Constituição

A Constituição é um documento normativo ímpar no conjunto do ordenamento, por uma variedade de razões. Uma delas é que cabe à Constituição – o pressuposto com o qual se trabalha é de uma Constituição democrática – realizar dois objetivos: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político.

Em primeiro lugar, cabe à Constituição tomar determinadas decisões políticas fundamentais, dentre as quais, por exemplo e com destaque, a de garantir um mínimo de direitos aos indivíduos. São decisões plenamente judicializadas e que são colocadas pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política das maiorias⁸³. A idéia, já referida, que está no substrato dessa con-

⁸⁰ SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. RILSF 121. p. 80

⁸¹ LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1991. p. 176 e ss. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 369-520.

⁸² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 101 e ss. O autor aponta quatro espécies de peculiaridades que singularizam as normas constitucionais: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

⁸³ QUADRA, Tomás de la. *Interpretación de la constitución y organos del estado*. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretación – Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 34: "La Constitución, para la actividad política, es un fundamento y un marco de referencia dentro del cual puede y debe moverse con libertad. La Constitución, en cambio, para el órgano constitucional encargado de velar por su aplicación, es la norma mínima a respetar".

cepção, e foi reforçada com a experiência da Segunda Guerra Mundial, é que a democracia é mais do que a simples aplicação da regra majoritária.

Na verdade, se a regra da maioria surge como a fórmula de viabilizar, na deliberação política, a idéia de igualdade essencial de todos os homens, não haveria qualquer sentido em permitir que o grupo majoritário, uma vez instalado no poder, tivesse liberdade tão ampla a ponto de poder se voltar contra a igualdade que lhe deu origem para violar os direitos dos membros da minoria ou para alterar a própria regra majoritária. É indispensável, portanto, que as maiorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição. Estes pontos são tão essenciais – uma espécie de consenso mínimo – que qualquer grupo que venha a exercer o poder, qualquer ideologia que venha a ser escolhida pelo povo terá de respeitá-los. Simplesmente não se admite que não o façam⁸⁴.

Na outra ponta, o segundo objetivo de uma Constituição democrática é assegurar o pluralismo político⁸⁵. Isto é: garantir a abertura do sistema e o exercício democrático de modo que o povo possa, a cada momento, decidir, através de seus representantes, qual o caminho a seguir⁸⁶.

Os dois objetivos se encontram na medida em que qualquer opção que o povo faça terá necessariamente de respeitar aquele consenso mínimo assegurado pela Constituição⁸⁷. Note-se, como registrado, que essas normas básicas intangíveis têm também um papel fundamental de garantir o regular funcionamento do próprio mecanismo democrático, de modo a impedir que uma maioria venha a destruí-lo. Por outro lado, não cabe à Carta definir de forma integral e definitiva a respeito da vida política do povo, o que caberá a este mesmo, a cada nova oportunidade eleitoral.

Desse modo, há um conjunto de normas constitucionais que diz respeito àquele consenso mínimo e que, por isso mesmo, poderão ser objeto de amplo controle judicial não apenas para impedir que sejam violadas, como também para assegurar a produção dos efeitos por elas pretendidos. Esse é o campo de

⁸⁴ PIREZ, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e principio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 170.

⁸⁵ Consagrado no inc. V, do art. 1º da Constituição Brasileira de 1988.

⁸⁶ QUADRA, Tomás de la. Interpretacion de la constitucion y organos del estado. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 35.

⁸⁷ Salvo, evidentemente, se sobreviver um novo poder constituinte originário. QUADRA, Tomás de la; PERGOLA, Antonio La; GIL, Antonio Hernández; RODRIGUEZ-ZAPATA, Jorge; ZAGREVELSKY, Gustavo; BONIFACIO, Francisco P.; DENNINGER, Erhardo; HESSE, Conrado. Metodos y criterios de interpretacion de la constitucion. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 136: "Es evidente que esse pluralismo político está dirigido a que las distintas concepciones ideológicas o políticas que existen en la sociedad tengan la oportunidad de plasmar su concepción particular acerca de los valores superiores de libertad, justicia e igualdad. Es evidente que hay un núcleo esencial de esos valores y de los derechos fundamentales que deben ser respetados por cualesquiera de estas opciones."

trabalho do direito e da Justiça Constitucional, não estando tais regras à disposição da deliberação política⁸⁸.

Nada obstante, há também um campo reservado à deliberação democrática, em relação ao qual a Constituição fixa diretrizes genéricas, cabendo ao Legislativo decidir as formas de implementação, ainda que vinculado a tais diretrizes. Essa é a esfera do político e faz parte das particularidades da Constituição garantir que esse campo lhe seja reservado.

A grande questão é saber, e aqui se faz apenas o registro da questão, o que é exatamente que está contido nesse mínimo consensual, esse núcleo das decisões fundamentais da Constituição.

O controle de constitucionalidade, portanto, poderá ser exercido amplamente no que diz respeito àquele primeiro grupo de normas. Quanto a este último, ao Judiciário só caberá invalidar a norma que não puder ser compatibilizada com a diretriz constitucional.

4.3 Participação do Legislativo na elaboração das regras do controle de constitucionalidade

Além dos dois fundamentos acima enunciados, que dizem respeito à própria natureza da norma constitucional e à sua legitimidade como parâmetro controlador da validade das leis, um outro se agrega de espécie totalmente diversa. É que, na maior parte dos países de tradição romano-germânica, nada obstante a previsão constitucional do controle de constitucionalidade (especialmente aquele por via de ação principal), é a própria lei que vai regulamentar como esse controle será implementado, suas modalidades e seus efeitos.

Assim, pontos fundamentais para determinar a amplitude do controle – como, v.g., os legitimados, o quórum de deliberação, os efeitos da decisão – passam previamente por uma discussão no âmbito do Legislativo.

O exercício da jurisdição constitucional, ou ao menos boa parte dele, recebe, desse modo, uma regulamentação elaborada pelo próprio Legislativo, cuja participação vem agregar sua própria legitimidade àquela decorrente da Constituição⁸⁹.

⁸⁸ ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e principio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 80.

⁸⁹ LAVILLA, Ladelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdiccion constitucional y poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). *Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional*. Tecnos, Madrid, 1997. p. 59: "Para hacer efectivo el control del poder legislativo, la Constitución recurre, pues, al próprio legislador ordinario (...)".

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu contribuir para esclarecer as relações entre o controle de constitucionalidade e as idéias de separação de poderes e deliberação majoritária democrática. O cenário do debate é, sem dúvida, a concepção normativa da Constituição e o notável crescimento das modalidades de controle judicial de constitucionalidade das leis, o que, nos países de tradição romano-germânica, vem retirando o Judiciário de uma posição tradicionalmente subalterna e conferindo-lhe a estatura de um poder político-constitucional como os demais. Nada obstante, este ainda é um processo em curso em muitos países, dentre os quais o Brasil.

O que se pretendeu neste estudo foi precisamente apresentar alguma contribuição para delimitar de forma mais clara os espaços de cada um dos poderes na matéria, especialmente no que diz respeito ao Legislativo e Judiciário, através do estudo da separação de poderes e da regra da deliberação majoritária. Em desfecho de tudo que se expôs, é possível compendiar suas idéias básicas em algumas proposições objetivas.

- 1) O princípio da separação de poderes tem um caráter instrumental e sua formulação tem como pano de fundo histórico a necessidade de controlar o poder político, evitando sua concentração, e como fim último a garantia dos direitos e liberdades individuais.
- 2) Afora o elemento fundamental da idéia de separação de poderes, que pode ser referido sinteticamente como a necessidade de que o poder seja controlado por alguma forma de limite ou poder contraposto, não há um modelo único de separação de poderes que precise necessariamente ser adotado. Na verdade, cada país – países democráticos, note-se – adota o modelo que lhe convém, de acordo com suas peculiaridades históricas e culturais.
- 3) A propalada crise da separação de poderes é, na verdade, a crise de um modelo específico de separação de poderes – aquele consolidado pelas Revoluções Burguesas no século passado que consagra a supremacia do parlamento e da lei. Com a crise dos parlamentos em todo o mundo, esse modelo encontra-se em fase de superação. O princípio da separação de poderes, no entanto, continua íntegro.
- 4) A regra de deliberação majoritária não é sinônimo de democracia, que exige, para além da maioria, a garantia de um conjunto mínimo de direitos fundamentais para todos os indivíduos.
- 5) A história demonstra que as maiorias também podem ser cruelmente totalitárias, impondo-se sua limitação. Modernamente, essa limitação é levada a cabo pelas Constituições que procuram excluir determinados temas do debate político, especialmente a garantia irrestrita dos direitos fundamentais – tanto para as maiorias, como para as minorias

- e as regras da própria deliberação majoritária, de modo a garantir-se a permanente abertura do sistema democrático.
- 6) Tanto a separação de poderes como a regra majoritária não são elementos absolutos, admitindo restrições, dentre as quais estará o controle de constitucionalidade das leis.
- 7) O controle de constitucionalidade apresenta quatro fundamentos básicos de legitimação. Os dois primeiros são a própria previsão constitucional do controle e a superioridade hierárquica da Constituição. O terceiro fundamento é a normatividade da Constituição, que exige, como as normas em geral, uma forma de tutela para sua implementação nas hipóteses de violação. Por fim, particularizando a respeito da natureza da Constituição, o controle de constitucionalidade se legitima em maior profundidade e amplitude em relação às normas constitucionais que formam o núcleo de consenso mínimo a que qualquer maioria estará vinculada, independentemente de seus matizes ideológicos. Destacam-se nesse campo um conteúdo básico dos direitos fundamentais, em relação ao qual caberá ao Judiciário não apenas impedir a violação, como também zelar pelo implemento.
- 8) Há ainda um fundamento acessório de legitimidade, que se aplica aos países de tradição romano-germânica, que é a participação do Legislativo na elaboração da legislação ordinária regulamentadora do controle de constitucionalidade.

6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch – The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998.
- _____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4. ed. Tradução. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997.
- _____. *Estado, Governo, Sociedade*. 7. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de Política**. 12. ed. Tradução de Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BURDEAU, Georges; HAMON Francis; TROPER, Michel. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1995.

CALABRESI Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York-London: W.W. Norton & Company, 1978.

CAMPOS, German J. Bidart. **La interpretacion y el control constitucionales en la jurisdiccion constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Tradução de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: AGIR, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin A teoria constitucional e o direito alternativo. In: **Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas**. São Paulo: RT, 1995.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e a Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

DÍEZ-PICAZO, Luis; OLEA, Manuel Alonso; CUÉLLAR, Antonio G.; MOVILLA, Claudio; HESSE, Konrad; PERGOLA, Antonio La. Constitucionalidad, derecho comunitario europeo y jurisdiccion ordinaria. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). **Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997.

DUVERGER, Maurice. **Le Système Politique Français: Droit Constitutionnel et Science Politique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **RTDP 9/40** e ss.

Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 08/09/10, anos 2000/2001/2002. p. 281-312.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1993.

GICQUEL, Jean. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Montchrestien, 1987.

GROPPELLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. São Paulo: Saraiva, 1965.

HASSNER, Pierre. Immanuel Kant. In: STRAUSS, Leo; CROUSEY, Joseph (Eds.). **History of political philosophy**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999.

LARENZ, Karl. **Derecho justo – Fundamentos de etica jurídica**. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1991.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

LAVILLA, Lancelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdiccion constitucional y poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). **Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro político da burguesia. In: **Cinco Estudos**. Rio de Janeiro: FGV, 1955.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LOWENTHAL, David. Montesquieu. In: STRAUSS, Leo; CROUSEY, Joseph (Eds.). **History of political philosophy**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Buenos Aires: Tecnos, 1999.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Interferências entre poderes do estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988). **RILSF 103/5** e ss.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINILLA, Ignacio Ara. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1994.

PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

QUADRA, Tomás de la. Interpretacion de la constitucion y organos del estado. In: PINA, Antonio Lopes (Org.). **Division de poderes e interpretacion – Hacia una teoria de la praxia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997.

REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. **CDCCP – RT 27/9** e ss.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. **RILSF 121**.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998 (a primeira edição é de 1967).

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

- A dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho 55
- Administração pública. Limitação e sacrifício de direitos - o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. Patrícia F. Baptista. 119
- Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural 255
- Ana Paula de Barcellos. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. 281
- Aquisição por testamento. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. Guilherme Calmon Nogueira da Gama 11
- Artur de Brito Gueiros Souza. O instituto da transferência de presos. 163

C

- Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. Guilherme Calmon Nogueira da Gama 11
- Conflito. Multiculturalismo e direitos humanos. Vicente de Paulo Barretto 215
- Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador. José Marcos Domingues de Oliveira 63
- Controle de constitucionalidade. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. Ana Paula de Barcellos 281

D

- Democracia. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. Ana Paula de Barcellos 281
- Devedor. Empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor. Mauricio Mota 235

- Direito constitucional. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Luís Roberto Barroso83
- Direito financeiro. Princípio da transparência no direito financeiro. Ricardo Lobo Torres137
- Direito societário. Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho55
- Direitos humanos e multiculturalismo: um conflito insolúvel? Vicente de Paulo Barretto215
- Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho55

E

- Empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor. Mauricio Mota235

F

- Fato gerador. Finalidade. Contribuições para-fiscais. José Marcos Domingues de Oliveira63
- Filosofia. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Luís Roberto Barroso83
- Fim da sociedade anônima. Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho55
- Finalidade. Fato gerador. Contribuições para-fiscais. José Marcos Domingues de Oliveira63
- Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Luís Roberto Barroso83

G

- Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento11

I

- Ideologia. Lei: a névoa ideológica do juiz. Sérgio Verani199
- Instituto da transferência de presos. Artur de Brito Gueiros Souza163

- Intervenção. Propriedade. Limitação e sacrifício de direitos - o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. Patrícia F. Baptista 119

J

- José Marcos Domingues de Oliveira. Contribuições para-fiscais, finalidade e fato gerador. 63
- Juiz. Lei: a névoa ideológica do juiz. Sérgio Verani 199

L

- Legitimidade. Controle de constitucionalidade. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. Ana Paula de Barcellos 281
- Lei: a névoa ideológica do juiz. Sérgio Verani 199
- Limitação e sacrifício de direitos - o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. Patrícia F. Baptista 119
- Luís Roberto Barroso. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) 83

M

- Mauricio Mota. Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor 235
- Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? Vicente de Paulo Barretto 215

O

- O instituto da transferência de presos. Artur de Brito Gueiros Souza 163
- O princípio da transparência no direito financeiro. Ricardo Lobo Torres 137
- O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 255
- Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor. Mauricio Mota 235

P

- Paradigmas romanos de proteção ao devedor. Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil. Mauricio Mota235
- Parafiscalidade. Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador. José Marcos Domingues de Oliveira63
- Patrícia F. Baptista. Limitação e sacrifício de direitos - o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada.119
- Patrimônio cultural. Proteção. Tombamento. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves255
- Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Luís Roberto Barroso83
- Pós-positivismo, teoria crítica e pós-modernidade. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Luís Roberto Barroso83
- Princípio da transparência no direito financeiro. Ricardo Lobo Torres137
- Propriedade privada. Intervenção. Limitação e sacrifício de direitos - o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. Patrícia F. Baptista119
- Proteção ao devedor. Empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor. Mauricio Mota235
- Proteção ao patrimônio cultural. Tombamento. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves255

R

- Ricardo Lobo Torres. O princípio da transparência no direito financeiro.137
- Roma. Empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor. Mauricio Mota235

S

- S.A. Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho55
- Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. Ana Paula de Barcellos281
- Sergio Campinho. Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim.55
- Sérgio Verani. Lei: a névoa ideológica do juiz.199

- Sociedade. Dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim. Sergio Campinho55
- Sucessão. Testamento. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. Guilherme Calmon Nogueira da Gama11

T

- Teoria crítica, pós-modernidade e pós-positivismo. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Luís Roberto Barroso83
- Teoria. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Luís Roberto Barroso83
- Testamento. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. Guilherme Calmon Nogueira da Gama11
- Testemunho. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. Guilherme Calmon Nogueira da Gama11
- Tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves255
- Transparência. Princípio da transparência no direito financeiro. Ricardo Lobo Torres137
- Transferência de presos. Instituto. Artur de Brito Gueiros Souza163

V

- Vicente de Paulo Barretto. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?215



Esta obra foi impressa em oficinas próprias, utilizando moderno sistema de impressão digital. Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Professores revisores:
Adão Lenartovicz
Dagoberto Grohs Drechsel

Editoração:
Elisabeth Padilha
Emanuelle Milek
Karla Knihs
Luciane Pansolin
Rodrigo Michel Ferreira

Índices:
Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:
Lucas Fontoura

Marcelo Schwb
Willian A. Rodrigues

Acabamento:
Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Bibiane A. Rodrigues
Carlos A. P. Teixeira
Luana S. Oliveira
Lucia H. Rodrigues
Luciana de Melo
Luzia Gomes Pereira
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Maurício Micalichechen
Nádia Sabatovski
Terezinha F. Oliveira

“A justiça é a vingança do homem em sociedade, como a vingança é a justiça do homem em estado selvagem.”

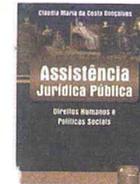
Epicuro



Lançamentos Jurídicos

JURUA EDITORA

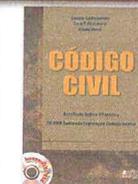
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Assistência Jurídica Pública - 2ª ed.
Direitos Humanos e Políticas Sociais
Cláudia Maria Costa Gonçalves - 110p
ISBN: 978853622768-9



Bens Acessórios
Acessões, Partes Integrantes e Pertenças
Alexandre Pimenta Batista Pereira - 248p
ISBN: 978853622786-3



Código Civil - 13ª ed.
CD-Rom com Mini Vade Mecum, com legislação, jurisprudência e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura - 212p
ISBN: 978853622817-4



Código de Processo Civil - 11ª ed.
CD-Rom Mini Vade Mecum com legislação, jurisprudência e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura - 218p
ISBN: 978853622816-7



Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção
Lei 12.010 de 2009
Apresentação de João Melo, autor do projeto que originou a Lei nº 12.010
Luiz Carlos de Barros Figueiredo - 180p
ISBN: 978853622726-9



Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro
Volume 1 - Artigos 1º ao 153 - 2ª ed.
J. E. Carreira Alvim - 480p
ISBN: 978853622809-9

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



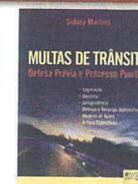
Dicionário de Propriedade Intelectual
Mais de 400 Verbetes Específicos
Nizete Lacerda Araújo e Bráulio M. Guerra - 216p
ISBN: 978853622784-9



Direito à Privacidade dos Dados Genéticos
Gisele Echterhoff - 224p
ISBN: 978853622866-2



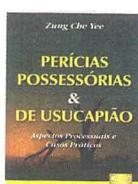
Manual de Direito Imobiliário - 4ª ed.
De Acordo com as Novas Alterações da Lei do Inquilinato
Arthur Rios e Arthur Rios Jr. - 360p
ISBN: 978853622819-4



Multas de Trânsito
2ª ed. - Defesa Prévia e Processo Punitivo
• Legislação • Doutrina • Jurisprudência • Defesa e Recursos Administrativos
Sidney Martins - 336p
ISBN: 978853622789-4



Ônus da Prova
Teorias da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas
Vicente Higinio Neto - 148p
ISBN: 978853622773-3



Perícias Possessórias e de Usucapião - 2ª ed.
Aspectos Processuais e Casos Práticos
Zung Che Yee - 188p
ISBN: 978853622715-3

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais - 4ª ed.
Enézio de Deus Silva Júnior - 252p
ISBN: 978853622771-9



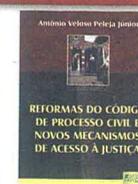
Recurso de Agravo e sua Processualização - 2ª ed.
Avenir P. de Oliveira - 142p
ISBN: 978853622872-3



Recurso Especial - 3ª ed.
Vol. 4 - PPJ - Prática, Processo e Jurisprudência
Paulo Cesar Bachmann Alves - 162p
ISBN: 978853622869-3



Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais • *Recursos das Leis 10.259/01 e 12.153/09* • *Incidentes de Uniformização e Recurso Extraordinário* • *Mandado de Segurança* • *Revisão da Coisa Julgada*
Flávia da S. Xavier e José A. Savaris - 384p
ISBN: 978853622893-8



Reformas do Código de Processo Civil e Novos Mecanismos de Acesso à Justiça
Antônio V. Peleja Júnior - 376p
ISBN: 978853622858-7



União Homofetiva
A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira
Adilson J. Moreira - 420p
ISBN: 978853622673-4

DIREITO AMBIENTAL

Justiça Ambiental na Amazônia
Análise de Casos Emblemáticos
Raimundo Rodrigues Santana - 166p
ISBN: 978853622806-8



Meio Ambiente e Comércio Internacional
Fábio Albergaria de Queiroz - 196p
ISBN: 978853622801-3



Servidão Ambiental no Brasil
Aspectos Jurídicos e Socioambientais
Sônia Leticia de Mélio Cardoso - 222p
ISBN: 978853622889-1



Contratos Agroindustriais de Integração Econômica Vertical
Nunziata Stefania Valenza Paiva - 252p
ISBN: 978853622843-3



Responsabilidade Civil Objetiva no Ato do Trabalho e Atividade Empresarial de Risco
Benedito Aparecido Tuponi Júnior - 188p
ISBN: 978853622865-5



Revista de Direito Empresarial - N. 12 - Julho/Dezembro 2009
Coords.: Marcia C. P. Ribeiro e Oksandro Gonçalves - 184p
ISSN: 1806-910X-00012

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Direito Penal e Povos Indígenas
Coord.: Luiz Fernando Villares - 230p
ISBN: 978853622810-5



Código de Processo Penal Explicado - Teoria e Prática
Leis 11.689/08; 11.690/08; 11.719/08 e 11.900/09
José M. Donegá - 656p
ISBN: 978853622855-6



Tribunal do Júri - 2ª ed. O Novo Rito Interpretado
Rodrigo Fauz Pereira e Silva - 260p
ISBN: 978853622880-8



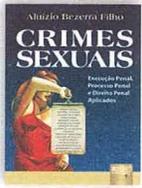
Lei Antidrogas - 3ª ed. Aplicada e Comentada
Conforme a Lei 11.343/06
Aluizio Bezerra Filho - 480p
ISBN: 978853622827-3



Direitos Políticos Fundamentais
E sua Suspensão por Condenações Criminais e por Improbidade Administrativa
Tiago de M. Conceição - 226p
ISBN: 978853622787-0



Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal
André V. de Almeida - 294p
ISBN: 978853622798-6

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Crimes Sexuais - 2ª ed. Anotados e Comentados
Execução Penal, Processo Penal e Direito Penal Aplicados - De acordo com as Leis 11.690/08, 11.719/08 e 12.015/09
Aluizio Bezerra Filho - 432p
ISBN: 978853622224-0



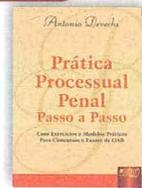
Lei de Execução Penal & Legislação Complementar - 8ª ed. Com as Normas do Sistema Penitenciário Federal - Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 170p
ISBN: 978853622805-1



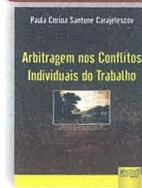
Lei de Execução Penal Anotada - 8ª ed. Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 864p
ISBN: 978853622879-2



Controle Penal das Drogas
Estudo dos Crimes Descritos na Lei 11.343/06
João José Leal e Rodrigo José Leal - 432p
ISBN: 978853622794-8



Prática Processual Penal - 8ª ed. Passo a Passo - Com Exercícios e Modelos Práticos Para Concursos e Exame da OAB
Antonio Devecchi - 252p
ISBN: 978853622849-5



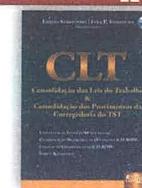
Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho
Paula Corina Santone Carajalescov - 200p
ISBN: 978853622769-6

DRTO. DO TRABALHO

Constituição do Estado do Rio de Janeiro - 10ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 120p
ISBN: 978853622846-4



Lei do Inquilinato
Com as alterações da Lei 12.112, de 09.12.2009
Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 70p
ISBN: 978853622845-7



CLT - Consolidação das Leis de Trabalho & Consolidação dos Provimentos do TST - 6ª ed. CD-ROM com legislação, súmulas e jurisprudência
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 288p
ISBN: 978853622788-7



Código de Normas Corregedorias - Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 220p
ISBN: 978853622775-7



Constituição do Estado do Paraná - 11ª ed. - 2010
Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 92p
ISBN: 978853622888-4



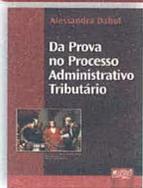
Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - 5ª ed. 2010 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 248p
ISBN: 978853622853-2

DIREITO DO TRABALHO

Contrato de Emprego do Aprendiz - 2ª ed.
Caio F. Santos - 202p
ISBN: 978853622651-4



Os Direitos da Personalidade do Empregado
Em Face do Exercício Abusivo do Poder Diretivo do Empregador
Ana Paula Pavelski - 192p
ISBN: 978853622765-8



Da Prova no Processo Administrativo Tributário - 3ª ed.
Alessandra Dabul - 142p
ISBN: 978853622811-2



Tributos e Encargos do Setor Elétrico Brasileiro - 2ª ed. A Incidência Tributária nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica
Daniel A. Carneiro - 188p
ISBN: 978853622876-1



Direito Internacional Penal
Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal coordenada por Luiz R. Prado e Adel El Tasse
Carlos F. de O. Pereira - 316p
ISBN: 978853622844-0



El Incidente de Nulidad de Actuaciones
Diego M. Fernández - 304p
ISBN: 978853622870-9

LEGISLAÇÃO

Constituição do Estado de São Paulo - 9ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 116p
ISBN: 978853622799-3



Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 154p
ISBN: 978853622780-1



Constituição do Estado de Santa Catarina - 7ª ed. Emendas Constitucionais Detalhado Índice Alfabético
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 154p
ISBN: 978853622639-2



Radiografia da Lei das Eleições 2010 - 6ª ed. Comentários à Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09
Olivar Coneglian - 544p
ISBN: 978853622803-7



Crime de Apropriação Indébita
Previdenciária - 3ª ed. Teoria e Prática (CP, art. 168-A, § 1º, inc. I)
Jefferson A. Dias - 178p
ISBN: 978853622762-7



Economia e Seguridade Social - Análise Econômica do Direito - Seguridade Social
Marco A. Serau Jr. - 136p
ISBN: 978853622914-0

LEGISLAÇÃO

Código de Normas Corregedorias - Geral da Justiça do Estado do Paraná - 12ª ed. CD-Rom com Legislação e Guia de Cartórios
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 600p
ISBN: 978853622898-3



Constituição do Estado de Minas Gerais - 2ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 138p
ISBN: 978853622886-0



Constituição Federal 17ª ed. Especial para Concursos
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 202p
ISBN: 978853622688-0



Estatuto da Cidade & Legislação Complementar 4ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura, Melissa Folmann - 156p
ISBN: 978853622820-4



Estatuto do Desarmamento e sua Regulamentação - 5ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura - 108p
ISBN: 978853622854-9



Ministério Público - Rio de Janeiro - 2ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 134p
ISBN: 978853622882-2

LEGISLAÇÃO

Nova Lei de Falências - 5ª ed.
Lei 11.101, de 09/02/2005
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 100p
ISBN: 978853622822-8



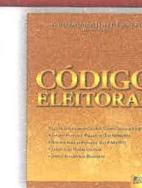
Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 160p
ISBN: 978853622861-7



Código de Trânsito Brasileiro - 22ª ed.
Lei 9.503/97 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 268p
ISBN: 978853622815-0



Estatuto da Advocacia e da OAB - 4ª ed. - 2010
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 114p
ISBN: 978853622818-1



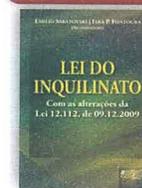
Código Eleitoral - 8ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 164p
ISBN: 978853622814-3



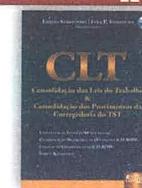
Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 3ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 298p
ISBN: 978853622847-1

LEGISLAÇÃO

Constituição do Estado do Rio de Janeiro - 10ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 120p
ISBN: 978853622846-4



Lei do Inquilinato
Com as alterações da Lei 12.112, de 09.12.2009
Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 70p
ISBN: 978853622845-7



CLT - Consolidação das Leis de Trabalho & Consolidação dos Provimentos do TST - 6ª ed. CD-ROM com legislação, súmulas e jurisprudência
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 288p
ISBN: 978853622788-7



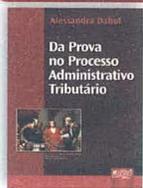
Código de Normas Corregedorias - Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihis - 220p
ISBN: 978853622775-7



Constituição do Estado do Paraná - 11ª ed. - 2010
Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 92p
ISBN: 978853622888-4



Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - 5ª ed. 2010 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 248p
ISBN: 978853622853-2

DIREITO TRIBUTÁRIO

Da Prova no Processo Administrativo Tributário - 3ª ed.
Alessandra Dabul - 142p
ISBN: 978853622811-2



Tributos e Encargos do Setor Elétrico Brasileiro - 2ª ed. A Incidência Tributária nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica
Daniel A. Carneiro - 188p
ISBN: 978853622876-1



Direito Internacional Penal
Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal coordenada por Luiz R. Prado e Adel El Tasse
Carlos F. de O. Pereira - 316p
ISBN: 978853622844-0



El Incidente de Nulidad de Actuaciones
Diego M. Fernández - 304p
ISBN: 978853622870-9

DIREITO DO TRABALHO

DIREITO CONSTITUCIONAL



Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal Atualizado - Lei 8.112/90
Direitos, deveres, proibições, vantagens, processo disciplinar, seguridade social e aposentadoria
Júlio C. L. Brandão - 496p
ISBN: 978853622783-2



Constituição e Constitucionalismo
Gustavo F. Santos - 232p
ISBN: 978853622807-5



Constituição Federal
5ª ed. - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Iara P. Fontoura - 250p
ISBN: 978853622848-8



Direito Humano à Educação e Políticas Públicas
Orgs.: Maria T. U. Gomes - 394p
ISBN: 978853622746-7



Introdução à Contemporânea Teoria dos Direitos Fundamentais
Odoné Serrano Jr. - 170p
ISBN: 978853622867-9

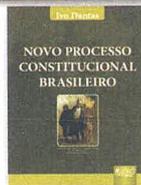


Nova Justiça
Perspectiva e Emancipação do Indivíduo
Marcius Geraldo Porto de Oliveira - 172p
ISBN: 978853622812-9

DIREITO CONSTITUCIONAL



Novo Direito Constitucional Comparado - 3ª ed.
Introdução Teoria e Metodologia
Ivo Dantas - 432p
ISBN: 978853622691-0



Novo Processo Constitucional Brasileiro
Ivo Dantas - 468p
ISBN: 978853622692-7



Política de Cotas em Universidades Brasileiras
Entre a Legitimidade e a Eficácia
Geziela Jensen - 334p
ISBN: 978853622791-7

CONCURSOS



Exame de Ordem - Antonio Deveschi
Contém Provas e Comentários aos Exames da OAB - Cespe/UnB
Prática Processual Civil - 7ª ed. - 266p
ISBN: 978853622831-0
Prática Processual do Trabalho - 7ª ed. - 318p
ISBN: 978853622832-7
Prática Processual Penal - 9ª ed. - 262p
ISBN: 978853622835-8



Guia Prático do Advogado
Para o dia a dia, Concursos e Provas - 6ª ed.
Antonio Deveschi - 166p
ISBN: 978853622826-6

CONCURSOS



Manual Básico de Processo Civil - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
196p - ISBN: 978853622823-5
De Processo do Trabalho - 4ª ed.
198 - ISBN: 978853622824-2
De Processo Penal - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
178p - ISBN: 978853622825-9



Direitos Fundamentais Sociais - 2ª ed.
Releitura de uma Constituição Dirigente
Cláudia Maria da Costa Gonçalves - 282p
ISBN: 978853622864-8



Formação do Juiz
Anotações de uma Experiência
Lourival Serejo - 126p
ISBN: 978853622795-5



Gestão Estratégica do Departamento Jurídico Moderno - Caminhos para a Excelência e Formas de Inserção nas Decisões Empresariais
Coords.: Lara Selem e Leonardo B. Leite - 498p
ISBN: 978853622878-5



Metodologia do Ensino Jurídico - 2ª ed.
Aproximação ao Método e à Formação do Conhecimento Jurídico
Isaac SABBÁ GUIMARÃES - 210p
ISBN: 978853622761-0

TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E METODOLOGIA

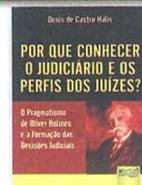
TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E METODOLOGIA



Moderna Teoria do Direito
Adriano Sérgio Nunes Bretas - 608p
ISBN: 978853622868-6



Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX
História do Direito em Jornais e Revistas
Armando S. de Castro Formiga - 202p
ISBN: 978853622790-0



Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juizes? - O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais
Denis de C. Hallis - 240p
ISBN: 978853622774-0



O Problema do Direito em Michel Foucault
Entre Imagens Jurídicas e a Proposta de um Direito Novo
João Chaves - 184p
ISBN: 978853622829-7

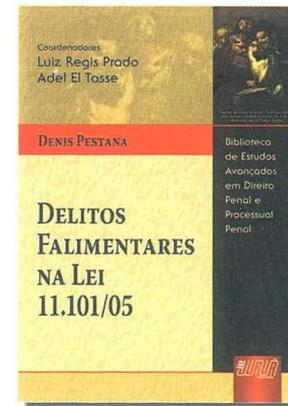
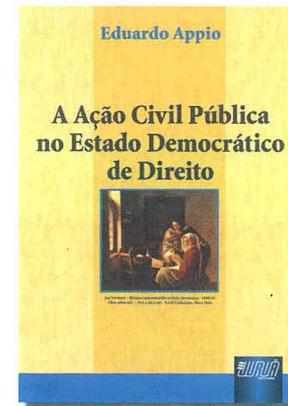


Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio
Gisele M. Salgado - 290p
ISBN: 978853622833-4



Tradução
Da sua Importância e Dificuldade
Newton SABBÁ GUIMARÃES - 218p
ISBN: 978853622850-1

Outras obras da Juruá Editora



Nesta Obra:

DIREITO CIVIL

- Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento

DIREITO COMERCIAL DO TRABALHO

- A dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim

DIREITO DO ESTADO

- Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador
- Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)
- Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada
- O princípio da transparência no direito financeiro

DIREITO PENAL

- O instituto da transferência de presos
- Lei: a névoa ideológica do juiz

DISCIPLINAS BÁSICAS

- Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?
- Os empréstimos do Banco Mundial ao Brasil à luz dos paradigmas romanos de proteção ao devedor

ALUMNI

- O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural
- Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade

