

REVISTA DA
ESMAPE



Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco

33

**Reflexões Sobre a Hipertrofia
do Direito de Propriedade
na Tutela da Reserva Legal e
das Áreas de Preservação
Permanente**

Antônio Herman V. Benjamin

177

**Reflexões Sobre o Futuro Código
de Trânsito Brasileiro**

Fátima Nancy Andzighi

251

**La Funcion de la Criminologia
con Respecto a la Politica
Legislativa Penal**

Günther Kaiser

357

Nós e os Juizes

Joaquim Correia de Carvalho Júnior



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

*Av. Martins de Barros, 593 – Santo Antônio
Recife-PE – Fone/Fax: (081) 424.1193*



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ESMAPE**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado,
conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª Sessão,
de 23/03/87. Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - CEP
50.010-230 - Recife-PE - Fone/Fax: (081) 424.1193

DIRETORIA

Diretor:

DES. JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE OLIVEIRA

Supervisor:

DR. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

**Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura:**

DR. RUY TREZENA PATU JÚNIOR

**Coordenadora do Curso de Preparação à
Magistratura do Trabalho:**

DRª. ALBA MARIA PIRES BARBOSA

**Coordenador dos Cursos de Deontologia,
Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados:**

DR. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO

**Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco (AMEPE):**

DR. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

ISSN 1415-112X

**Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco**

**Volume 2 – Número 5
julho / setembro – 1997**

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Trimestral

© Copyright by ESMape

Comissão editorial:

Presidente: Des. Antônio de Pádua Camarotti Filho

Secretário: Dr. Jorge Américo Pereira de Lira

Membros: Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Dr. Hugo Cavalcanti Melo Filho

Coordenação Técnica: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária)

Revisão Ortográfica: João Lippo Neto – Fone: (081) 228.4026

Editoração Eletrônica: Francisco Carlos S. Melo
Fone: (081) 428.1448

Capa: Paulo Rocha

Tiragem: 1.000 exemplares

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

Direitos Reservados à Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMape

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elógica.com.br

www.esmape.com.br



Coordenação Editorial:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA

Rua Conde de Irajá, 315 – Torre

Recife-PE – CEP. 50.710-310

Fones/Fax (081) 445.5191, 227.4807 e 227.4855

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - Ano 1, n.1 (1996-) - Recife : ESMape, 1996 - v. .Trimestral

Descrição baseada em: Ano 2, n.5 (jul./set. 1997)

1. Direito - Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Josi/ESMAPE - TJ

CDD 340.05

Porque um menino nos nasceu, um filho nos foi dado; O Governo está sobre seus ombros e seu nome será (...) Príncipe da Paz; para que (...) venha paz sem fim (...) mediante o juízo e a justiça, desde agora e para sempre.

(Isaías 9.6-7)

CORPO DOCENTE

1º Período

- Direito Processual Civil I:** *Titular:* Lúcio Grassi de Gouveia
Adjunto: Valéria Rúbia Silva Duarte
Titular: Alexandre Freire Pimentel
Adjunto: Nalva Cristina Campello
- Sociologia do Direito:** *Titular:* Cláudio F. da S. Souto
Adjunto: Solange Souto
Adjunto: Mirian de Sá Pereira
Titular: Antonio Natanael M. Sarmiento
Adjunto: Mirian de Sá Pereira
- Direito Administrativo:** *Titular:* Gabriel Lucena Cavalcanti
Adjunto: Maria Frederica Kriek Cavalcanti
- Português e Ling.
Vernacular Jurídica:** *Titular:* João Batista Lippo Neto
Adjunto: Marlene Passos Muniz
- Filosofia do Direito:** *Titular:* João Maurício L. Adeodato
Adjunto: Torquato da Silva Castro Júnior
Titular: Nelson N. Saldanha
Adjunto: Gustavo Just da Costa e Silva
- Direito Processual Penal I:** *Titular:* Silvânia Espéria da Silva
Adjunto: Adjar Francisco de Assis Júnior
Titular: João Olympio V. de Mendonça
Adjunto: Laiete Jatobá Neto
- Direito Civil I :** *Titular:* Jorge Américo Pereira de Lira
Adjunto: Rafael José de Menezes
- Direito Constitucional:** *Titular:* Maria Betânia Silva
Adjunto: Adriana Rocha
Titular: Zélio Furtado da Silva
Adjunto: Eduardo Costa

Direito Penal I: *Titular:* Paulo César Maia Porto
Adjunto: Flávio Augusto Fontes de Lima
Titular: Ricardo Brito A. Pontes Freitas
Adjunto: Cláudio Roberto Cintra B. Brandão

Psicologia Forense: *Titular:* Paulo da Silveira Rosas
Adjunto: Alba Gomes Guerra

2º Período

Direito do Consumidor: *Titular:* Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Adjunto: Rosana Grimberg
Adjunto: Raimundo Gomes

Direito Tributário I: *Titular:* Hélio Sílvio Ourem Campos
Adjunto: Francisco Alves dos Santos Júnior

Direito Processual Penal II: *Titular:* Honório Gomes do Rego Filho
Adjunto: Carlos Alberto Berriel Pessanha

Direito Financeiro: *Titular:* Joaquim Lustosa Filho
Adjunto: Carine Delgado Caúla Reis

Direito Processual Civil II: *Titular:* José Antônio Macêdo Malta

Direito Comercial: *Titular:* Luiz de Freitas Lima

Hermenêutica Jurídica: *Titular:* Paula Maria S. de O. Mendonça
Adjunto: Artur Stamford

Direito Municipal e Urbanístico: *Titular:* Eugênia Simões Giovanna Inácio
Adjunto: Gustavo Ferreira Santos

Organização e Adm. Judiciárias: *Titular:* Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Adjunto: José Alexandre de Vasconcelos Aquino

Direito Penal II: *Titular:* Romualdo Marques Costa
Adjunto: Tarcísio de Araújo Barreto Campelo

Direito Civil II: *Titular:* Ruy Trezena Patu Júnior
Adjunto: Brasília Antônio Guerra

Direito Falimentar: *Titular:* Agenor Ferreira Lima Filho
Adjunto: Humberto Inojosa

3º Período (Magistratura Comum)

Direito Proc. Penal III: *Titular:* Albérico Gomes Guerra
Adjunto: Patrícia Tavares

Direito Civil III: *Titular:* Alberto Flávio Barros Patriota
Adjunto: Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Titular: Leopoldo de Arruda Raposo
Adjunto: Eudes dos Prazeres França

Direito Penal III: *Titular:* Antônio Pedro Barreto Campello
Adjunto: Maria Helena de V. C. Barreto Campello

Direito Eleitoral: *Titular:* Carlos Frederico G. de Moraes
Adjunto: Luiz Mário de Goes Moutinho

Direito Medicina Legal: *Titular:* Clóvis Mendoza
Adjunto: Gilberto Valter de M. Moura

Prática Judiciária Cível: *Titular:* Fábio Eugênio D. de Oliveira Lima
Adjunto: Paulo Henrique Martins Machado

Direito Proc. Civil III: *Titular:* Frederico Ricardo de A. Neves
Adjunto: Mauro Jordão de Vasconcelos

Direito Tributário II: *Titular:* José Viana Ulisses Filho
Adjunto: Jackson Borges de Araújo

Direito da Criança e da Adolescência: *Titular:* Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Adjunto: Alice Costa Rodrigues dos Santos

Prática Judiciária Penal: *Titular:* Mauro Alencar de Barros
Adjunto: Adriana Gonçalves Fontes

3º Período (Magistratura Trabalhista)

Direito Trabalho I:	<i>Titular:</i> Eneida Melo Correia de Araújo <i>Adjunto:</i> Virgínia Malta Canavarro
Prática Judiciária e de Sentença Trabalhista:	<i>Titular:</i> Frederico Correia Maranhão <i>Adjunto:</i> Acácio Júlio Caldeira
Direito Constitucional do Trabalho:	<i>Titular:</i> Hugo Cavalcanti M.Filho <i>Adjunto:</i> Alba Pires Barbosa
Direito Internacional do Trabalho:	<i>Titular:</i> José Soares Filho <i>Adjunto:</i> Agenor Martins Pereira
Direito Penal e Proc. Penal do Trabalho:	<i>Titular:</i> Marupiraja Ramos Ribas <i>Adjunto:</i> Stella Maria M.Gomes de Sá Leitão
Direito Previdenciário:	<i>Titular:</i> Mauri Delgado Chacon <i>Adjunto:</i> Epaminondas da Câmara C. Neto
Direito Coletivo:	<i>Titular:</i> Roberta Correa de Araújo <i>Adjunto:</i> Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá
Direito Processual do Trabalho I e II:	<i>Titular:</i> Milton Gouveia da Silva Filho <i>Adjunto:</i> Edmilson Alves da Silva
Direito do Trabalho II:	<i>Titular:</i> Paulo Dias Alcântara <i>Adjunto:</i> Bartolomeu Alves Bezerra

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Napoleão Tavares 13

TEORIA 15

EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS

Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues 17

REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Antonio Herman V. Benjamin 33

A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO

Cláudio Brandão 69

A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO

Cláudio Souto e Solange Souto 79

DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA

Demócrito Ramos Reinaldo Filho 117

FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO

Eneida Melo Correia de Araújo 127

REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Fátima Nancy Andzighi 177

O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (Primeiras Linhas)

Flávio Augusto Fontes de Lima 215

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS

Frederico Ricardo de Almeida Neves 237

LA FUNCION DE LA CRIMINOLOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL

Günther Kaiser 251

DA IGUALDADE

Hélio Ourem 269

CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS	
<i>Ivan Luiz da Silva</i>	315
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO	
<i>João Alfredo dos Anjos</i>	337
NÓS E OS JUÍZES	
<i>Joaquim Correia de Carvalho Júnior</i>	357
ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA DO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO	
<i>João Paulo de Allain Teixeira</i>	383
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	
<i>José Janguê Bezerra Diniz</i>	405
PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES	
<i>Paulo César Maia Porto</i>	439
QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 5 - STJ	
<i>Paulo Luiz Netto Lôbo</i>	465
ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS	
<i>Zélio Furtado da Silva</i>	469
PRÁTICA	499
PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE	
<i>Djaci Falcão</i>	501
SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO	
<i>Eduardo Augusto Paurá Peres</i>	525
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO	
<i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	545
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE	
<i>José Viana Ulisses Filho</i>	561

APRESENTAÇÃO

Durante quase dois anos, pela quinta vez apresentamos esta *Revista* que começou e prossegue com o crescente entusiasmo do Dr. Jorge Américo Pereira de Lira, supervisor da *Esmape*.

Conseguimos, mais uma vez pela persistência, atingir um objetivo antevisto: motivar alunos, mestres, profissionais liberais e outros componentes do universo do Direito, de modo que, hoje, este meio de congregar estudiosos ancorou no estágio desejado.

Se há uma pretensão em afirmar que nossa publicação “decolou”, a falta de modéstia deve-se aos reclamos que ouvimos entre o anterior e o próximo lançamento, o que, sem dúvida, nos deixa a todos grossos de orgulho.

Com a ajuda e o aplauso de todos, este registro é também um agradecimento à comunidade que soube responder ao estímulo que, de resto, lhe foi endereçado.

Estamos todos de parabéns e nós, particularmente, certos de que a iniciativa vingou.

Recife, novembro, 97.
Des. NAPOLEÃO TAVARES
Diretor

EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ANTES CONSTITUCIONAIS

Teoria

Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do Poder Executivo, estabelece em seu art. 84, V, a competência do Presidente da República para expedir medidas provisórias, ressalvado o disposto nos arts. 170, III, e 173, I. A Lei Complementar nº 35, de 1975, alterou o texto original da Constituição, acrescentando o inciso VI ao art. 84, permitindo a expedição de medidas provisórias antes da publicação da lei complementar que as autoriza.

Essa mudança constitucional trouxe à tona a discussão sobre a validade das medidas provisórias expedidas antes da publicação da lei complementar que as autoriza. A doutrina e a jurisprudência têm se dividido sobre o assunto, com alguns autores defendendo a validade dessas medidas e outros defendendo a sua inconstitucionalidade.

Essa discussão é relevante porque as medidas provisórias expedidas antes da publicação da lei complementar que as autoriza são, em regra, aplicáveis imediatamente. Isso significa que, se essas medidas forem consideradas inconstitucionais, a aplicação de determinadas normas jurídicas será afetada.

EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS LIMITES CONSTITUCIONAIS

Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues
Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito
do Recife - Universidade Federal de Per-
nambuco.

SUMÁRIO

1. Introdução. - 2. Medidas provisórias no direito comparado e no Brasil. - 3. As medidas provisórias na sistemática da Constituição de 1988. - 3.1. O Art. 62 da Constituição Federal e suas implicações. - 3.2. Mais restrições à edição de medidas provisórias. - 4. Da reedição de medidas provisórias. - 4.1. Medidas provisórias rejeitadas. - 4.2 Medidas provisórias não apreciadas no prazo. - 4.3 Perda da eficácia desde a edição - 5. O projeto de lei complementar Nº 223/90 - 6. Considerações finais - Referências bibliográficas.

1- Introdução

A Constituição Federal de 1988, dentro do Título “Dos Princípios Fundamentais”, prescreve em seu art. 2º: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.* Trata-se do princípio da Separação dos Poderes, definido e divulgado por Montesquieu, na sua visão tripartida dos Poderes.

Abraçado por várias Constituições, esse princípio já não é mais visto de forma absoluta, intangível. Hodiernamente, são admitidas interpenetrações entre os Poderes, a fim de que, num sistema de freios e contrapesos, coíbam-se os abusos, atingindo, assim, um equilíbrio entre eles.

O instituto da medida provisória é uma dessas interferências admitida por várias legislações. Na lição de

Biscaretti di Ruffia (1973, p. 479-481), consiste numa função legislativa do Poder Executivo. Busca-se um meio mais hábil, rápido e eficaz de, em conjunturas extremas, afastar a aplicação do processo legislativo comum.

Sendo assim, o Presidente da República em situações relevantes e urgentes pode editar medidas provisórias, com força de lei, que deverão ser apreciadas no prazo de trinta dias pelo Congresso Nacional, sob pena de perderem eficácia desde a sua edição.

Criada pela Constituição de 1988, em substituição ao mal visto decreto-lei, até 1º de agosto deste ano, já haviam sido editadas 1.484 medidas provisórias, resultando em uma medida provisória a cada 2 dias. Instituída para ser utilizada em caráter excepcional, visto que em sua própria denominação vislumbra-se o seu caráter provisório, efêmero, a medida provisória passou a ser o instrumento disciplinador das relações jurídicas no Brasil. São editadas e reeditadas mais medidas provisórias do que leis, e entre elas, há grandes diferenças, como se verá.

Sob o argumento de uma má redação do art. 62 e seu parágrafo único da Constituição Brasileira, o Chefe do Poder Executivo vem interpretando esse dispositivo da maneira que lhe convém, enquanto o Congresso Nacional assiste a tudo inerte.

Será que não existem limitações a esse poder de legislar do Presidente da República?

O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar que, numa interpretação lógico-sistemática da Constituição de 1988, são encontrados vários limites à edição de medidas provisórias, quanto à sua matéria, à sua reedição, dentre outros aspectos; limites esses que não podem ser ignorados, sob o risco de ir contra o Estado Democrático de Direito, contra a nossa Carta Fundamental.

2- As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil

Em todo o mundo, diversos ordenamentos jurídicos regulam mecanismos semelhantes à medida provisória.

Na Itália, o Governo pode editar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e urgência, as chamadas *ordinanzi di necessità* com força de lei, que perderão sua eficácia desde a sua edição, se não forem convertidas em lei pelas Câmaras no prazo de sessenta dias. As *ordinanzi* estão sujeitas tanto ao controle do legislativo que as converterá em lei ou não, quanto ao controle judiciário da Corte Constitucional (art. 134, I da Constituição Italiana).

Na Espanha, as *disposiciones legislativas provisionales*, editadas pelo governo em casos de extraordinária e urgente necessidade, devem ser apreciadas pelo Parlamento em trinta dias, vedando a Constituição Espanhola expressamente as matérias que não podem ser objeto dessas *disposiciones*: o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, o regime das Comunidades Autônomas e o Direito Eleitoral Geral.

A Constituição Portuguesa prevê a edição de decretos-leis, que devem ser submetidos à aprovação do Conselho de Ministros, estabelecendo, assim, uma responsabilidade política entre este e o Primeiro Ministro. Determina a inadmissibilidade de reapresentação de decreto-lei na mesma sessão legislativa.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em seu art. 55, prescrevia:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

Biscaretti di Ruffia (1973, p. 479-481), consiste numa função legislativa do Poder Executivo. Busca-se um meio mais hábil, rápido e eficaz de, em conjunturas extremas, afastar a aplicação do processo legislativo comum.

Sendo assim, o Presidente da República em situações relevantes e urgentes pode editar medidas provisórias, com força de lei, que deverão ser apreciadas no prazo de trinta dias pelo Congresso Nacional, sob pena de perderem eficácia desde a sua edição.

Criada pela Constituição de 1988, em substituição ao mal visto decreto-lei, até 1ª de agosto deste ano, já haviam sido editadas 1.484 medidas provisórias, resultando em uma medida provisória a cada 2 dias. Instituída para ser utilizada em caráter excepcional, visto que em sua própria denominação vislumbra-se o seu caráter provisório, efêmero, a medida provisória passou a ser o instrumento disciplinador das relações jurídicas no Brasil. São editadas e reeditadas mais medidas provisórias do que leis, e entre elas, há grandes diferenças, como se verá.

Sob o argumento de uma má redação do art. 62 e seu parágrafo único da Constituição Brasileira, o Chefe do Poder Executivo vem interpretando esse dispositivo da maneira que lhe convém, enquanto o Congresso Nacional assiste a tudo inerte.

Será que não existem limitações a esse poder de legislar do Presidente da República?

O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar que, numa interpretação lógico-sistemática da Constituição de 1988, são encontrados vários limites à edição de medidas provisórias, quanto à sua matéria, à sua reedição, dentre outros aspectos; limites esses que não podem ser ignorados, sob o risco de ir contra o Estado Democrático de Direito, contra a nossa Carta Fundamental.

2- As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil

Em todo o mundo, diversos ordenamentos jurídicos regulam mecanismos semelhantes à medida provisória.

Na Itália, o Governo pode editar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e urgência, as chamadas *ordinanzi di necessità* com força de lei, que perderão sua eficácia desde a sua edição, se não forem convertidas em lei pelas Câmaras no prazo de sessenta dias. As *ordinanzi* estão sujeitas tanto ao controle do legislativo que as converterá em lei ou não, quanto ao controle judiciário da Corte Constitucional (art. 134, I da Constituição Italiana).

Na Espanha, as *disposiciones legislativas provisionales*, editadas pelo governo em casos de extraordinária e urgente necessidade, devem ser apreciadas pelo Parlamento em trinta dias, vedando a Constituição Espanhola expressamente as matérias que não podem ser objeto dessas *disposiciones*: o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, o regime das Comunidades Autônomas e o Direito Eleitoral Geral.

A Constituição Portuguesa prevê a edição de decretos-leis, que devem ser submetidos à aprovação do Conselho de Ministros, estabelecendo, assim, uma responsabilidade política entre este e o Primeiro Ministro. Determina a inadmissibilidade de reapresentação de decreto-lei na mesma sessão legislativa.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em seu art. 55, prescrevia:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:
I - segurança nacional;

II - *finanças públicas, inclusive normas tributárias;*
e

III - *criação de cargos públicos e vencimentos.*

§ 1º *Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.*

§ 2º *A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.*

Observa-se, pois, que o decreto-lei apresentava as seguintes características: edição em casos de urgência ou de interesse público relevante; não podia implicar aumento de despesa; limitação quanto à matéria (o que infelizmente não foi respeitado); prazo para apreciação de sessenta dias; aprovação por decurso de prazo; proibição de emendas; validade dos atos praticados durante a sua vigência, mesmo que fosse rejeitado.

Visto como um ato autoritário, unilateral, e utilizado de maneira abusiva, o decreto-lei ficou marcado como uma experiência negativa no sistema jurídico brasileiro, que o constituinte de 1987/88 tratou de substituir pela medida provisória.

No entanto, *só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão de nosso constitucionalismo (Decreto-lei) por esta outra (Medida Provisória), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes, piores do que aqueles permitidos pelo Decreto-lei.* (Dantas, 1991, p. 57)

3- As medidas provisórias na sistemática da Constituição de 1988

3.1. O Art. 62 da Constituição Federal e suas implicações

Reza o art. 62 da Carta Fundamental:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Nota-se que é requisito essencial à validade da edição de uma medida provisória a concomitância da relevância e da urgência. Relevante é tudo aquilo que é importante, indispensável, necessário. Urgente é o que não se pode adiar ou transferir.

Ora, poder-se-ia imaginar que são dois conceitos bastante genéricos e que ficaria a critério do Presidente da República a sua caracterização. No entanto, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A relevância e a urgência devem ser entendidas dentro do contexto constitucional.

Ensina o Mestre Pinto Ferreira (1992, p. 89):

Só existe realmente urgência, como requer o art. 64, §§ 2º e 4º, quando a medida provisória que se pretende editar seja inferior ao prazo do referido

artigo, pois se não ocorrer tal prazo, a norma só pode ser editada sob a forma de lei.

Cabe, então, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a apreciação da coexistência desses pressupostos de admissibilidade. A Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, regula em seu art. 5º a rejeição da medida provisória que não apresentar os requisitos constitucionais. Na mesma hipótese, pode agir o Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade da medida provisória.

As medidas provisórias estão enquadradas no processo legislativo (art. 59, inc. V da CF/88). Contudo, o próprio art. 62 esclarece que medida provisória não é lei, tem apenas força de lei. A medida provisória é efêmera, os seus efeitos são precários, pois está subordinada a uma condição resolutive, dependendo da sua aprovação pelo Congresso Nacional. Logo, não pode a medida provisória disciplinar situações jurídicas de maneira definitiva, irreversível, até porque sua edição não é precedida de um amplo debate no Poder Legislativo e na sociedade, ao revés, é um ato unilateral do Presidente da República que tem eficácia imediata.

Disso decorrem três importantes limitações quanto à edição de medidas provisórias.

Primeiramente, não é concebível o disciplinamento de matéria penal por medida provisória. É princípio constitucional a reserva legal em matéria criminal (art. 5º, XXXIX). Tendo a medida provisória sua plena eficácia subordinada à aprovação do Congresso Nacional, *não se pode admitir que alguém seja incriminado com base num diploma legal cujos efeitos podem vir a ser aniquilados.* (Rothenburg, 1993, p. 318)

Também a Carta Magna proíbe a edição de medidas provisórias para criar ou majorar tributos. De fato, são princípios consagrados constitucionalmente a estrita

legalidade (art. 150, I) e a anterioridade em matéria tributária (art. 150, III, b). Ensina o Prof. Paulo de Barros Carvalho (1991, p. 42):

O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos comprometendo direitos que lhe são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos pela Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo 'tributo' ostenta nos dias atuais.

Da mesma forma, em virtude desses efeitos precários da medida provisória e de esta ter apenas força de lei, não se podem revogar leis através de medidas provisórias. A edição de uma medida provisória apenas suspende a eficácia dessas leis anteriores, cabendo tão-somente ao Congresso Nacional a sua revogação ou derrogação, quando da apreciação da medida provisória. Não sendo esta convertida em lei, retomam essas leis sua plena eficácia.

3.2. Mais restrições à edição de medidas provisórias

O art. 68, § 1º da Carta Magna estabelece vedações às leis delegadas: atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; matéria reservada à lei complementar; legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Se, mesmo com autorização do Congresso Nacional, o Presidente da República não pode disciplinar essas matérias, com muito menos razão poderá fazê-lo por meio de medida provisória, ato unilateral seu de eficácia imediata. Dessa forma, estendem-se à edição de medidas provisórias as vedações impostas às leis delegadas.

Não pode o Chefe do Executivo, através de medida provisória, emendar a Constituição. Apenas ao Parlamento cabe essa função. A única participação conferida ao Presidente da República é a possibilidade de propor a emenda, não influenciando em mais nenhum ato de reforma constitucional. Ademais, a eficácia imediata da medida provisória é incompatível com o procedimento solene previsto para a alteração da Carta Magna.

Também abrangem as medidas provisórias as vedações do § 4º, do art. 60: as denominadas cláusulas pétreas. São matérias de tal importância que o constituinte não permitiu sequer que se apresentasse proposta de emenda tendente a aboli-las.

4- Da reedição de medidas provisórias

Já é rotina, no ordenamento jurídico brasileiro, a reedição de medidas provisórias, apesar de a Constituição não autorizar essa prática. Até o dia 8 de março do ano em curso, foram reeditadas, no atual governo, 565 medidas provisórias (Entulho, 1996, p. 31), muitas delas mais de uma vez. Só no Diário Oficial da União de 2 de agosto, dezoito medidas provisórias foram reeditadas, dentre as quais, a medida provisória nº 1.481, cuja matéria já está em sua 39ª edição.

Uma vez editada uma medida provisória, deve ser imediatamente submetida à apreciação do Congresso Nacional, que, analisando se estão presentes os pressupostos necessários à sua edição e a maneira como se regulou a

matéria, irá aprová-la (podendo inclusive propor emendas) ou rejeitá-la, ou simplesmente não se pronunciará a respeito.

Defendeu Saulo Ramos (1989, p. 725-726), quando na Consultoria da República, que tanto a medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional (desde que subsistam as razões justificadoras de sua edição, relevância e urgência), como a que não foi apreciada no período de trinta dias, podem ser reeditadas pelo Presidente da República.

4.1. Medidas provisórias rejeitadas

Com relação à medida provisória rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional, entendo ser vedada sua reedição. A medida provisória é instrumento normativo excepcional que, ao ser editada, entra na esfera de apreciação do Parlamento, não podendo mais ser alterada, revogada, substituída, nem reeditada pelo Presidente da República. Sua análise compete unicamente ao Congresso, legítimo representante do povo e incumbido, constitucionalmente, de legislar. É soberana a vontade do Congresso Nacional quando da apreciação da medida provisória. Se se permitisse que o Presidente da República reeditasse medida provisória rejeitada, seriam atingidos vários dispositivos constitucionais: art. 1º, *caput* e seu parágrafo único, art. 2º, art. 44, art. 48, art. 49, inc. XI, art. 85, inc. II.

Sobre essa matéria já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, quando da medida provisória nº 190/90 (Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar nº 293. Rel. Ministro Celso de Mello. Votação unânime. DJ 16.04.93, p. 06429):

As medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as constituiu. (...)

A rejeição parlamentar de medida provisória - ou de seu projeto de conversão - além de desconstituí-lhe 'ex tunc' a eficácia opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo de natureza cautelar. (...)

Apesar dessa decisão unânime da Corte Constitucional, nossos governantes insistem em desrespeitar a Constituição, como na recente medida provisória nº 1.415 que, em um de seus artigos institui a cobrança de contribuição previdenciária para os inativos, assunto este que, abordado em projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional, no mês de janeiro, foi rejeitado por uma diferença de mais de 180 votos.

4.2. Medidas provisórias não apreciadas no prazo

Quanto à reedição de medidas provisórias não apreciadas no prazo constitucional, a polêmica gira em torno da interpretação do parágrafo único do art. 62.

Para alguns doutrinadores, expirado o prazo conferido ao Congresso Nacional para avaliar medida provisória editada, haveria uma ausência de decisão, em nada impedindo que a mesma MP fosse reeditada.

No entanto, a própria Carta Fundamental prevê o silêncio como forma de manifestação de vontade. Prescreve o § 3º, do art. 66 que, decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará em sanção. Da mesma forma, a Emenda Constitucional de 1969, em seu art. 55, como já visto, admitia a aprovação por decurso de prazo do decreto-lei não apreciado pelo Parlamento dentro do prazo fixado.

Ora, parece-me que, quando o constituinte referiu-se à perda da eficácia das medidas provisórias não avaliadas pelo Congresso Nacional, na realidade, pretendeu considerá-

las rejeitadas. E, mesmo que assim não fosse, a falta de manifestação no prazo de trinta dias demonstra que, para os parlamentares, não está caracterizada a situação de relevância e urgência, indispensável à admissibilidade de uma medida provisória.

Logo, a falta de manifestação expressa do Congresso Nacional sobre uma medida provisória deve implicar a sua **rejeição**. E, como já foi aludido, medida provisória rejeitada não pode ser reeditada, pois a esse respeito, a última palavra é do Congresso Nacional.

À medida provisória, rejeitada, expressamente, pelo Congresso Nacional ou por não ter sido apreciada no prazo de trinta dias, aplicar-se-á o disposto no art. 67 da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser reapresentada pelo Chefe do Executivo na mesma sessão legislativa. Apenas resta a este propor projeto de lei sobre a matéria, podendo até solicitar urgência na sua apreciação (art. § 1º, art. 64).

4.3. Perda da eficácia desde a edição

Uma observação ainda se faz necessária quanto ao parágrafo único do art. 62. Prescreve o mencionado dispositivo:

As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. [grifo nosso]

Ora, se as medidas provisórias perdem a sua eficácia **ex tunc**, não há como se cogitar da existência de relações jurídicas delas decorrentes para serem disciplinadas, pois são desfeitas todas as suas consequências até então produzidas. Assevera Fran Figueiredo (1991, p. 147): *Dissolvidos os*

efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante senão de uma 'res nullius', de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida das pessoas e instituições, durante a provisoriedade de sua existência.

No entanto, buscou o constituinte com aquele dispositivo impedir que, diante de qualquer abuso cometido pelo Presidente da República, os efeitos materialmente produzidos pelas medidas provisórias pudessem afetar interesses jurídicos, trazendo prejuízos às pessoas, daí a necessidade de serem reguladas, no todo ou em parte, essas relações decorrentes das medidas provisórias rejeitadas. É, inclusive, a fórmula adotada pelo direito italiano, em quem o constituinte brasileiro baseou-se.

5- O projeto de lei complementar Nº 223/90

Muitos dos aspectos abordados neste trabalho estão regulados no Projeto de Lei Complementar nº 223/90 de autoria do então Deputado Nelson Jobim. É importante salientar que a própria Constituição Federal no parágrafo único do art. 59 prevê que lei complementar regulará esse instituto.

Os principais aspectos desse Projeto são:

- a) exigência de exposição de motivos para se editar uma medida provisória, tanto com relação aos requisitos indispensáveis da relevância e da urgência como à constitucionalidade e juridicidade da medida;
- b) determina expressamente quais as matérias que não podem ser reguladas por medida provisória;
- c) a inadmissão de uma medida provisória, por falta dos requisitos de urgência e relevância implica a sua conversão em projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, que será apreciado nos

termos dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal;

- d) possibilidade de apresentação de emendas à medida provisória;
- e) medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa, podendo, contudo, ser apresentada na forma de projeto de lei;
- f) medida provisória não apreciada pelo Parlamento no prazo constitucional de trinta dias poderá ser reeditada uma só vez;
- g) não convertida em lei a medida provisória, o Congresso terá sessenta dias para disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, via decreto legislativo.

Algumas considerações fazem-se necessárias. Primeiramente, seria indispensável incluir entre as matérias que não podem ser objeto de medida provisória a criação ou majoração de tributos, pelos motivos já expostos anteriormente.

O projeto prevê a possibilidade de uma única reedição de medida provisória não analisada pelo Congresso Nacional no prazo de 30 dias. Deveria ter sido ressaltado que, na reedição de uma medida provisória, há a necessidade de serem obedecidos os mesmos requisitos da edição: devem coexistir a relevância e a urgência; ademais, a reedição também não deve prescindir de uma exposição de motivos.

No meu entender, seria muito melhor que fosse feita uma reforma constitucional no art. 62 da Carta Magna, ampliando o prazo para sessenta dias, que, inclusive, era o espaço de tempo para análise do decreto-lei. Representaria tempo mais que suficiente para a apreciação do Poder Legislativo, impedindo-se qualquer reedição. Além do mais, poderia ser estendido para a medida provisória o disposto na parte final

do § 2º do art. 64 da Constituição Federal: se até o 59º dia a medida provisória não tivesse sido apreciada, incluir-se-ia esta na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação sobre os demais assuntos, para que se ultimasse a sua votação. Seria uma maneira de “obrigar” o Congresso Nacional a se manifestar sobre essa medida excepcional, que, desde a sua edição, já interfere de modo imediato nas relações jurídicas.

De qualquer maneira, o projeto é mais do que válido e oportuno. Cabe agora aos nossos parlamentares o bom senso para discutirem e aprovarem esse projeto afim de que abusos não sejam mais cometidos.

6- Considerações finais

Diante da celeridade do fenômeno econômico e social, da lentidão do processo legislativo ordinário e até da omissão do Congresso Nacional em apreciar determinadas matérias, o instituto da medida provisória é de grande importância, tanto que disposições similares são adotadas em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Possibilita que o Presidente da República, em situações relevantes e urgentes, discipline de maneira imediata as relações jurídicas.

Contudo, no Brasil, o uso da medida provisória vem sofrendo fortes distorções, em virtude da falta de delimitação expressa quanto a sua edição na redação do art. 62 da Constituição Federal.

No entanto, a própria Carta Fundamental em seu texto apresenta limitações à edição de medidas provisórias: a urgência deve ser interpretada tendo-se em vista o § 2º do art. 64; medidas provisórias não podem disciplinar matéria penal nem instituir ou majorar tributos, em virtude de princípios consagrados constitucionalmente; medidas provisórias não podem ser reeditadas na mesma sessão legislativa, por lhes ser aplicado o art. 67; dentre outras restrições apontadas no decorrer deste trabalho.

Ademais, não caberia outra interpretação senão a restritiva, em se tratando de medida provisória, pois é princípio aplicado ao direito público: *tudo que não estiver expressamente permitido está proibido*. Se a Constituição não prevê a reedição de medida provisória, está vedada a sua reedição; se a Carta Magna não permite que uma medida provisória revogue uma lei anterior, está proibida a revogação por seu intermédio, e assim por diante.

Melhor seria se o Projeto de Lei Complementar nº 223/90, que disciplina a edição de medidas provisórias, fosse logo discutido e aprovado, pondo fim a esse verdadeiro “pandemônio jurídico” que se instaurou em nosso País, na feliz expressão de Manoel Ferreira Filho (1992, p. 104). Talvez falte vontade política para que isso se concretize.

Enquanto isso, se a própria Constituição já fornece essas limitações, cabe ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário (sobretudo ao Supremo Tribunal Federal) e ao Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, coibirem quaisquer abusos e práticas arbitrárias cometidas pelo Chefe do Executivo, sob o risco de nossa Carta Fundamental resultar em “letra morta”.

Se a interpenetração entre os Poderes é algo ineliminável dentro dos sistemas jurídicos contemporâneos, ela não pode ser utilizada para que um Poder se sobreponha em relação aos demais. Já não cabe mais ao “Príncipe”, sozinho, decidir os destinos da nação. Desvirtuar esse entendimento implicaria uma rejeição ao Estado Democrático de Direito consagrado em nossa Constituição como um Princípio Fundamental, norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1973.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, v. 24, n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Recife: Nossa Livraria; Ciência Jurídica, 1991.
- ENTULHO provisório. *VEJA*, São Paulo, v. 29, n. 19, p. 30-32, mar. 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2
- FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 110, p. 137-151, abr./jun. 1991.
- PINTO FERREIRA, [Luiz]. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3
- RAMOS, Saulo. Parecer SR-92, de 21.06.89. *Legislativo Adcoas*, v. 23, n. 20, p. 717-727, jul. 1989.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Medidas provisórias e suas necessárias limitações. *Revista dos Tribunais*, v. 82, n. 690, p. 313-319, abr. 1993.

REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NATUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ¹

Antônio Herman V. Benjamin
Procurador de Justiça. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Professor de Direito Ambiental na University of Texas School of Law at Austin (EUA) e Presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

1. Crise ambiental, especulação imobiliária e descaso com o interesse público

A proteção do meio ambiente, "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida"², está, não obstante o escudo constitucional, jurada de morte. Surpreendentemente, não mais se trata do costumeiro e secular sobressalto resultante de formas convencionais e diretas de degradação ambiental, como o corte-raso de florestas nativas, as queimadas irregulares, a caça e comércio ilegal de animais, a pesca predatória, a destruição dos ecossistemas costeiros pela especulação imobiliária, a contaminação do ar, solo e águas.

O risco atual ao modelo brasileiro de tutela do ambiente surge de maneira mais sutil, como que pela porta dos fundos, operando não à margem do ordenamento, mas sob o seu manto, beneficiando-se da estrutura normativa vigente ou, melhor, de uma incorreta aplicação do Direito posto.

1 Texto ampliado e atualizado de palestra proferida na **XVI Conferência Nacional dos Advogados**, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, Fortaleza, 1-5 de setembro de 1996. O autor quer deixar seus sinceros agradecimentos a Werner Backes, José Antonio Figueiredo de Almeida Silva e José Paiva de Souza Filho.

2 Constituição Federal, art. 225, *caput*.

Os degradadores descobriram que, em vez de procederem com atos frontais de desrespeito às normas ambientais existentes, era-lhes mais fácil e lucrativo espoliar o meio ambiente simplesmente brandindo seu **direito de propriedade**, fazendo uso da técnica – no mais, absolutamente legítima – da **desapropriação indireta**.

Em torno dessa matriz patológica de conduta, estima-se que só o Estado de São Paulo já tenha sido condenado em mais de **2 bilhões de dólares**³, montante que certamente daria para adquirir, a preços de mercado, boa parte das unidades de conservação do Brasil!⁴

Por que e como chegamos a esse extremo de descaso para com o patrimônio público (recursos financeiros e ambientais)? Quais as condições materiais, humanas e normativas que propiciaram a utilização capciosa (em alguns casos, verdadeiramente criminosa) de institutos jurídicos tão importantes como o direito de propriedade e a desapropriação indireta?

O presente estudo, numa abordagem geral e introdutória, visa a discutir essas questões complexas levantadas pelo conflito potencial entre **direito de propriedade e meio ambiente**. Dois limites são impostos ao trabalho. Primeiro,

3 Os exemplos absurdos multiplicam-se em todo o País. No Estado de São Paulo, p. ex., terra-nua em áreas inacessíveis tem sido avaliada usando-se, como parâmetro, o valor do metro quadrado de terra urbanizada e loteada (Processo n. 247/91, comarca de Miracatu); uma árvore chegou a ser avaliada em R\$ 5.000,00 (cinco mil). Sobre esses e outros casos paulistas dramáticos, cf. Joaquim de Brito Costa Neto *et alii*, *Desapropriações em Parques e Estações Ecológicas*, São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, Secretaria do Meio Ambiente e Instituto Florestal, 1995.

4 Analisando a insustentável situação paulista, Marcelo Duarte Daneluzzi afirma que “no Estado de São Paulo, pleitos abusivos de indenização em desapropriações indiretas têm não apenas inviabilizado a criação de novas unidades de conservação estaduais, mas, também, estancado a alocação dos necessários investimentos nas unidades já implantadas. Vale dizer: por via oblíqua, corre-se o risco de não legar às gerações futuras o ecossistema Mata Atlântica, em contrariedade ao desígnio constitucional” (Marcelo Duarte Daneluzzi, *Desapropriações indiretas em unidades de conservação*, in Confederação Nacional do Ministério Público, 11 Congresso Nacional do Ministério Público, Livro de Teses, tomo I, Goiânia, 1996, p. 595).

sua abrangência não vai além da **propriedade rural**, excluída qualquer referência à propriedade urbana; segundo, toda a problemática é analisada apenas no contexto da **Reserva Legal** e das **Áreas de Preservação Permanente**, instituídas pelo Código Florestal (Lei n. 4771/65), deixando de fora, outras modalidades de áreas especialmente protegidas e unidades de conservação.

2. Causas e formas da insurreição contra a ordem jurídica ambiental

Essa situação preocupante advém, inicialmente, de uma apreensão insuficiente das alterações cravadas pela Lei Maior de 1988 no ordenamento brasileiro, ao regradar, pela primeira vez em nossa história constitucional, de modo extensivo (entenda-se, pleonástico-didático), a proteção do meio ambiente.

De outro lado, o perigo que paira sobre a conservação dos nossos ecossistemas também é produto do espírito especulativo que tomou conta do País, atestador de que, só na letra fria das normas e da doutrina mais avançada passamos da **propriedade-especulação** à **propriedade-função social**⁵. No aspecto ambiental, tal se dá em claríssima violação a princípios estampados na Constituição, particularmente nos arts. 170, 186 e 225, este último significando, na lição abalizada do **Ministro Celso Mello**, “a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁶.

5 A expressão é de Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 116.

6 Recurso Extraordinário n. 134.297-8 – SP – Rel. Min. Celso Mello – v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 143.

O fenômeno sinuoso só recentemente se manifesta, em parte, porque numa estrutura administrativa ambiental inoperante e com condições mínimas de fiscalização, ao degradador era mais fácil e barato simplesmente desconhecer a lei e praticar sua conduta desconforme, diante das remotíssimas chances de detecção e persecução. Não se justificava, portanto, buscar o Judiciário, contratando advogado e enfrentando a reconhecida incapacidade do Estado em pagar seus precatórios.

Com o aperfeiçoamento do sistema de implementação (órgão ambientais melhor aparelhados, Polícias Florestais organizadas, Juízes sensíveis às preocupações ambientais, Promotorias de Justiça do Meio Ambiente atuantes, ONGs combativas), a degradação passou a ser, nas regiões mais desenvolvidas, comportamento de risco, obrigando os proprietários a procurar novas fórmulas de lucratividade fácil. Eis a origem real do desvirtuamento do direito de propriedade e da desapropriação indireta, que se hoje é uma festa para os degradadores, para um grupo restrito de advogados especializados e de peritos despudorados transformou-se em banquete: todos ganham, pouco importando que percam a coletividade, o Erário, o meio ambiente e a ordem jurídica abusada!

Não deixa de ser paradoxal que, exatamente o direito de propriedade, confinado que está pelas amarras sociais da Constituição Federal de 1988, venha a ser o salvo-conduto a garantir, de maneira generosa, aos proprietários resultados que, nos regimes constitucionais anteriores, profundamente individualistas e omissos em referências ambientais, só acanhadamente arriscavam-se a postular. Ontem, e não hoje – época em que, nas palavras de **Paulo de Bessa Antunes**, vivemos em plena “valorização dos bens naturais”⁷ – ainda faria sentido brandir o direito de propriedade para questionar, dificultar ou mesmo de todo impedir a proteção do meio ambiente.

7 Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1996, p. 211.

A bem da verdade, a insurreição contra a ordem jurídica ambiental manifesta-se de maneiras variadas. Duas formas principais tem esse grito de guerra, que, pela vontade dos degradadores, levaria a um conflito insuperável entre direito de propriedade e meio ambiente. Pela primeira, busca-se, diretamente, sob o plano da constitucionalidade, derrubar leis, decretos, portarias, resoluções e atos administrativos variados, sob o argumento de que violariam a garantia do direito de propriedade. Pela segunda, objeto específico de nosso estudo, tenta-se, agora obliquamente, tornar irrealizável a efetiva implementação dessas normas, concedendo-se aos titulares (até posseiros!) de áreas ambientalmente relevantes altas indenizações por hipotética violação do direito de propriedade, mediante desapropriação indireta.

Naquele caso, tenta-se constitucionalmente desautorizar, em si mesma, a norma protetória. Já na desapropriação indireta, diversamente, o preceito legal não é, abstratamente, recriminado no cotejo com a Constituição Federal, mas os atos praticados sob seu amparo são apresentados como incursão indevida no direito de propriedade, levando, por isso mesmo, ao dever do Poder Público de indenizar eventuais prejuízos causados ao titular, como decorrência da impossibilidade de livremente usar e dispor do seu domínio.

Em ambas as situações, é forçoso reconhecer que ainda interpretamos o arcabouço infraconstitucional e compreendemos o fenômeno da interferência estatal em favor do ambiente com os olhos postos na Constituição Federal de 1969 e nos textos que a antecederam. Vale dizer, não fomos capazes de proceder à releitura (atualização) do Direito do *ancien régime*, agora sob as premissas do modelo constitucional instaurado em 1988. Tudo nos encaminhando à cegueira jurídica, passaporte certo para que esqueçamos a realidade, a triste realidade da tragédia do planeta e do homem, deixando que caia no vazio, no nosso caso, o básico, conforme tão bem lembra **Édis Milaré**: que, no Brasil, como

em outros países, “o processo de desenvolvimento econômico vem se realizando, muitas vezes, com sacrifício dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala alarmantes”.⁸

3. Uma primeira abordagem do problema: no sistema constitucional brasileiro, a proteção do meio ambiente participa da gênese do direito de propriedade

É indubitável a relação existente entre tutela ambiental e direito de propriedade. Inicialmente, vale recordar que os problemas ambientais de hoje são consequência, em grande medida, da utilização (ou má-utilização), no passado, do direito de propriedade⁹, tendência essa que alcança patamares inimagináveis com a **comercialização** do próprio Direito¹⁰. No âmbito do sistema jurídico, por conseguinte, observa-se uma irrefutável ligação umbilical entre o tratamento dado à propriedade, enquanto instituto de direito, e aquele que orienta a solução dos chamados conflitos ambientais.¹¹

De fato, direito de propriedade e meio ambiente são institutos interligados, como que faces de uma mesma moeda; nesse sentido, não seria incorreto dizer que o Direito Ambiental é fruto de uma amálgama do Direito das Coisas com o Direito Público. Com isso queremos mostrar que qualquer tutela do meio ambiente implica sempre **interferência** (não necessariamente intervenção, como abaixo veremos) no

direito de propriedade. Interferência essa que, no sistema jurídico brasileiro, mais do que meramente facultada ou tolerada, é, na origem constitucional, **imposta**, tanto para o Poder Público (trata-se de comportamento vinculado), como para o particular (é comportamento decorrente de **função**¹²); eis o fundamento da **inafastabilidade** das obrigações ambientais.

Dessa salutar “promiscuidade” ontológica e legal entre os dois institutos, advém a menção – tanto frequente como, após 1988, equívoca – de que a proteção do meio ambiente é sempre uma **intervenção** no direito de propriedade privada¹³, como se, no terreno da temporalidade constitucional, primeiro o constituinte tivesse gerado a propriedade e, só posteriormente, viesse a reconhecer a necessidade de tutela ambiental, mais por força de mandamentos inferiores (leis, decretos e resoluções) do que com apoio no próprio texto da Constituição. Nesse raciocínio há pelo menos dois equívocos estruturais.

Inicialmente, como veremos em seguida, no regime constitucional brasileiro vigente, a tutela do meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, é-lhe **logicamente antecedente** (inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental) e **historicamente contemporânea** (ambos direitos são reconhecidos num

8 Édís Milaré, *Curadoria do Meio-Ambiente*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1988, p. 54.

9 Rudolf Dolzer, *Property and Environment: the Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting*, Morges, IUCN, 1976, p. 58.

10 Giampiero di Plinio, *Diritto Pubblico dell'Ambiente e Aree Naturali Protette*, Torino, Utet, 1994, p. 7.

11 Maria Luisa Faro Magalhães, *Função social da propriedade e meio-ambiente – princípios reciclados*, in Antonio Herman V. Benjamin (coordenador), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 147.

12 Importante não confundir **função ambiental** com **função sócio-ambiental da propriedade**. **Função**, naquele primeiro caso, significa “a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder”. A função ambiental nada mais é do que “espécie do gênero função” (Antônio Herman V. Benjamin, *Função ambiental*, in Antonio Herman V. Benjamin (coordenador), *Dano Ambiental ... cit.*, pp. 28 e 48).

13 Na expressão de Hely Lopes Meirelles, intervenção na propriedade privada é “todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1990, p. 505).

mesmo momento legislativo e texto normativo). Repita-se, logicamente antecedente porque, já insinuamos, sem resguardo ao meio ambiente, a ordem implantada pela Constituição Federal de 1988 não reconhece – ou não reconhece na sua plenitude – o direito de propriedade, nos termos do arts. 5, inciso XXIII (função social genérica), 170, inciso VI (a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica), 182, par. 2 (função sócio-urbanística da propriedade urbana) e 186, inciso II (função sócio-ambiental da propriedade rural).

Daí que, a rigor, não se pode falar em **intervenção** (ato de fora para dentro) num direito que, por determinação constitucional, só é *in totum* reconhecível (garantido) quando respeitados valores e objetivos (direitos) que lhe são antecedentes. Eventual “intervenção” ambiental, pois, como regra¹⁴, opera, não no plano do direito de propriedade em si, mas, já como consequência de sua adesão a este, no âmbito do **uso** que dele faça ou queira fazer o proprietário.

Resumindo, a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, não está em conflito com o direito de propriedade. Ao contrário, é parte da mesma relação sociedade-indivíduo que dá à propriedade todo o seu significado e amparo¹⁵.

14 Casos há em que a intervenção estatal **reguladora do uso**, determinada por preocupações ambientais, acaba por imiscuir-se na própria **essência do direito de propriedade**.

Exemplificativamente, quando o Poder Público impede **toda e qualquer** utilização econômica da propriedade, ou, ainda, quando há desrespeito a comando legal expresso no que tange à dominialidade de certas modalidades de unidades de conservação. Assim, exemplificativamente, se a Administração cria Parque Nacional, Estadual ou Municipal em áreas privadas, pelo que se depreende do art. 5 do Código Florestal, fica “proibida **qualquer forma** de exploração dos recursos Naturais” em tais unidades (grifo nosso). Isso sem falar que, nesses casos, o proprietário perde o direito de excluir terceiros, pois uma das finalidades dessas áreas protegidas é exatamente a visitação pública (art. 5, par. único).

15 James M. McElfish Jr., *Property rights, property roots: rediscovering the basis for legal protection of the environment*, in Environmental Law Reporter, vol. 24, n. 5, maio de 1994, p. 10246.

4. Rápida nota sobre a evolução do direito de propriedade

Ao contrário do que falam alguns desavisados, nem mesmo no Direito Romano, já a partir do período pré-clássico, a propriedade era absoluta.¹⁶

Tal não impediu, contudo, que o instituto, por razões várias, tenha sido pintado, principalmente após a Revolução Francesa, com as cores do absolutismo, mesmo diante da ressalva – esporádica, é verdade – de que incumbia-lhe respeitar alguns parâmetros determinados pela lei¹⁷. Tais restrições, além de esparsas, em nada limitavam certas prerrogativas do proprietário, ensejadoras de providências radicais, como a de, a seu talante e gratuitamente, destruir o bem objeto do domínio.

Muito ao contrário, à época, orientava o pensamento dominante a convicção de que se o legislador e a administração convertessem-se em juízes desses abusos, logo transformar-se-iam em juízes do próprio uso do bem e, em consequência, toda noção de propriedade e liberdade estaria irremediavelmente perdida; esse o único caminho a seguir, “porque a pessoa é sobre a coisa sua *moderator et arbiter*; tendo sobre ela um poder ilimitado, quase despótico, de poder fazer da mesma aquilo que melhor lhe apraz, gozá-la, usá-la, detruí-la”¹⁸.

Assim foi e assim, infelizmente, continua sendo! Em “economias de fronteira” – realidade que ainda impera em partes do nosso País – o direito de propriedade, afirme o

16 José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, 5a edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 349.

17 Nos termos do Código Civil francês, “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses **de la manière la plus absolue**, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements” (art. 544, grifo nosso); na mesma linha, o Código Civil argentino estabelece que “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra **sometida a la voluntad y a la acción** de una persona” (art. 2506, grifo nosso).

18 J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 270.

que afirmar a legislação vigente, acaba mesmo sendo percebido como absoluto e, como absoluto, aplicado pelo Judiciário. Essa a fonte principal da tendência pró-exploração predatória e das dificuldades de implementação das normas ambientais: nessas regiões menos evoluídas (e até noutras já bem desenvolvidas), o conceito popular de propriedade confunde-se com um hipotético direito do seu titular de usar aquilo que é seu como bem lhe convier ou aprouver, prerrogativa essa que lhe dá um poder intocável de desmatar onde e quando pretender, de lotear o imóvel ou explorar o seu subsolo sempre que lhe for oportuno, enfim, de aproveitar livremente os recursos naturais existentes na propriedade.

No passado, tudo contribuía para a concepção equivocada de que a exploração econômica **integral** da terra e de seus atributos (exploração predatória) era a única destinação que a ela poder-se-ia dar: a imensidão de territórios a serem conquistados, a aparente inegotabilidade e capacidade de recuperação dos recursos naturais, a dispersão dos habitantes, a certeza de que a propriedade ou era utilizada em sua inteireza ou não tinha verdadeiramente tal qualidade¹⁹, o desejo, por razões de segurança de fronteiras ou por precisão de divisas e geração de empregos, de estimular a transformação empresarial das relações produtivas.

Nesse sentido, pouca importância era conferida, fora das aglomerações urbanas (com as limitações urbanísticas), a certos limites impostos ao direito de propriedade, seja em favor de indivíduos igualmente proprietários (os direitos de vizinhança, p. ex.), seja em proveito da coletividade como um todo (o exercício do poder de polícia, para proteger os bons costumes, bem como a saúde e ordem públicas).

Numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de

propriedade agregaram-se outros limites sempre submetidos ao princípio de que se forem muito longe, poderão ser reconhecidos como desapropriação indireta.²⁰

Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento de direito de propriedade válido. Construções jurídicas, que não podemos aqui analisar, antecederam-se a essa constitucionalização, muitas vezes tendo que, do vácuo constitucional, extrair garantias ambientais que, numa exegese mais rigorosa, chocavam-se com os precedentes dos tribunais, o saber convencional e os próprios estatutos ordinários.

No mundo contemporâneo, por força da evolução social e jurídica, mais e mais os poderes derivados do direito de propriedade são estatuídos pelas Constituições, leis e jurisprudência, de modo bem delimitado. Assim, p. ex., o dono de uma arma de fogo não pode portá-la sem antes ser autorizado pela autoridade competente, o proprietário de um automóvel não pode dirigir sem habilitação, o comerciante não pode expor e vender suas mercadorias no meio da via pública, o agricultor não pode fazer uso de toda a água do córrego que corta suas terras, o dono da casa não pode construir muros e outras edificações a seu bel-prazer²¹.

O certo, e ninguém hoje nega isso, é que a propriedade privada e a pública também sujeita-se a limites que são impostos como **pressupostos** para seu integral reconhecimento pela ordem jurídica e outros que lhe são agregados **casuisticamente**, diante de fatos que só se manifestam no instante em que o direito, consolidado e plenamente ajustado ao ordenamento, é exercitado.

19 Cf., no Brasil, o conceito de terra improdutiva para fins de reforma agrária e de tributação.

20 Justice Holmes, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922).

21 Rudolf Dolzer, *art. cit.*, p. 13.

5. O direito de propriedade é reconhecido constitucionalmente, mas seu conteúdo final é determinado pela legislação ordinária

De uma maneira simplificada, o direito de propriedade dá ao seu titular o poder de exclusão²² (reivindicação), uso, gozo, disposição e transmissão.²³ Esses aspectos derivam, genérica e abstratamente, da previsão constitucional da propriedade, mas têm seu **conteúdo final** definido pela legislação infraconstitucional, fundamentalmente pelo Código Civil e normas extravagantes. Ou seja, “a lei é que determina o conteúdo normal do direito de propriedade, excluindo, assim, certas faculdades que teriam fundamento no conceito de propriedade, encarado sob um critério abstrato.”²⁴

No plano dogmático, conforme aponta **Carlos Alberto Bittar**, reconhece-se “uma textura central da propriedade, como direito em si, que se encontra, no entanto, cercada de balizas que o legislador, constitucional ou ordinário, antepõe-lhe, na defesa de interesses coletivos, considerados inarredáveis na experiência prática e ante os quais cedem aos meramente individuais.”²⁵ Vale dizer: é desconhecido nas ordens jurídicas democráticas um conceito apriorístico do direito de propriedade. “A propriedade privada é instituto jurídico”²⁶, previsto como tal na Constituição, mas encontrado

nas normas inferiores sua plena caracterização²⁷. Ou, como quer **Lúcia Valle Figueiredo**, se é correto que “o direito de propriedade é o traçado pelo ordenamento constitucional vigente”, não é menos certo que sua “conotação será dada pelas normas infraconstitucionais, a par das interpretações jurisprudencial e doutrinária”, desde que “não desbordando da ‘moldura’.”²⁸

As obrigações e direitos enfeixados no proprietário têm origem e fim na estrutura constitucional e no quadro legal inferior. Segundo precisa lição de **Celso Antonio Bandeira de Mello**, na “Constituição – e nas leis que lhe estejam conformadas – reside o traçado da compostura daquilo que chamamos de direito de propriedade em tal ou qual país, na época tal ou qual”.²⁹

No plano infraconstitucional, a latitude do legislador é ampla, desde que não altere o conteúdo básico do direito de propriedade, inviabilizando o **elemento primordial** da previsão constitucional – o **direito de exclusão**; ou seja, a norma ordinária, como regra, não pode ir ao ponto de conferir a outros sujeitos a possibilidade de interferir com o uso e gozo do domínio, pois dessa maneira, estaria completamente descaracterizada a garantia inscrita pelo constituinte³⁰.

22 O Código Civil brasileiro deixou “de aludir ao conteúdo negativo da propriedade, a exclusão de qualquer outra pessoa, por não ser um caráter distintivo dessa relação jurídica. Todo direito, como poder de ação, é exclusivo dentro da sua esfera” (Clovis Bevilacqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 7a tiragem, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1940, p. 1005).

23 Ou, nos termos do Código Civil brasileiro, “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (art. 524).

24 J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil ... cit.*, p. 275.

25 Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 153.

26 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V (arts. 153, par. 2. – 159, 2a. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 395.

27 Ou seja, como bem analisa Maria Luísa Faro Magalhães, o texto constitucional “não circunscreve os contornos do instituto. Limita-se apenas a consagrá-lo” (Maria Luísa Faro Magalhães, *Função social ... cit.*, p. 149).

28 Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 4.

29 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, in Revista de Direito Público, v. 20 (84), out./dez. 1987, p. 39.

30 Exceções há, como no caso de intervenção administrativa (cf. Código de Defesa do Consumidor, art. 56, inciso XI). Aqui, porém, trata-se de **sanção**, que não tem caráter de medida permanente, sendo, em verdade, adotada no interesse também do próprio proprietário, no sentido de sanear aquilo que lhe pertence e que, pela sua importância social, não pode ser simplesmente abandonado às incertezas do mercado. Ainda nos termos do CDC, “A pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade” (art. 59, par. 2).

Assim, p. ex., ao legislador é lícito fixar as regras de herança (determinando a porção devida ao cônjuge), estabelecer o valor dos impostos que incidem sobre a propriedade, determinar os requisitos para sua alienação ou aquisição; pode ele, enfim, impor a forma e extensão do uso do bem. É esse poder estatal genérico que, historicamente, legitima e suporta a proteção do meio ambiente. Nenhuma dessas atuações estatais é considerada, *a priori*, indevida ou passível de desapropriação.

Na perspectiva ambiental contemporânea – na esteira da aceitação da tese de que o domínio “não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava”³¹ – é bom ressaltar que, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o “estado natural” da *res* ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características de que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica.

6. Os limites do direito de propriedade

Feitas essas considerações introdutórias, podemos classificar os limites do direito de propriedade em dois tipos básicos: a) **internos** e b) **externos**.

Ambas as categorias de limites justificam-se ora pelo desejo do legislador de salvaguardar o indivíduo, isoladamente considerado (direitos de vizinhança, p. ex.), ora com o claro intuito de alcançar objetivos supra-individuais (bons costumes, saúde pública, proteção ambiental, etc.).

31 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 96.

6.1. Os limites internos

São eles de natureza **intrínseca** e **contemporânea** à formação da relação de domínio, isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade, verdadeiros elementos de um todo, daí moldando-se como ônus inerentes à garantia. Na ausência deles, como se fossem o ar e a água que propiciam a vida, não se consolida o direito de propriedade, não é ele reconhecido e protegido pela ordem jurídica, pelo menos em sua plenitude.

Entre os limites internos tradicionais estão, exemplificativamente, o respeito aos direitos dos outros proprietários (regras de vizinhança), a proteção da saúde pública (proibição do consumo de entorpecentes, exigência de higiene nos estabelecimentos comerciais ou a possibilidade de execução de cães com hidrofobia, p. ex.) e o resguardo dos bons costumes (vedação de casas de prostituição, entre outros).

As regras de vizinhança encontram fundamento na máxima de que o direito de um estanca no direito de outrem, com o explícito “propósito de facilitar o convívio social”³²; já os deveres de cunho coletivo, diversamente, são decorrência das exigências da convivência em sociedade, refletindo preocupações mais complexas e difusas; em muitos casos, apresentam uma origem comum, a **função social da propriedade**.

De fato, no princípio do Século XX, surge outro feixe de restrições, agora sob o amparo da função social da propriedade, que atua, conforme destaca **José Afonso da Silva**, “na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na **predeterminação** dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”³³. É nesse contexto funcional que

32 Silvio Rodrigues, *Direito Civil. Direito das Coisas*, vol. V, 12a edição, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 85.

33 José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2a edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 66, grifo nosso.

mais aparece e justifica-se a proteção do meio ambiente (a Reserva Legal, as Áreas de Preservação Permanente, o controle das emissões poluidoras, etc.).

Aqui, advirta-se que os deveres conexos à função social da propriedade são ontologicamente apartados de certas técnicas jurídicas limitativas do exercício dos poderes do domínio, os limites externos. A função social é “elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo”, caracterizando-se os deveres daí decorrentes “como encargos **ínfitos ao próprio direito**, orientando e determinando seu exercício, de modo positivo”.³⁴

Na esfera dos limites internos, por conseguinte, não se pode falar em desapropriação, pois um ônus indissociável da propriedade não tem o dom de ser, a um só tempo, seu **elemento** e uma intervenção desapropriadora. Não se pode compensar pela negação (desapropriação) de um direito que não se tem. Tais figurantes internos colocam-se como condicionadores *a priori* do direito de propriedade. No geral, a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta *sobre* o direito de propriedade, mas uma função inserida **no** direito de propriedade, dele sendo fragmento inseparável. Em resumo, os limites internos não aceitam a imposição do dever de indenizar, exatamente porque fazem parte do feixe de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade.

6.2. Os limites externos

Se os limites internos antecedem o direito de propriedade, os **limites externos**, diferentemente, *lhe* são **consecutivos**: pressupõem uma dominialidade que opera em sua plenitude, totalmente consolidada por respeitar os limites primordiais.

³⁴ Roger Raupp Rios, *Função social da propriedade*, in Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 6 (55), mar., 1994, p. 20, grifo nosso.

É o caso, p. ex., de necessidades da Administração Pública em relação ao uso, por ela mesma, de atributos (servidão de passagem, entre outros) ou da totalidade da propriedade (construção de estradas, escolas, etc). Ressalte-se que mesmo certas restrições feitas em nome do meio ambiente, porque vão além do formato constitucional, no **rigor** e **extensão** de seu balizamento, podem vir a caracterizar-se como limites externos, passíveis, portanto, de imposição da obrigação de indenizar: p. ex., a instituição, em terras particulares, de Parque Nacional, Estadual ou Municipal, Reserva Biológica³⁵ ou Estação Ecológica.

7. A função social da propriedade está na base da proteção do meio ambiente

Como vimos, o direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que “a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade”.³⁶

A estruturação do direito de propriedade “divide-se por entre a declaração de sua existência – com o conseqüente reconhecimento estatal – e a submissão à idéia de função social”, que *lhe* impõe restrições, “justificadas, sempre, por interesses superiores e delineadas, em seus contornos, por legislação própria”.³⁷

³⁵ Segundo o Código Florestal, “é proibida **qualquer** forma de exploração dos recursos naturais nos parques e reservas biológicas” (art. 5, a), grifo nosso); de maneira assemelhadas, a Lei n. 5.197/67 (antigo Código de Caça) estabelece que nas Reservas Biológicas estão proibidas “as atividades de utilização, perseguição, caça, apanha, ou introdução de espécimes na fauna e flora silvestres e domésticas, bem como **modificações** do meio ambiente a qualquer título” (art. 5, a), grifo também nosso).

³⁶ Rudolf Dolzer, *art. cit.*, p. 13.

³⁷ Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição ... cit.*, p. 154.

Em alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano, tal formulação vem aceita como simples decorrência natural e infraconstitucional do próprio direito de propriedade. As ordens constitucionais mais recentes, contudo, desejosas de evitar problemas de interpretação, preferem dizer, de modo direto e indubitado, que a propriedade está, sempre e em qualquer situação, demarcada por sua função social.

7.1. Obrigações negativas e positivas da função social da propriedade

Num primeiro momento, ainda sob forte influência da concepção individualista ultrapassada, defendeu-se que a função social da propriedade operava somente através de imposições **negativas** (do tipo “não-fazer” ou “deixar fazer”). Posteriormente – com maior razão nas ordens constitucionais mais recentes – percebeu-se que o instituto atua principalmente pela via de prestações **positivas** a cargo do proprietário³⁸, sem que isso signifique abandono da serventia das regras proibitivas passivas, obstativas do uso antissocial da propriedade. Assim, sempre que necessário, a função social, mais que aceita, requer, a promulgação de regras **impositivas**, que estabeleçam para o **dominus** obrigações de agir, na forma de compromissos positivos com as finalidades sociais, clamando por “comportamentos **ativos** que se alinhem na direção do proveito social”³⁹ donde poder o Estado, já que se trata de **função social ativa**⁴⁰ “pretender dos proprietários que concorram nessa direção – e não apenas que se abstenham de adversar essa diretriz”.⁴¹

38 Veja-se, p. ex., que, nos termos da Constituição, a “coletividade” tem o “dever” de “proteger e preservar” o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); trata-se, claramente, de dicção que, por extrapolar o molde de simples previsão de **proibição** ou determinação de comportamentos **passivos**, exige atuação **positiva** do cidadão, aí incluído o proprietário.

39 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Novos aspectos ... cit.*, p. 45, grifo no original.

40 Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 249.

41 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Novos aspectos ... cit.*, p. 45.

Na mesma linha, **Eros Roberto Grau** acentua “que o princípio da **função social da propriedade** impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de **exercê-la** em benefício de outrem e não, apenas, de **não a exercer** em prejuízo de outrem. Isso significa que a **função social da propriedade** atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestações de **fazer**, portanto, e não, meramente, de **não fazer** – ao detentor do poder que deflui da propriedade”.⁴²

No modelo brasileiro, a estrutura **bipolar** da função social decorre, essencialmente, do desenho mais detalhado adotado pelo constituinte de 1988, consciente que estava dos prejuízos causados por anos de ambigüidade e dificuldades exegéticas. Não surpreende, pois, que o princípio geral venha, na Constituição, caracterizado de modo muito mais claro e preciso do que se observa noutros textos constitucionais igualmente modernos. Na ótica ambiental, em adição ao art. 225, pelo menos em dois outros dispositivos – os arts. 182 e 186 –, na doutrina abalizada de **Fábio Konder Comparato**, “a função social da propriedade é apresentada como imposição do **dever positivo** de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade”.⁴³

7.2. Importância da função social da propriedade na proteção do meio ambiente

Para fins de proteção do meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois, já dissemos, todo e qualquer controle que dela decorra, exceto quando a Constituição expressamente o afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação, direta ou indireta.

42 Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica ... cit.*, p. 250, grifo no original.

43 Fábio Konder Comparato, *Estado, empresa e função social*, in Revista dos Tribunais, v. 732, out. 1996, p. 43, grifo nosso.

No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha⁴⁴, a teoria da função social da propriedade não tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do Direito e no funcionamento do mercado; a verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos. Um balanço objetivo comprova que a concepção apresenta pouco – para não dizer nenhum – impacto na forma como são julgados certos casos em que estão em discussão limites internos do direito de propriedade, em particular os de caráter supraindividual, exatamente o cerne de sua operação; inexistente, nesse sentido, exemplo melhor do que aquele que está sucedendo em termos de desapropriação indireta por proteção ambiental.

Havendo, de fato, tanta carência de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da **função sócio-ambiental da propriedade**, tardio desdobramento⁴⁵ – legislativo, doutrinário e jurisprudencial – daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira.⁴⁶ Mais especificamente, no contexto rural, bem reduzida ficou a ambigüidade conceitual na Constituição, mazela que, até hoje, mantém como refém a noção geral de função social da propriedade. Para o campo, a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio

44 Rudolf Dolzer, *art. cit.*, p. 27.

45 Ou, nas palavras de Maria Luísa Faro Magalhães, “reciclagem” do instituto já tradicional da função social (Maria Luísa Faro Magalhães, *Função social ... cit.*, p. 150).

46 Basta lembrar que a Constituição italiana, ao prever, expressamente, a função social da propriedade, o faz apenas com o intuito de torná-la acessível a todos, sem qualquer intenção de proteger o meio ambiente natural (Giampiero di Plinio, *Ob. cit.*, p. 8).

Mais precisa e completa que a nossa, só a Constituição colombiana, de 1991, que determina: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (art. 58).

ambiente”⁴⁷, pressupostos do cumprimento da função sócio-ambiental, encontram “parâmetros objetivos e definidos no âmbito da própria legislação”⁴⁸, ou seja, nas normas ambientais.

A função social da propriedade, já vimos, legitima certas interferências legislativas, administrativas e judiciais; na ausência de sua previsão constitucional expressa, tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, pois, indenização. No entanto, adotado e prestigiado o instituto como foi pela Constituição, nada é devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional. Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente (podendo-se falar, inclusive, “em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente”⁴⁹) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior.

8. A regra geral: a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação

Exceto quando impede, por inteiro, o uso da integridade da propriedade, a proteção do meio ambiente, então, nada tira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu. Guardadas as devidas proporções, é como se o direito de propriedade equivalesse ao corpo humano e a proteção do meio ambiente, a um de seus órgãos vitais: sem um, o outro não sobrevive. O controle da degradação ambiental conforma “o próprio perfil do direito de propriedade”⁵⁰.

47 Constituição Federal, art. 186, inciso II.

48 Maria Luísa Faro Magalhães, *Função social ... cit.*, p. 151.

49 Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina ... cit.*, p. 15.

50 Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina ... cit.*, p. 13.

No Brasil, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos arts. 5, 170, inciso VI, 184, par. 2, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. A propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma **ordem pública ambiental**⁵¹: essa a principal repercussão dos dispositivos constitucionais acima referidos. Como ensina **Eros Roberto Grau**, diante da manifestação expressa da nossa Constituição, o “debate que, no regime constitucional anterior, nutria-se em torno da possibilidade de integrar-se à proteção ambiental no âmbito da função social da propriedade resulta agora superado”⁵².

No último texto constitucional, de fato, “observa-se um alargamento do âmbito das restrições em razão de interesses sociais, mas que se situam em planos nos quais se justifica a orientação. Com efeito, a defesa das condições da vida, a preservação do meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico são valores básicos para o homem e para a sociedade, na defesa de bens relacionados com a própria manutenção da espécie, face os perigos e os efeitos decorrentes de excessos e de danos e, de outro lado, à preservação da memória nacional, como princípio para a própria unidade e para a identificação da nação”⁵³.

É por isso que, por princípio, pode – e deve, já que se encontra constitucionalmente obrigado – o Estado restringir a utilização da propriedade, determinando a interdição de atividades e destruição ou demolição de obras que estejam

51 Cf., sobre o tema da **ordem pública ambiental**, Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 57-58.

52 Eros Roberto Grau, *Proteção do meio ambiente (caso do Parque do Povo)*, in Revista dos Tribunais, vol. 707, abril de 1994, p. 250.

53 Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição ... cit.*, p. 158.

em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-infrator. Ao afirmar “que a função social da propriedade é princípio basilar da ordem econômica e social, a Carta do País deixou explícito que a propriedade e, portanto, todas as suas expressões naturais – o uso, o gozo e a disposição do bem – não só podem, mas **devem**, ser regulados de maneira tal que se sujeitem às conveniências sociais e que se alinhem nessa destinação, de tal modo que a propriedade cumpra efetivamente uma função social”⁵⁴.

Na equação ambiente-propriedade, a complexidade da questão posta, então, não reside, abstratamente, no **poder** conferido ao Estado para reger o uso dos bens privados, mas nas **fronteiras** concretas dessa incumbência, que deflui da Constituição Federal.

9. Desapropriação indireta, Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal

Os abusos em sede de desapropriação indireta por restrição ambiental são passíveis de ocorrência na instituição de qualquer **unidade de conservação** ou **área especialmente protegida**.

Todavia, como já fizemos referência, nosso enfoque concentra-se em duas modalidades de espaços tutelados: as Áreas de Proteção Ambiental e a Reserva Legal.

9.1 Considerações gerais

Logo de início, tenha ou não a restrição ambiental origem no Código Florestal, podemos afirmar que, em tese, há desapropriação indireta sempre que a Administração Pública, ao interferir com o direito de propriedade:

- a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos Parques estatais);

54 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Novos aspectos ... cit.*, p. 42.

- b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação;
- c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu.

Nessas três hipóteses, o domínio, mediante justa indenização, há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo daquela, como consequência de, por ato seu, nas expressões apropriadíssimas do **Ministro Celso Mello**, “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade”⁵⁵.

Diferentemente, não cabe indenização, *tout court*, quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da **função sócio-ambiental**, regrar a forma do uso, privilegiar – ou mesmo interditar – usança em detrimento de outras.

A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de **todos** os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual – com seu crescente mercado de plantas ornamentais, piscicultura, essências e ecoturismo – vamos nos deparar com áreas em que a **única** possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.

Além disso, se é certo que a ordem jurídica reconhece ao proprietário o direito de usar sua propriedade, nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o **melhor**, o

55 Recurso Extraordinário n. 134.297-8 – SP – Rel. Min. Celso Mello – v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 142.

mais lucrativo ou mesmo o **mais apazível** uso possível. No caso da propriedade rural, o “direito de exploração econômica” só é cancelado quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. É com base no mesmo art. 170 que o legislador limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos, proíbe a usura, regra a relação locatícia, chegando mesmo a negar o importantíssimo direito de alienação (p. ex., na venda ao tutor) e restringe o direito de testar.

Em todas essas hipóteses de regramento ou até confinamento de usos, não se cuida, é claro, de supressão (desapropriação) do direito de propriedade, pois não desaparece a **totalidade** do valor econômico⁵⁶, das prerrogativas ou dos atributos da dominialidade. Como já notavam os clássicos, não caracteriza “desapropriação a medida que apenas, no interesse público, vede certo uso do bem, ou se inclua em direito de vizinhança”.⁵⁷ Vale dizer, inexistem, nesses casos, “apossamento administrativo, que pressupõe ocupação pelo Poder Público”.⁵⁸

9.2 As Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal

O Código Florestal estabelece o regime nacional de utilização sustentável dos solos com cobertura florestal, enxergadas as florestas como “bens de interesse comum a todos os habitantes do País”.⁵⁹

56 No caso da Serra do Mar, p. ex., quantos dos imóveis – objeto das inúmeras desapropriações indiretas não encontrariam – se anunciados os compradores entre toda uma classe de “yuppies”, hoje mais interessados em sossego, verde e equilíbrio ambiental do que em exploração agrícola ou madeireira?

57 Pontes de Miranda, *Comentários ... cit.*, p. 425.

58 Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação n. 205.532-2/0, comarca de Iguape, rel. Des. Breno Guimarães, j. em 8.3.93.

59 Código Florestal, art. 1, *caput*.

A lei traz **dois** instrumentos principais de salvaguarda ambiental, que, na sua fundamentação ecológica e jurídica (constitucional e infraconstitucional), não se confundem.

O primeiro, a chamada **Área de Preservação Permanente** (APP), tem duas subespécies:

a) **APPs ope legis** (ou legais), chamadas como tal porque sua delimitação ocorre no próprio Código Florestal). Vêm previstas no art. 2º, do Código Florestal, incluindo, p. ex., a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 1800m; e,

b) **APPs administrativas**, assim denominadas porque sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente.⁶⁰ Têm assento no art. 3º, do Código Florestal, e visam a, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias.

Ao lado das APPs, o Código Florestal prevê uma segunda modalidade de regulação das áreas vegetadas, a **Reserva Legal** (arts. 16 e 44), que encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela **proteção da biodiversidade**, que, a toda evidência, não está assegurada com as APPs, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.

Alteração legislativa de 1989, equiparou as “áreas de preservação permanente”, previstas no art. 2, do Código Florestal, a “reservas ou estações ecológicas”.⁶¹ Nos termos

60 Não se deve olvidar que tais APPs “já são consideradas protegidas desde a edição do Código Florestal. O Poder Público, no caso, limita-se a identificar, demarcar e declarar a proteção de tais regiões” (Paulo de Bessa Antunes, *Ob. cit.*, p. 208).

61 Cf. art. 18, *caput*, da Lei n. 6938/81, com a redação trazida pela Lei n. 7804/89.

da Lei n. 6902/81, a União, os Estados e os Municípios só poderão instituir **Estações Ecológicas**⁶² “em terras de seus domínios”.⁶³ Diversamente, as **Reservas Ecológicas** podem ser tanto **oficiais** (públicas) como **privadas**⁶⁴, conforme sua titularidade originária.⁶⁵

Logo, a Lei n. 6938/81, ao transformar as APPs do art. 2, do Código Florestal em “reservas ou estações ecológicas”, o fê-lo da seguinte forma: será “estação ecológica” se e onde a terra for de domínio público; ao revés, estaremos diante de “reserva ecológica”, na hipótese do terreno ser particular⁶⁶.

Nas Estações Ecológicas, a titularidade do domínio pertence, de forma obrigatória, ao ente estatal; se, no momento da instituição, estiver em mãos privadas, a área necessariamente precisa ser desapropriada. Em situação diversa, as Reservas Ecológicas aceitam que o *dominus* continue sendo o particular – mantido com ele o poder de exclusão, disposição e transmissão – mas a área submete-se a **controle ambiental** (e nada mais que isso) do órgão federal.⁶⁷

62 É a Lei n. 6902/81 que define as Estações Ecológicas como aquelas “áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinados à realização de pesquisa básicas e aplicadas de Ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista” (art. 1, *caput*).

63 Art. 2.

64 A classificação (de pública ou privada), ademais, serve para as unidades de conservação em geral (José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 2 edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 160). Ou seja, nem toda unidade de conservação é pública.

65 Conforme estabelece o Decreto n. 89.336, de 31.1.84, “As Reservas Ecológicas serão públicas ou particulares de acordo com a sua situação dominial” (art. 1, par. 2).

66 Nesse ponto, o Decreto n. 89.336/84 e a Resolução CONAMA n. 04, de 18.9.85, estão em total desconformidade com o que dispõe o artigo 18 da Lei n. 6.938/81. Assim é porque os dois atos normativos limitam-se a caracterizar como Reserva Ecológica “as formações florísticas e as áreas de florestas de preservação permanente” (art. 1, do Decreto e da Resolução) listadas pelo art. 2, do Código Florestal, não mencionando, como faz o art. 18, da Lei n. 6938/81, que tais fragmentos podem ser também Estação Ecológica.

67 O IBAMA, nos termos do art. 18, da Lei n. 6938/81.

A equiparação do art. 18, *caput*, da Lei n. 6938/81, por fazer referência apenas às áreas descritas no art. 2, do Código Florestal, não vale para a Reserva Legal, que não retira sua previsão desse dispositivo. Por isso mesmo, é impróprio confundir “reserva ou estação ecológica” com “reserva legal”. A distinção não é só legal. A Reserva Legal é sempre **territorialmente limitada**, raramente passando de 20% (Sul, Leste Meridional, e parte sul do Centro-Oeste brasileiro⁶⁸) e 50 ou 80% (Região Norte e parte do Centro-Oeste, conforme a fitofisionomia da área⁶⁹) do imóvel, privado ou público⁷⁰; por isso mesmo, é indenizável.

Já observamos que, diversamente, outras unidades de conservação, conforme sua configuração, podem chegar a atingir **todo** o imóvel, inviabilizando, por inteiro, qualquer forma de exploração econômica, o que gera, evidentemente, dever de indenizar.

Em linhas gerais, nenhum dos dispositivos do Código Florestal consagra, aprioristicamente, restrição que vá além dos **limites internos** do domínio, estando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados; demais disso, não atingem, na substância, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto algum as APPs e a Reserva Legal reduzem a **nada**

os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos. Diante dos vínculos que sobre elas incidem, tanto aquelas como esta aproximam-se muito de modalidade moderna de **propriedade restrita**⁷¹, restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade.

Tanto as APPs **ope legis**, como a Reserva Legal são, sempre, limites **internos** ao direito de propriedade e, por isso, em nenhuma hipótese são indenizáveis⁷². Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas⁷³. Não importam, **per se**, novamente tomando por empréstimo as palavras do **Ministro Celso Mello**, “em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade”⁷⁴. A desapropriação, sabe-se, “priva o particular do bem de que é proprietário”⁷⁵; ora, não é isso que se dá com as APPs e Reserva Legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular.

Se “desapropriar é retirar a titularidade de alguém”⁷⁶, não se pode falar, como regra, em conduta desapropriante na proteção do meio ambiente (do qual fazem parte as florestas nativas) pela via da Reserva Legal e das APPs, que do *dominus* nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais – mantidos em poder do titular do

68 Código Florestal, art. 16, a).

69 Nos Estados da Região Norte e na parte Norte da Região Centro-Oeste, por força do que dispõe a Medida Provisória n. 1511, de 25.7.96, até a presente data ainda não apreciada pelo Congresso Nacional, a Reserva Legal será de 80% nas “propriedades onde a cobertura arbórea se constitui de fitofisionomias florestais” (art. 1). Para as outras tipologias florestais, continua válido o percentual mínimo de 50%.

70 Representando, portanto, nos Estados mais ao Sul do Brasil, um impacto modesto na relação dominial, quando se considera que, na inexistência de APPs significativas (terreno não-montanhoso, p. ex.), o proprietário terá à sua disposição sempre uma boa parcela de sua propriedade para atividades produtivas.

No caso da Amazônia, o impacto também não é considerável, ao ponto de justificar indenização por desapropriação indireta, principalmente quando se leva em conta a imensidão da região, as dificuldades naturais de exploração, a origem especulativa de grande parte dos títulos existentes e a carência de meios para comercializar o que é produzido.

71 Propriedade restrita é aquela em que algum ou vários dos seus poderes elementares estão, total ou parcialmente, destacados e atribuídos a outrem. No caso das APPs e Reserva Legal, nos termos do art. 225, da Constituição, os **atributos ambientais** da propriedade, apesar de mantidos em poder do proprietário, por extensão são igualmente conferidos à coletividade e às gerações futuras. Sobre propriedade restrita ou limitada, cf. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 88; Silvío Rodrigues, *Ob. cit.*, p. 82.

72 No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 388.

73 Aliás, o Código Florestal, no caso da Reserva Legal, é expresso, prevendo a vedação de “alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área” (arts. 16, par. 2, e 44, par. único).

74 Recurso Extraordinário n. 134.297-8 – SP – Rel. Min. Celso Mello – v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 141.

75 Orlando Gomes, *Ob. cit.*, p. 109.

76 Pontes de Miranda, *Comentários ... cit.*, p. 410.

direito de propriedade – serão resguardados, no seu próprio interesse (de sua propriedade) e das gerações futuras, agrupamento que inclui, é bom lembrar, seus descendentes. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela **gestão racional** dos recursos ambientais, procurando assegurar sua “fruição futura”,⁷⁷ sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.

Já as APPs do art. 3, conforme o caso, devem, ser indenizadas,⁷⁸ especialmente quando:

- a) faltar-lhes o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários);
- b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e,
- c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

A matéria, como se vê, embora confusa do ponto de vista da nomenclatura,⁷⁹ não oferece grandes dificuldades, no quadro da Constituição e da legislação ordinária. Infelizmente (para todos!), não é assim no dia-a-dia dos tribunais, onde ações desapropriatórias indiretas, ao arrepio dos mais elementares princípios constitucionais e legais, vêm sendo bem sucedidas, condenando-se o Poder Público a indenizar APPs e Reserva Legal, mesmo em ações propostas após a expiração do prazo prescricional (o Código Florestal é de 1965!).

77 Paolo Dell'Anno, *Manuale di Diritto Ambientale*, Milani, CEDAM, 1995, p. 90.

78 Paulo Affonso Leme Machado, *Ob.cit.*, p. 390.

79 Aqui está uma das grandes dificuldades do Direito Ambiental. Muitas de suas normas trazem terminologia e conceitos não-jurídicos, pouco conhecidos pelos juristas (Paulo de Bessa Antunes, *Ob. cit.*, p. 203). Não espanta, pois, que, no âmbito das desapropriações indiretas, os autores usem e abusem dessa fragilidade dos juízes, membros do Ministério Público e Procuradores da Fazenda.

Se as instituições envolvidas não acordarem rapidamente para os abusos que estão sendo praticados, em pouco tempo teremos o esforço de várias décadas em favor do meio ambiente completamente desperdiçado. Morreremos todos na praia, tomando de empréstimo a máxima popular.

O Judiciário e o Ministério Público precisam estar atentos às tentativas – muitas vezes bem sucedidas – de transformar o dever-direito de justa indenização em via de lucros fáceis e de enriquecimento sem causa. Como muito bem ressalta **Pereira Calças**, brilhantíssimo Magistrado paulista, “a justa indenização é um conceito que se aplica tanto aos proprietários desapropriados, como ao Poder Público expropriante, pois se não é justo que o dono do imóvel não receba a indenização suficiente para adquirir outro imóvel semelhante ao que lhe foi expropriado, evidentemente, também não é justo que o Estado pague valor acima do mercado, pois os custos da desapropriação são suportados por toda a coletividade, que é, a final, quem paga a conta do ato expropriatório”.⁸⁰

10. É hora de, na perspectiva do meio ambiente e das gerações futuras, revisitar e reescrever os direitos reais no Brasil

Que a Constituição Federal de 1988 trouxe extraordinárias modificações ao direito de propriedade é fato incontestável. Contudo, muito do que ainda se lê nos manuais e igualmente nos chega pela via jurisprudencial é produto integral das concepções já superadas, do **ancien régime** constitucional.

Como todos sabem, o domínio, em nosso ordenamento, “tem passado, desde o terceiro decênio do século, por transformação profunda, à qual ainda não se habituaram

80 Tribunal de Justiça de São Paulo, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 256.302-2 (Iguape), rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

os juristas, propensos à só consulta do Código Civil, em se tratando de direito de propriedade”.⁸¹

O Direito Ambiental – e com ele todos os instrumentos destinados a viabilizar o **desenvolvimento sustentável** – não enseja, de maneira alguma, o enfraquecimento ou a destruição do direito de propriedade. Ao revés, a nova disciplina é manifestação necessária e legítima de um direito supra-individuais (o meio ambiente ecologicamente equilibrado) que, no plano constitucional, participa da própria gênese do direito de propriedade e o condiciona. No fundo, a norma ambiental tão-só deseja um mínimo de “ponderação ecológica”, para usar a referência de **Gomes Canotilho**,⁸² no sentido de obrigar os empreendedores e todos os operadores jurídicos a levarem em conta, em suas decisões e valorações, a proteção do meio ambiente.

Em outras palavras, toda a matéria dos direitos reais, a começar pelo art. 524, do Código Civil, precisa, agora, após a Constituição Federal de 1988, ser repensada e reescrita, pois o sistema codificado, se antes já não estava, agora, decididamente, não se encontra em sintonia com o mandamento constitucional. No novo paradigma, não há dois campos distintos, o dos direitos reais e o dos direitos ambientais. Ambos se fundiram. Merecida, nessa linha, a reprimenda aos juristas brasileiros, privatistas e publicistas, sem distinção, que faz **José Afonso da Silva** ao afirmar que todos têm uma condenável tendência a esquecer “as regras de direito público, especialmente de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais para lembrar que a Constituição garante o direito de propriedade, que, assim, torna-se, em princípio, intocável, salvo exceções estritamente estabelecidas, e quando

81 Pontes de Miranda, *Comentários ... cit.*, p. 397.

82 José Joaquim Gomes Canotilho, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n. 1, junho 1994, p. 59.

mencionam o princípio, também constitucional, da função social, só o fazem para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o ainda com o poder de polícia”.⁸³

O fato é que, hoje, por força de impedimento constitucional, o proprietário não tem o direito de poluir ou degradar o meio ambiente de maneira a comprometer a integralidade dos recursos naturais existentes em área passível de exploração econômica. Como já referido, tal se faz em favor do próprio empreendedor, dos seus sucessores e das gerações futuras em geral.

Não há lei ou ato administrativo que possa cancelar tal atitude antiambiental, pois, de origem, contrairia o mal incurável da inconstitucionalidade. Vale dizer, mesmo que a atividade industrial, madeireira, agrícola, pastoril, imobiliária ou de mineração esteja formalmente (o que não quer dizer **validamente**) licenciada, o ato administrativo, se não preservado esse **mínimo ambiental constitucional**, não confere ao administrado os benefícios da segurança decorrentes do ajustamento perfeito ao ordenamento maior, já que, por vício insanável, refuta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁸⁴

Daí ser inadmissível exigir que o Poder Público, ao determinar a instalação de equipamentos de controle da poluição (mesmo a relocação do poluidor) ou o manejo

83 José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico ... cit.*, p. 63.

84 É por isso que o licenciamento irregular (p. ex., para a construção e instalação de uma indústria ou empreendimento imobiliário, ou, ainda, para desmatamento) não gera direito à indenização, quando o Poder Público ou o Judiciário fulmina-o de nulidade, na medida em que para ele contribui o licenciado, seja trazendo elementos informativos insuficientes, enganosos ou mesmo falsos, seja aceitando ou beneficiando-se das premissas equivocadas do ato administrativo.

Em síntese, “mesmo após autorizada a construção e expedido o alvará, este pode ser anulado, se tiver sido deferido ao arrepio da lei e a obra contrariar o interesse público, não se podendo falar em direito adquirido” (Superior Tribunal de Justiça – Recurso em Mandado de Segurança n. 4.600-1 – DF – Rel. Min. Garcia Vieira – j. 6.2.95 – v.u. – Revista do Superior Tribunal de Justiça, maio 1995, p. 193).

sustentável da terra (como sucede com a instituição de APPs e Reserva Legal), indenize o proprietário ou empreendedor, por ofensa ao direito de propriedade. Em verdade, se ofensa há é ao reverso: o degradador ferindo, muitas vezes irremediavelmente, o direito que o cidadão e as gerações futuras têm ao solo, ar e água puros, assim como a não ver sua saúde ofendida. Compensação merecem estes e não o degradador.⁸⁵

Em situações como a do pleito de indenização por APPs e Reserva Legal, não podemos deixar de exteriorizar a nossa surpresa ao ver a mais social das Constituições brasileiras, não resistindo ao assalto de alguns espertalhões, ser obrigada a aceitar um direito de propriedade hipertrofiado, deformidade essa que, a prosseguir, como que em processo autofágico, coloca em risco a existência da ordem constitucional e do próprio domínio, pois este, atesta a realidade, não pode prosperar ou perde em valor quando destituído de qualidade ambiental.

Em síntese, a propriedade, embora mantendo suas prerrogativas e elementos básicos, é hoje estruturalmente diferente daquela prevista pelos regimes constitucionais anteriores. Seria, realmente, absurdo pretender que, no mundo jurídico, só o direito de propriedade ficasse imune às extraordinárias transformações trazidas, nos últimos anos, pelo despertar ambiental.

Nenhum instituto legal tem o poder – para não dizer a legitimidade – de compor sua inflexibilidade às custas do interesse social que lhe dá vida. Como muito bem recorda **Caio Mário da Silva Pereira**, não há “um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos

85 Não é à toa que a Constituição estabeleça que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados**” (art. 225, par. 3, grifei).

permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento”.⁸⁶

Esse, então, o cenário brasileiro, a partir de 1988, com a proteção do meio ambiente afirmando-se através de regras constitucionais de **sobrepropriedade**, oponíveis contra os particulares, mas também contra o próprio Estado, em favor de todos, proprietários individuais, cidadão comum e futuras gerações, ou seja, no interesse do **corpus incertum**.

Um Direito tão claro, como urgente. Uma prática tão confusa, como insensível. No entanto, na precisão de **Paulo Affonso Leme Machado**, nossa “sociedade quer a implementação da legislação ambiental, inclusive em benefício dos miseráveis a resgatar”.⁸⁷

Vamos torcer para que o futuro reserve aos recursos naturais desse imenso Brasil tempos de menor incompreensão.

86 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil. Posse. Propriedade. Direitos Reais de Fruição, Garantia e Aquisição*, 4a edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 71.

87 Paulo Affonso Leme Machado, discurso por ocasião do recebimento do título de Doutor “Honoris Causa”, na UNESP, 12.12.96, inédito.

A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO

Cláudio Brandão

Professor da Universidade Federal de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE. Mestrando em Direito.

SUMÁRIO

1- Conceito da consciência de antijuridicidade. 2- Pressupostos do estudo. 3- Formação da consciência da antijuridicidade. 4- Consciência de antijuridicidade e culpabilidade. 5- Consciência de antijuridicidade e antijuridicidade.

1. A consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de se estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais importante da teoria contemporânea do delito. Sua importância é tamanha que Jescheck chega a afirmar, que “através do reconhecimento da consciência da antijuridicidade como base da reprovação da culpabilidade, o processo de moralização do Direito Penal alemão alcançou o seu cume”.¹

1 Hans-Heirich Jescheck. “A Nova Dogmática Penal e a Política Criminal em Perspectiva Comparada”, in *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro:Forense, 1992, p.233. Em outra obra o autor assim se expressa: “El reconocimiento de la consciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad por la fundamental sentencia del Gran Senado para asuntos penales de 18 marzo 1952 (BGH 2, 194[201]) constitui un hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del Derecho Penal alemán. (...) con la admisión del requisito de la consciencia del injusto para el reproche de culpabilidad se há emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad”. (*Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Tomo I, Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona:Bosch, 1981, p.622.)

A consciência da antijuridicidade é o reverso do erro de proibição. Enquanto o erro de proibição consiste na falta de apreensão do caráter ilícito da conduta, a consciência da antijuridicidade consiste na percepção do caráter ilícito da ação. A ação humana passa por várias fases, uma delas é a sua elaboração intelectual. É nessa fase que surge a consciência da antijuridicidade, que pode ser traduzida num conhecimento prévio da significação ilícita do comportamento. O conhecimento é dito prévio porque é anterior à modificação do mundo exterior, acarretado pela referenciada ação.

Classifica-se a consciência da antijuridicidade em consciência da antijuridicidade formal e consciência da antijuridicidade material. A consciência da antijuridicidade formal exige, para o seu perfazimento, o prévio conhecimento da norma que dá à conduta o caráter de ilícita, assim, por exemplo, o sujeito só terá consciência da ilicitude de sua conduta homicida, se conhecer o art. 121 do Código Penal. Dentre os autores que sustentam a consciência formal da antijuridicidade, destaca-se von Liszt, que afirma: a multi-referenciada consciência da antijuridicidade só se perfaz se o autor sabe que “*su ato ataca, lesionando o poniendo en perigo, los intereses juridicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la coletividad*”.²

A consciência da antijuridicidade material exige apenas que o sujeito apreenda o caráter anti-social da ação, tendo por base a experiência adquirida na vida em sociedade, é a chamada consciência profana do injusto. Essa segunda posição, vigente no direito brasileiro, é defendida pela maioria da doutrina. Wessels afirma que “o objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida”,³ enquanto Asúa alerta

2 Franz von Liszt. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid:Reus, s/d, p.414.

3 Johannes Wessels. *Direito Penal - Parte Geral*, Trad. Juarez Tavares, Porto Alegre:Fabris, 1976, p.90.

que não se pode exigir a consciência formal da ilicitude “*porque ello nos levaría a la exigencia del conocimiento del derecho escrito en todos los individuos, lo que es realmente imposible*”⁴

A consciência da antijuridicidade, deve-se ressaltar, não precisa ser atual, bastando que ela seja potencial. Isto significa que não é necessário, para que surjam seus efeitos jurídicos no âmbito da culpabilidade – conforme se verá adiante – que ela esteja realmente presente no indivíduo, basta que o sujeito tenha tido condições de auferi-la no seu convívio social. Welzel afirma que é dever do indivíduo informar-se, por isso se reprova o sujeito quando, em que pese o mesmo não ter a consciência atual da ilicitude, ele poderia tê-la adquirido se procurasse se informar.⁵

2. Figueiredo Dias nos ensina que só podemos estudar a consciência da antijuridicidade partindo da análise teórica dos termos consciência e antijuridicidade.⁶ A conceituação de antijuridicidade pode ser sintetizada como “um juízo de valor negativo ou desvalor que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando a ação o caráter de não querida pelo Ordenamento Jurídico”⁷; quanto à questão da definição de consciência, é certo que não é um conceito jurídico propriamente dito, devendo-se buscar na Psicologia sua definição. Contudo, não devemos absorver o conceito de consciência

4 Luis Jiménez de Asúa. *Teria Juridica del Delito*, Buenos Aires:Universidad del Litoral, 1956, p.83.

5 Hans Welzel. “La Posizione Dogmatica della Dottrina Finalistica dell’Azione”, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milano:Guiffre, ano IV, n°1-2, gen-apr 1951, p.12

6 Jorge de Figueiredo Dias. *O Problema da Falta de Consciência de Ilicitude em Direito Penal*. 3ªed. Coimbra: Coimbra editora, 1987, p.4.

7 Cláudio Brandão. “A Importância da Conceituação da Antijuridicidade para a Compreensão da Essência do Crime”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília:Senado Federal, ano 34, n°133, jan-mar 1997, p.24.

simplesmente como ele é apresentado na Psicologia. Com efeito, é tarefa do hermeneuta do Direito adequar este conceito à categoria lógico-jurídica que precisa ser estudada (isto é, deve adequá-lo à consciência da antijuridicidade, de acordo com sua função no Direito Penal).

Não se poderia, por exemplo, no âmbito penal, definir a consciência como sendo um estado de espírito. Se assim se definisse nenhuma contribuição traria para a compreensão do problema.

Para o Direito Penal, considera-se a consciência como um saber perceptivo no sentido de um estado disposicional, a saber, a consciência é uma apreensão de sentido, com base na percepção.

3. Em recente tese, o professor Chaves de Camargo, da Universidade de São Paulo, baseado no código de comunicação de Habermas, propõe uma moderna teoria para explicar a formação da consciência da antijuridicidade. Para o autor, a sociedade é formada por diversos grupos sociais, que mantêm entre si um código de comunicação. O que caracteriza a integração do indivíduo na sociedade é sua participação solidária no mesmo código de comunicação. Essa solidariedade permite que a sociedade se componha de ordens legítimas, aceitas pela maioria do grupo social.

O agir comunicativo do indivíduo deverá estar em consonância com os valores condensados nos modelos de comunicação, que estão presentes nas normas. A consciência da antijuridicidade limitará este agir comunicativo do sujeito, que se não agir conforme o direito, terá sua conduta reprovada pelo único instrumento existente para fazer a reprovação da conduta individualmente considerada: a pena.⁸

8 A. L. Chaves de Camargo. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 162.

Através da teoria do Agir Comunicativo, pode-se traçar um perfil da evolução da consciência de ilicitude no indivíduo. A partir dos primeiros anos de vida, a criança vai construindo o seu código de comunicação, tomando consciência do mundo social, até que se integre no dito grupo social, aceitando a veracidade dos conceitos que lhes foram transmitidos.

Com o seu crescimento, através da linguagem, o sujeito constrói um mundo de vida, que é o ponto de partida e de chegada de uma reflexão de toda a sociedade.

Através desse código de comunicação o indivíduo pode apreender o sentido do que é querido pelo Direito e o que não é querido. Assim, é através desse código de comunicação que o indivíduo adquire a consciência da antijuridicidade.

Numa reflexão mais profunda, pode-se afirmar que a consciência da antijuridicidade está presente em qualquer ato de comunicação que o indivíduo realize a partir de quando ele chega a uma reflexão de sociedade⁹.

4. A consciência da antijuridicidade tem por conteúdo a antijuridicidade e por objeto a culpabilidade. Tem por objeto a culpabilidade pois, como veremos, encerra a culpabilidade em si. Tem por conteúdo a antijuridicidade porque a apreensão de sentido é formada tendo em vista a contradição do fato com as exigências do Direito. Entretanto, como alerta Maurach, “com la inclusión del conocimiento del injusto en la estructura total del delito surgió además la necesidad de atribuir, a esta característica, un lugar dentro de los particulares elementos del delito”.¹⁰

9 A. L. Chaves de Camargo. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pp. 165-169.

10 Reihart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, p. 131.

simplesmente como ele é apresentado na Psicologia. Com efeito, é tarefa do hermenêuta do Direito adequar este conceito à categoria lógico-jurídica que precisa ser estudada (isto é, deve adequá-lo à consciência da antijuridicidade, de acordo com sua função no Direito Penal).

Não se poderia, por exemplo, no âmbito penal, definir a consciência como sendo um estado de espírito. Se assim se definisse nenhuma contribuição traria para a compreensão do problema.

Para o Direito Penal, considera-se a consciência como um saber perceptivo no sentido de um estado disposicional, a saber, a consciência é uma apreensão de sentido, com base na percepção.

3. Em recente tese, o professor Chaves de Camargo, da Universidade de São Paulo, baseado no código de comunicação de Habermas, propõe uma moderna teoria para explicar a formação da consciência da antijuridicidade. Para o autor, a sociedade é formada por diversos grupos sociais, que mantêm entre si um código de comunicação. O que caracteriza a integração do indivíduo na sociedade é sua participação solidária no mesmo código de comunicação. Essa solidariedade permite que a sociedade se componha de ordens legítimas, aceitas pela maioria do grupo social.

O agir comunicativo do indivíduo deverá estar em consonância com os valores condensados nos modelos de comunicação, que estão presentes nas normas. A consciência da antijuridicidade limitará este agir comunicativo do sujeito, que se não agir conforme o direito, terá sua conduta reprovada pelo único instrumento existente para fazer a reprovação da conduta individualmente considerada: a pena.⁸

8 A. L. Chaves de Camargo. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 162.

Através da teoria do Agir Comunicativo, pode-se traçar um perfil da evolução da consciência de ilicitude no indivíduo. A partir dos primeiros anos de vida, a criança vai construindo o seu código de comunicação, tomando consciência do mundo social, até que se integre no dito grupo social, aceitando a veracidade dos conceitos que lhes foram transmitidos.

Com o seu crescimento, através da linguagem, o sujeito constrói um mundo de vida, que é o ponto de partida e de chegada de uma reflexão de toda a sociedade.

Através desse código de comunicação o indivíduo pode apreender o sentido do que é querido pelo Direito e o que não é querido. Assim, é através desse código de comunicação que o indivíduo adquire a consciência da antijuridicidade.

Numa reflexão mais profunda, pode-se afirmar que a consciência da antijuridicidade está presente em qualquer ato de comunicação que o indivíduo realize a partir de quando ele chega a uma reflexão de sociedade⁹.

4. A consciência da antijuridicidade tem por conteúdo a antijuridicidade e por objeto a culpabilidade. Tem por objeto a culpabilidade pois, como veremos, encerra a culpabilidade em si. Tem por conteúdo a antijuridicidade porque a apreensão de sentido é formada tendo em vista a contradição do fato com as exigências do Direito. Entretanto, como alerta Maurach, “com la inclusión del conocimiento del injusto en la estructura total del delito surgió además la necesidad de atribuir, a esta característica, un lugar dentro de los particulares elementos del delito”.¹⁰

9 A. L. Chaves de Camargo. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pp. 165-169.

10 Reihart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, p.131.

A culpabilidade, com o finalismo, encontra o seu suporte teórico na consciência da antijuridicidade, *por isso se diz que a consciência da antijuridicidade esta inserida na culpabilidade, sendo elemento desta*¹¹.

A culpabilidade existe desde o Direito Romano, ainda que sem uma base científica estruturada. Os romanos consideravam-na como dolo e distinguiram dois tipos de dolo: o *dolus bonus* e o *dolus malus*. O *dolus bonus* era a sagacidade para enganar, sendo, para eles uma virtude; o *dolus malus* era aquele no qual havia uma vontade aliada a um mau propósito, propósito este conhecido e querido pelo agente, qual seja, era o dolo valorado pela consciência da antijuridicidade. O conceito romano de culpabilidade perdurou durante toda a idade média, período em que vigia o Direito Canônico.

Durante o século XIX, com a hegemonia das ciências naturais, procurou-se uma explicação puramente naturalística para a compreensão da ação humana, surgindo então a Teoria Psicológica da culpabilidade. Para essa teoria, a culpabilidade era um fato da conduta interna do agente, de cunho psíquico, consistindo no dolo e na culpa. O dolo consistia na vontade livre e consciente enquanto a culpa na imprudência, negligência ou imperícia. Nessa época há, pois, um retrocesso no direito penal, posto que não mais se considera o elemento normativo do dolo, abandonando-se a valiosa contribuição do Direito Romano.

Entretanto, esse retrocesso não perdura na ciência do direito! Deveu-se a Frank a concepção psicológico-normativa da culpabilidade, a qual trouxe novamente à tona

11 Numa posição inovadora, mas minoritária, a professora portuguesa Teresa Serra, considera a consciência da antijuridicidade elemento autônomo do juízo de culpa, definitivamente separada do dolo. Entretanto, considera que o dolo tem uma dupla função: pertence a ação e a culpa a um só tempo. (*Problemática do Erro Sobre a Ilicitude*, Coimbra:Almedina, 1991, pp.38-40. 58). A maioria da doutrina, contudo, considera o dolo definitivamente livre da culpabilidade, tendo lugar exclusivamente no tipo.

a valoração dada pelos romanos ao dolo. Desse modo, a culpabilidade era composta pelo dolo e pela culpa, mas ocorre que o dolo não é uma simples vontade, despida de qualquer elemento normativo. Pelo contrário, o dolo era valorado por um elemento normativo, que era justamente a consciência da antijuridicidade.¹²

Com o advento da teoria finalista da ação, a concepção psicológico-normativa da culpabilidade foi rechaçada, dando-se lugar a uma concepção exclusivamente normativa da mesma. Tal teoria foi criada por Hans Welzel, e preconizava que toda ação humana é dirigida a um fim, ou seja, a ação é finalista, por consequência, o elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade.

A consciência da antijuridicidade – na teoria finalista – é a essência da culpabilidade e é o que permite que se faça um juízo pessoal de reprovação sobre o autor do ilícito penal. Tal juízo é feito pelo juiz, que personifica o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, desse modo, é puramente a consciência da antijuridicidade, que é um juízo de valor feito pelo juiz. Deve-se distinguir a valoração (consciência da antijuridicidade) do objeto da valoração (ação). No seu sentido próprio a culpabilidade é só a consciência da antijuridicidade, estando a ação fora da culpabilidade, que é apenas o objeto da valoração. O dolo insere-se no objeto da culpabilidade, qual seja, a ação, nunca na culpabilidade em si; como o tipo penal descreve a ação humana, diz-se acertadamente que, na teoria do finalismo, o dolo está no

12 Sobre esta concepção, são precisas as palavras de Bettiol: “la coscienza dell’antigiuridicità è ancora un dato di fatto che se aggiunge a quelli della previsione e voluntarietà del evento lesivo. Eppure si può dire che la concezione volutativa e normativa della colpevolezza è proprio partita dalla esigenza che l’imperativo della norma sai sentito dalla coscienza individuale nel momento della perpetrazione del reato.” (*Il Problema Penale*, Palermo:G. Pirulla Editore, 1948, pp.97-98). Ver também Bettiol e Mantovani. *Diritto Penale*, Padua:CEDAM, 1986, pp. 508-509.

tipo. É pois a consciência da antijuridicidade que converte a ação e a vontade em ação e vontade culpável.¹³

Francisco de Assis Toledo ensina, com inigualável precisão, que Welzel não adicionou nenhum elemento novo à Teoria do Delito. Ele apenas “rearrumou” seus elementos. Deslocou o dolo para a ação mas fê-lo sem seu elemento normativo, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Isto ocorreu porque o *dolus malus* dos romanos já vivera muito tempo e não poderia subsistir à frente de um direito penal moderno, impregnado de valiosas contribuições da criminologia.¹⁴

Dentro do finalismo, cujas linhas básicas norteiam o Código Penal pátrio, podemos afirmar que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do crime, pois ela é a própria culpabilidade. Diz-se que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do delito por força do princípio **nullum crimen, nulla poena sine culpa**, visto que esse princípio é o corolário máximo das legislações penais modernas, aí incluída a brasileira.

5. Em que pese a consciência da antijuridicidade não estar inserida na antijuridicidade propriamente dita, as relações entre elas são muito estreitas. Como visto, a antijuridicidade é a relação entre o ordenamento jurídico e a ação humana, onde há uma divergência entre o primeiro e a última.

A relação de antijuridicidade não vai induzir a relação de consciência de antijuridicidade. De fato, a relação de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o fato do homem, enquanto a relação de consciência de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

13 Hans Welzel. *Derecho Penal*, Buenos Aires:Depalma, 1956., pp.147 e ss.

14 Francisco de Assis Toledo. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo:Saraiva, 1991, pp. 227-228.

É possível que o fato seja reprovável (antijurídico) sem, contudo, ser culpável (por não ter o autor consciência da ilicitude).

Destarte, pela antijuridicidade infere-se um juízo de desvalor sobre a ação e pela consciência da antijuridicidade faz-se um juízo de desvalor pessoal sobre o autor, por ter agido contrário ao ordenamento jurídico, quando ele poderia dirigir seu comportamento conforme o ordenamento.

Na hipótese do indivíduo agir com consciência da antijuridicidade em um fato que não é antijurídico, ainda que suponha sê-lo, não haverá crime. Isto decorre do fato de ser a antijuridicidade a essência do crime, o crime em si; sem haver primeiro o juízo de antijuridicidade não há que se cogitar em juízo de culpabilidade (consciência de antijuridicidade).

Vejamos o seguinte exemplo:

João vê uma camisa que supõe ser do seu vizinho e pretende subtraí-la para si. Tem a consciência da reprobabilidade do fato, mas mesmo assim decide fazê-lo. Se a camisa realmente for do seu vizinho, haverá a antijuridicidade da ação e, como o autor poderia evitar a ação ilícita, a consciência da antijuridicidade, **rectius**, a culpabilidade perfaz-se plenamente.

Se, entretanto, a camisa pertence ao próprio João e ele supõe por engano pertencer a seu vizinho, não haverá ação antijurídica e, portanto, não haverá culpabilidade, apesar do sujeito ter a consciência da antijuridicidade do seu atuar.

Bibliografia

- ASÚA, Luis Jiménez. *Teria Juridica del Delito*, Buenos Aires: Universidad del Litoral, 1956.
- BETTIOL, Giuseppe e MANTOVANI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*, Padua: CEDAM, 1986.
- BETTIOL, Giuseppe. *Il Problema Penale*, Palermo: G. Pirulla Editore, 1948.
- BRANDÃO, Cláudio. "A Importância da Conceituação da Antijuridicidade para a Compreensão da Essência do Crime", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, nº133, jan-mar 1997, pp.23-31.
- CHAVES DE CAMARGO, A.L.. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Falta de Consciência de Ilícitude em Direito Penal*. 3ªed. Coimbra: Coimbra editora, 1987.
- JESCHECK, Hans-Heirich. "A Nova Dogmática Penal e a Política Criminal em Perspectiva Comparada", in *Ciência e política criminal em honra de Heleno fragoso*, Rio de Janeiro: Forense, 1992. pp. 217-247.
- _____. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Reus, s/d.
- MAURACH, Reihart. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962.
- SERRA, Teresa. *Problemática do Erro sobre a Ilícitude*, Coimbra: Almedina, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, Trad. Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires: Depalma, 1956.
- _____. "La Posizione Dogmatica della Dottrina Finalistica dell' Azione", in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milano: Guiffre, ano IV, nº1-2, gen-apr 1951. Pp.01-16.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*, Trad. Juarez Tavares, Porto Alegre: Fabris, 1976.

A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO¹

Cláudio Souto e Solange Souto
Professores de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Institucionalização e imagem. 1.1. A sociologia do Direito dentro e fora das Universidades brasileiras. 1.2. O ensino da Sociologia do Direito no Brasil. 1.3. A Sociologia do Direito no Brasil e na mídia. 2. Tendência dominantes. 2.1. A relação entre teoria e prática na Sociologia Jurídica brasileira com relação a "modelos" teóricos e epistemológicos da Sociologia Geral e da Ciência do Direito. 2.2. A Sociologia do Direito e as disciplinas vizinhas no Brasil. 3. Pesquisa Sociológica de Instituições Jurídicas. 4. A Emergência do Direito Alternativo. 5. Bibliografia.

1. Institucionalização e imagem

1.1. A Sociologia do Direito dentro e fora das Universidades brasileiras

Por consolidação da Sociologia Jurídica no Brasil entende-se, aqui, apenas o reconhecimento universitário e extra-universitário de sua importância para o conhecimento do direito e sua prática. Não se trata da consolidação científica desse ramo do saber, que não ocorreu ainda em qualquer parte do mundo.

1 Tradução e atualização de texto de Souto e Souto (1990: 113-147). Os dados foram parcialmente obtidos através de questionários enviados aos diretores de Escolas de Direito e a pesquisadores sócio-jurídicos.

Como se escreveu em outro livro: “A ciência social do primeiro mundo não conseguiu ainda, na verdade, definir de modo substantivo (pertinente a conteúdo) e genérico o conceito-chave que é o direito como fenômeno social. São apresentadas definições sócio-jurídicas do direito de caráter tão formal que podem abrigar conteúdos nitidamente contraditórios, em uma imprecisão conceitual significativa que afeta a possibilidade de proposições causais rigorosas sobre direito e realidade social.” (C. Souto, 1997: 94).*

Entendida a consolidação da Sociologia do Direito brasileira do modo somente relativo apontado, poder-se-á detectar um início dessa consolidação a partir dos anos 80, com avanços e recuos, e pertinente essa consolidação sobretudo ao mundo jurídico (cf. Junqueira, 1993: 181-182).

A Sociologia Jurídica encontrava, até há pouco, dificuldades de inserção dentro das Universidades brasileiras. Contudo, sinais favoráveis ao conhecimento sociológico do direito já eram discerníveis, há algum tempo. Mas esses sinais frequentemente se localizavam fora das Universidades e, sobretudo, na pesquisa.

De fato, existe já uma considerável quantidade de pesquisa empírica sócio-jurídica sendo realizada sob a influência de entidades não-universitárias, como é: o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Este Conselho nem mesmo pertence ao Ministério brasileiro da Educação, mas ao Ministério de Ciência e Tecnologia. Embora os projetos de pesquisa financiados por ele sejam principalmente executados por professores universitários, o Conselho, em si mesmo, dedica-se especificamente a promover investigações científicas.

Durante um certo período, o Comitê de Direito do CNPq fomentou intensivamente pesquisas sócio-jurídicas e

* Capítulo inédito da segunda edição revista e aumentada do livro *Sociologia do Direito: uma visão substantiva* (Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre).

estudos de pós-graduação no campo da Sociologia do Direito. Entretanto, por volta de 1990, o CNPq, em sua representação jurídica, parecia bem mais inclinado a promover estudos jurídicos tradicionais.

Porém o CNPq tinha e tem a possibilidade de continuar incentivando, através de seu Comitê sociológico, a investigação sócio-jurídica.

Outro exemplo de entidade não-universitária a estimular a Sociologia do Direito no Brasil é a ANPOCS (Associação Nacional de Estudos Pós-Graduados e Pesquisa em Ciências Sociais). Embora formada por professores de programas universitários de pós-graduação, não é ela, em si própria, dependente de qualquer universidade em particular. A ANPOCS, mediante um Comitê especificamente dedicado a “Direito e Sociedade”, foi consideravelmente ativa no que concerne a projetos sócio-jurídicos de pesquisa.

O Departamento de Ciência Política da Fundação Joaquim Nabuco do Recife – outro instituto não-universitário de pesquisa, de natureza federal – desenvolveu também estudos empíricos de Sociologia do Direito. O mesmo é verdadeiro com relação ao Departamento de Pesquisa e Documentação da Ordem dos Advogados do Brasil.

A despeito dos mencionados sinais anunciadores de uma melhor inserção da Sociologia do Direito nas Universidades brasileiras, a especialização sócio-jurídica continua a ser avaliada negativamente pela maioria tanto de juristas, como de sociólogos, dentro das universidades do Brasil. Os primeiros persistiram em considerar a Sociologia do Direito como “Sociologia”, enquanto os últimos continuaram a considerá-la como “Direito”. Assim, nem esses juristas, nem esses sociólogos, consideram-se envolvidos com a Sociologia do Direito e, de fato, eles se inclinam a considerá-la como não especialmente importante. Tal imagem, formada por pontos de vista estranhamente opostos, tem impedido uma maior expansão da Sociologia Jurídica no interior das Universidades brasileiras.

Poder-se-ia afirmar que o papel da Sociologia do Direito dentro das Universidades brasileiras é tanto de ensino como de pesquisa, enquanto que, fora delas, seu papel é quase unicamente referido à pesquisa.

Nos últimos quinze anos, o número de pesquisadores empíricos, em nível doutoral, da Sociologia Jurídica, aumentou consideravelmente em relação à quase completa falta de desenvolvimento, quanto a isso, da década anterior (ao que parece não se tendo, então, mais que uma meia dúzia de doutores). E, nesses últimos quinze anos, houve um acréscimo significativo do número de pesquisadores empíricos da Sociologia do Direito com nível de mestrado. Tais Mestres são ou predominantemente sociólogos, ou juristas, em seus estudos pós-graduados. Quanto ao seu preparo em nível de graduação, são, quase todos eles, juristas.

Embora não apresentando um programa de Mestrado ou Doutorado em Sociologia Jurídica, o modelo inicial para os estudos pós-graduados brasileiros nesse campo foi a Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife, hoje Universidade Federal de Pernambuco, Divisão essa fundada em 1963 e dedicada especificamente à teoria e à pesquisa sócio-jurídicas – incluindo pesquisa básica – e à formação de pesquisadores no domínio específico da Sociologia do Direito.

Como já se viu no capítulo anterior, com a absorção desse Instituto – em virtude da legislação federal da Reforma Universitária – por um novo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (agora Centro de Filosofia e Ciências Humanas) as atividades sócio-jurídicas da Divisão de Ciência do Direito foram incluídas, em 1970, no Programa de Mestrado em Sociologia do Centro, vindo a constituir uma de suas áreas de concentração: a de Controle Social. Essa área depois passou-se a denominar Sociologia do Direito e veio a constituir uma das três áreas do Programa de Mestrado em Sociologia.

Cerca de uma década e meia atrás, um professor da antiga Divisão de Ciência do Direito iniciou o ensino da Sociologia Jurídica no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Alguns estudantes desse Programa apresentaram suas Dissertações de Mestrado sobre Sociologia do Direito, sendo que houve também Dissertações baseadas em pesquisa empírica.

Já faz alguns anos que a Sociologia Jurídica é disciplina obrigatória do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e, a partir de 1996, do Curso de Doutorado em Direito dessa Universidade.

A tradição teórica da Sociologia do Direito começou no Brasil fora das Universidades. Como relatamos anteriormente, já em 1922 surgia trabalho notável de Sociologia Jurídica, o *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, por Pontes de Miranda, um jurista que nunca foi professor em qualquer universidade (uma segunda edição desse livro apareceu em 1972: Pontes de Miranda, 1972: *passim*)

A tradição de pesquisa da Sociologia do Direito no Brasil começou também fora das universidades: a primeira investigação empírica do país (sobre a receptividade social a uma lei agrária para o Estado de Pernambuco) foi, já se viu, realizada em 1960 por Cláudio Souto sob o patrocínio do Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais (agora chamado “Fundação Joaquim Nabuco”).

Após o livro de Pontes de Miranda, a Sociologia Jurídica brasileira não apresenta, em geral, preocupação com uma perspectiva teórica mais abrangente, embora os sociólogos do direito no Brasil tenham mostrado um considerável interesse por teoria, mas isso, freqüentemente, a partir de uma perspectiva marxista e menos geral.

Os livros brasileiros intitulados de “Sociologia do Direito” que têm sido publicados, ou republicados, nos últimos quinze anos, já não são filosóficos, porém são escritos antes

com a preocupação didática de divulgar a disciplina (um passo inicial nessa direção foi um livro de Cláudio Souto, publicado em 1968 – *Fundamentos da Sociologia Jurídica*, Recife, Editora da Universidade Católica de Pernambuco – livro esse já baseado em pesquisa empírica teórica). Assim os trabalhos de Celso Antonio Pinheiro de Castro (1979: *passim*), F. A. de Miranda Rosa (1981a: *passim*, um livro que alcançou muitas edições, a partir de 1970), Nelson Nogueira Saldanha (1980: *passim*), Cláudio Souto e Solange Souto (1981: *passim*).

O livro de José Eduardo Faria intitulado *Sociologia Jurídica* é uma coleção de artigos e ensaios previamente publicados ou apresentados, com uma preocupação comum com a crise do direito e a praxis política (Faria, 1984: *passim*).

Os livros de Souto, Miranda Rosa, e Souto e Souto, apresentam uma perspectiva plenamente sociológica, inclusive do ponto de vista de sua referência a pesquisa empírica. O trabalho de Souto e Souto contém pesquisas de campo teóricas que esses autores realizaram em Colônia, Alemanha, em 1965 e 1970. Além disso, seu livro, embora didático, tenta uma explicação teórica mais geral.

Em uma perspectiva sócio-jurídica e dialético-crítica, Roberto Lyra Filho escreveu um ensaio sobre a chamada ciência dogmática do direito, defendendo uma ciência jurídica sem dogmas (Lyra Filho, 1980a: *passim*). Felipe Augusto de Miranda Rosa publicou um trabalho de reflexões sócio-jurídicas, críticas a propósito de direito, justiça e ideologia (Miranda Rosa, 1980: *passim*). João Baptista Herkenhoff preparou um livro moderno a respeito da teoria da interpretação e aplicação do direito, em uma perspectiva sócio-jurídica (Herkenhoff, 1986: *passim*).

Cláudio Souto (1978: *passim*) também escreveu um ensaio versando explicitamente sobre a conexão entre teoria sociológica do direito e prática forense. O mesmo autor publicou, na última década e meia, alguns trabalhos

especificamente dedicados à teoria geral sociológica do direito (Souto, 1977: 1-29; 1979: 309-324; 1981a: 158-171; 1981b: 181-190; 1982: 336-343; 1983: 7-20; 1985: 3-19; 1986: 353-368; 1987: 1-24; 1988: 103-128; 1990: 535-563; 1992: *passim*; 1997: *passim*).

Cláudio Souto e Joaquim Falcão editaram um livro de leituras de Sociologia do Direito

(Souto e Falcão, 1980: *passim*). Miranda Rosa organizou duas coletâneas sócio-jurídicas, uma sobre direito e conflito social e outra sobre direito e mudança social (Miranda Rosa, 1981b: *passim*, 1984a: *passim*).

1.2. O ensino da Sociologia do Direito no Brasil

Como se viu, em nosso País, o ensino da Sociologia do Direito começou efetivamente, em nível de graduação, no ano de 1964, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Desde então, até agora, a Sociologia do Direito tem sido curso obrigatório naquela instituição jurídica.

Em nível de pós-graduação, a disciplina Sociologia Jurídica começou a ser ensinada, como também foi visto, já no segundo semestre de 1963, como curso obrigatório, na Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da então Universidade do Recife, hoje Universidade Federal de Pernambuco.

Conseqüentemente, nesse ano e naquela Divisão encontra-se o efetivo início do ensino regular da Sociologia do Direito como disciplina autônoma em Universidade brasileira.

Na Universidade Federal de Pernambuco, a Sociologia Jurídica era disciplina obrigatória na área de concentração “Sociologia do Direito” do Programa de Mestrado em Sociologia e, depois, foi disciplina eletiva do Programa de Mestrado em Direito. Atualmente é disciplina obrigatória, tanto do Mestrado, como do Doutorado em Direito (respectivamente Sociologia do Direito I e Sociologia do

Direito II). A obrigatoriedade da matéria nesse Mestrado deveu-se a movimento estudantil.

Ainda na Universidade Federal de Pernambuco, a disciplina foi oferecida, desde o primeiro semestre de 1986, como eletiva, em nível de graduação, na Faculdade de Direito. É interessante notar que esta absorção da matéria, em nível de graduação, pela tradicional Faculdade de Direito do Recife (fundada em 1827), só foi possível graças a um movimento estudantil muito forte em favor de sua admissão.

Na não menos tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fundada exatamente ao mesmo tempo que a Faculdade de Direito do Recife, em 1827), a disciplina Sociologia – que já era obrigatória, por decisão do Governo Federal, para os cursos jurídicos do país – continha tópicos de Sociologia Jurídica. Depois, a Sociologia do Direito passou a ser ensinada pelo Departamento de Filosofia e de Teoria Geral do Direito, tanto em nível de graduação, como de pós-graduação, respectivamente, como disciplina eletiva e obrigatória.

Várias outras Universidades brasileiras ofereciam cursos de Sociologia Jurídica.

Na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – RJ), a Sociologia do Direito tem estado ligada, como disciplina obrigatória, desde 1972, ao Programa de Mestrado em Direito. No nível de graduação, a Sociologia Jurídica tem sido oferecida na PUC – RJ tanto pelos Departamentos de Ciências Jurídicas (disciplina obrigatória), como de Sociologia e Ciências Políticas.

Também no Rio de Janeiro, mas em nível de graduação, a disciplina tem a tradição de ser ensinada nos cursos de Direito da Universidade Gama Filho (onde era matéria eletiva) e nas Escolas de Direito Bennett e Estácio de Sá (como matéria obrigatória).

No Departamento de Direito da Universidade Nacional de Brasília, a disciplina começou a ser ministrada em 1973

como um curso eletivo em nível de graduação aberto a estudantes de Direito e de Ciências Sociais. Nessa Universidade, a disciplina, sob o título “Direito e Sociedade”, tornou-se obrigatória para o Programa de Mestrado em Direito.

As Universidades Federais de Alagoas e de Juiz de Fora passaram a oferecer Sociologia Jurídica em seus cursos de graduação em Direito, como disciplina obrigatória. O curso de graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (Rio Grande do Sul) incluiu Sociologia Jurídica como disciplina eletiva.

Ainda em nível de graduação, as Escolas de Direito de Marília (São Paulo), do Oeste de Minas (Minas Gerais) e da Universidade de Passo Fundo (Rio Grande do Sul), vieram a oferecer a disciplina Sociologia do Direito, como matéria obrigatória.

A Sociologia Jurídica foi igualmente acolhida, em nível de graduação, nos cursos de Direito das Universidades Federais do Rio Grande do Norte (disciplina eletiva) e do Paraná (disciplina obrigatória). Em nível de pós-graduação é ensinada como matéria obrigatória no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Além disso, os estudos de graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo passaram a apresentar “Sociologia Aplicada ao Direito” como disciplina obrigatória ligada ao Departamento de Sociologia.

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o Departamento de Ciências Sociais acolheu, no Programa de Mestrado em Antropologia, a disciplina “Direito e Sociedade” como curso eletivo.

Nos últimos quinze anos, houve, portanto, um claro aumento no ensino da Sociologia Jurídica no Brasil, em comparação com a década anterior.

Pode dizer-se que o modelo do Recife de ensino da Sociologia do Direito era (veja-se o capítulo anterior) e

continua a ser sobretudo teórico, inclinando-se atualmente para problemas como “pós-modernidade, ciência do direito e direito”, e “teoria sociológica do direito alternativo”.

Por outro lado, o modelo de ensino da Sociologia Jurídica na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro tem sido, desde o início, acima de tudo aplicado. Uma de suas preocupações específicas recentes foi o acesso à Justiça como problema de pesquisa.

Um antigo professor do Programa de Mestrado em Direito da PUC – RJ tornou-se, durante alguns anos, um dos professores de Sociologia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Isso acrescentou ao ensino e à pesquisa da Sociologia Jurídica em Recife uma perspectiva nitidamente aplicada, que significou uma complementação valiosa à sua abordagem predominantemente teórica.

Mediante tal acréscimo foi possível preparar, em Sociologia do Direito, estudantes pós-graduados do Programa de Mestrado em Sociologia da UFPE que se tornaram pesquisadores do Departamento de Ciência Política da Fundação Joaquim Nabuco (Recife), o qual contribuiu com sociólogos do direito para projetos de pesquisa públicos e privados, especialmente públicos. Um desses pesquisadores participa atualmente do ensino de graduação e de pós-graduação da Sociologia Jurídica na Faculdade de Direito da UFPE.

A Universidade Católica de Pernambuco promoveu em 1985 um curso de especialização em Direito Público, oferecido a professores de direito, juízes, procuradores e advogados, no qual se atribuiu particular ênfase à Sociologia Jurídica.

Nessa Universidade Católica de Pernambuco estabeleceu-se em 1994, por iniciativa da sua atual professora de Sociologia do Direito, um Núcleo de Estudo e Pesquisa Sócio-jurídica (NUPESJ), ligado ao Departamento de Ciências Jurídicas e contando com claro apoio estudantil. A

iniciativa comemorava os trinta anos do começo do ensino da disciplina, em nível de graduação, no país.

Algumas Escolas Superiores da Magistratura têm lecionado Sociologia do Direito.

A Escola de Magistratura do Rio Grande do Sul, que foi instalada em 1982, incluiu, desde seu início, a Sociologia Jurídica entre os seus “estudos fundamentais”, sendo que desde 1989 essa Escola passou a lecionar também a disciplina Direito Alternativo.

A Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE) tem atribuído recentemente grande importância à disciplina Sociologia do Direito e a Revista da ESMAPE publicou vários artigos ligados a essa matéria. A disciplina, na ESMAPE, tem salientado a problemática teórica e prática do direito alternativo (ainda sobre o ensino recente da Sociologia do Direito, vejam-se Faria e Campilongo, 1991: 25-41; Junqueira, 1993: 51-68).

A Portaria no. 1.886, de 30.12.1994, do Ministério da Educação, que entrou em vigor em 4.1.1995, estabeleceu um novo conteúdo mínimo dos cursos jurídicos, pelo qual se tornou obrigatória, em nível nacional, a Sociologia Jurídica (cf. Lôbo, 1996: 7 e 10-11). Passa-se a viver um novo momento dos estudos de graduação quanto ao Direito, trinta anos após a institucionalização brasileira inicial da disciplina no Bacharelado (e como disciplina obrigatória), na então Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

1.3. A Sociologia do Direito no Brasil e a mídia

Em nosso país não há, geralmente, relação significativa entre a Sociologia Jurídica e a mídia.

Por um lado, é raro que dados da Sociologia do Direito de dentro e de fora das Universidades tornem-se públicos através de jornais, revistas e televisão. Por outro lado, o ensino e a pesquisa da Sociologia Jurídica no Brasil raramente usam

de referências bibliográficas à mídia. Em geral isso não seria considerado academicamente elegante.

Contudo, na Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife (agora UFPE) houve, por um período de cerca de três anos, uma intensa divulgação das atividades sócio-jurídicas dessa Divisão na imprensa local. Mas isso se deveu ao fato fortuito de que dois estudantes da Divisão eram também jornalistas profissionais.

As atividades de pesquisa sócio-jurídica do Departamento de Ciência Política da Fundação Joaquim Nabuco (Recife) beneficiaram-se, por sua vez, da íntima conexão entre a Fundação e a mídia.

João Baptista Herkenhoff, pesquisador e antigo juiz, teve algumas de suas perspectivas sócio-jurídicas divulgadas pela imprensa do Estado do Espírito Santo.

A Sociologia do Direito, em sua vertente do direito alternativo, teve o seu espaço na mídia nacional grandemente ampliado a partir da ampla repercussão de avançadas sentenças da magistratura gaúcha (cf. Arruda Jr., 1993: 178-179).

2. Tendências dominantes

2.1. A relação entre teoria e pesquisa na Sociologia Jurídica brasileira com relação a “modelos” teóricos e epistemológicos da Sociologia Geral e da Ciência do Direito

A Sociologia do Direito brasileira não se preocupa significativamente, até o momento, com o problema de uma explicação teórica geral de natureza causal. Ela tem sido claramente mais descritiva do que explicativa.

Assim, uma abordagem como a de Donald Black nos Estados Unidos, que procura proposições explicativas gerais para a Sociologia Jurídica, não teve praticamente repercussão

sobre autores brasileiros (a respeito de Black, veja-se o capítulo 3, n. 6). No Brasil, os estudos sócio-jurídicos têm sido principalmente didáticos ou quase sempre meramente empíricos, não ultrapassando descrição e hipóteses setoriais.

Têm sido mais ligados ao ensino do que à teoria. E têm sido mais orientados para pesquisa do que para teorias.

A Sociologia do Direito brasileiro está, por exemplo, especialmente satisfeita em assimilar o conceito de direito vivo de Eugen Ehrlich, direito esse que é aquele que, “não fixado embora em proposições jurídicas, domina, porém, a vida” – conceito importante, mas de alguma maneira romântico; e em aplicar tal conceito para orientar diversas pesquisas empíricas concernentes ao direito popular no Brasil (sobre Ehrlich, consulte-se o capítulo 3, n. 3).

A explicação teórica de hipóteses concretas, quando exista, em regra não excede perspectivas aplicadas, como, por exemplo, as inspiradas nos estudos de Marx e dos teóricos críticos sobre capitalismo.

Em nosso país, existe uma influente abordagem sócio-jurídica combinando os modelos teóricos e epistemológicos de Ehrlich e Marx, com o resultado de que essa abordagem rejeita o modelo teórico positivista da Ciência Jurídica que identifica direito e Estado.

Por outra parte, o modelo epistemológico lógico-positivista é muito menos popular entre os sociólogos brasileiros do direito do que o modelo epistemológico dialético-marxista.

Se a influência das idéias de Ehrlich conduziu a maior parte dos sociólogos brasileiros do jurídico a evitar uma completa identificação de direito com Estado, um jusnaturalismo sócio-jurídico, como aquele de Philip Selznick nos Estados Unidos, não tem sido significativo no Brasil (sobre Selznick, veja-se o capítulo 3, n. 6). E um modelo teórico jusnaturalista da Ciência Jurídica não tem sido diretamente influente na Sociologia do Direito brasileiro.

Em um modelo mais recente da Ciência Jurídica, aquele do jurista alemão Theodor Viehweg, a ciência formal do direito torna-se menos formal ao enfatizar a situação. Entretanto, a influência desse modelo não parece significativa entre sociólogos brasileiros do direito (o livro *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg, foi traduzido em português por Tércio Sampaio Ferraz Jr. e publicado em Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979).

A preocupação com proposições explicativas mais gerais de natureza causal está quase sempre ausente da Sociologia e da Sociologia Jurídica em nosso país. Uma exceção todavia se encontra em C. Souto (1976a: 43-62; 1984: *passim*; 1986: 353-368; 1987: *passim*; 1988: 103-128; 1992: 75-110; 1997: 51-73 e 117-137) e em C. Souto e S. Souto (1981: 122-139, 169-181 e *passim*). Aqui há em comum com Black a preocupação com proposições rigorosas em um nível alto de abstração, mas não se aprova a perspectiva positivisticamente restrita de Black de que direito é simplesmente controle social governamental e de que “julgamentos de valor não podem ser descobertos no mundo empírico”.

2.2. A Sociologia do Direito e as disciplinas vizinhas no Brasil

A relação entre Sociologia Jurídica e Criminologia é tradicional em nosso país. Por exemplo, um dos mais importantes criminologistas e professores brasileiros de Direito Criminal, Roberto Lyra, foi, ele próprio, um dos primeiros autores sociológicos do Brasil.

Roberto Lyra Filho, também já falecido, foi inicialmente criminologista com uma abordagem crítica: seu livro *Criminologia Dialética* (1972), a que nos referimos no capítulo anterior, apresentava uma lúcida perspectiva sócio-jurídica sobre a relação entre direito e crime. Entretanto, há mais de uma década e meia atrás, Lyra Filho tornou-se

professor de Filosofia e Sociologia do Direito, ensinando essa disciplina nos níveis de graduação e de pós-graduação na Universidade de Brasília.

O desenvolvimento da filosofia e sociologia jurídicas, dialético-críticas de Roberto Lyra Filho foi muito intensa em nosso país, não somente através de seu ensino e de seus escritos, mas ainda mediante muitas conferências pronunciadas nas principais cidades do país. Ele denunciava vigorosamente o formalismo e a alienação da perspectiva dogmática do direito e adquiriu um considerável número de seguidores entre uma geração mais jovem de juristas brasileiros (Lyra Filho, 1980a: *passim*; 1980b: *passim*; 1981a: *passim*; 1981b: *passim*; 1982: *passim*; 1983: *passim*; 1984a: *passim*; 1984b: *passim*). Entre esses discípulos, José Geraldo de Sousa Júnior é o mais dedicado (Sousa Júnior, 1984: *passim*).

Wanda de Lemos Capeller tem trabalhado na construção de uma sociologia jurídica crítica do controle penal brasileiro (Capeller, 1982: 63-70; 1986: 159-172; 1995: *passim*).

José Eduardo Faria, professor da área de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, une uma perspectiva filosófica e crítica com seu ensino de Sociologia do Direito na USP (Faria, 1986: 39-76; 1987: *passim*).

Outro professor de Sociologia Jurídica na USP, Benedicto Motta, estudou criticamente uma abordagem filosófica e sócio-jurídica no pensamento de Marx (Motta, 1978: *passim*).

Luiz Fernando Coelho, professor de Filosofia do Direito na Universidade Federal do Paraná, liga uma teoria crítica do jurídico com as relações entre direito e sociedade, tendo em vista uma ciência social engajada na construção da sociedade (Coelho, 1983: *passim*).

Tércio Sampaio Ferraz Jr., professor de direito na USP, une Filosofia Social do Direito e Sociologia Jurídica em um

livro sobre a *Função Social da Dogmática Jurídica* (Ferraz Jr., 1978: *passim*).

Luís Alberto Warat, professor de Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, procura uma “análise crítica do direito”, defendendo um conjunto de “contralinguagens” que possibilite inclusive um conhecimento do direito e do Estado como formados por relações sociais. Na década de 1980, a Revista *Contradogmáticas* representa essa orientação, que enfatizou a reformulação dos cursos jurídicos (Warat, 1984: 17-29).

João Maurício Adeodato e Marcelo Neves, respectivamente, professores de Introdução ao Direito e de Teoria do Estado da UFPE (também lecionando, respectivamente em nível de pós-graduação, Filosofia do Direito e Teoria do Direito) manifestam interesse pelo sociológico, sobretudo através da assimilação e crítica pessoal da perspectiva de Niklas Luhmann (Adeodato, 1992: 157-174, Neves, 1992: *passim*).

No que concerne à pesquisa empírica, o nome tradicional ligando Criminologia e Sociologia do Direito, no Brasil, é o de Maria Teresa Miralles, estudiosa espanhola que viveu no Rio de Janeiro por vários anos e pesquisou intensivamente sobre conduta desviante há pouco mais de uma década e meia. Já nos referimos a suas investigações no capítulo anterior (vejam-se ainda Souto, 1976b: 72; 1979a: 65; Miralles, 1979: 187-204).

João Baptista Herkenhoff, da Escola de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, realizou pesquisa a respeito de “Crime, tratamento sem prisão”, a fim de determinar os efeitos de não serem colocadas as pessoas na prisão. Essa pesquisa exploratória foi feita, por meio de análise documental e entrevistas, entre 1983 e 1986. Procurou verificar se pessoas libertadas da prisão ou que não eram presas, sob certas condições, em um período de dez anos (1970-1980), na Primeira Vara Criminal de Vila Velha, Estado

do Espírito Santo, vieram a ser condenadas ou processadas novamente (cerca de 200 casos foram analisados). A pesquisa procurou verificar também aspectos da vida sócio-familiar dessas pessoas. De acordo com os dados da investigação, no grupo de pessoas aprisionadas a ocorrência de um novo processo é aproximadamente três vezes maior do que em relação a pessoas não aprisionadas (Herkenhoff, 1987: 15, 19, 22, 36, 75-77 e *passim*).

Édna del Pomo de Araújo, professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Fluminense (Estado do Rio de Janeiro), pesquisou sobre prisioneiros comuns (não-políticos) libertados como uma minoria estigmatizada com conseqüências políticas (sendo analisadas relações de poder concernentes a instituições judiciais, policiais e penitenciárias). Seu projeto de pesquisa referiu-se a prisioneiros libertados do sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro e usou das técnicas da entrevista e do estudo de caso.

Sérgio França Adorno de Abreu, professor de Sociologia na Universidade de São Paulo, investigou, juntamente com Eliana Bordini, “Homens reincidentes, instituições obstinadas: a reincidência na penitenciária do Estado de São Paulo”. O universo empírico da pesquisa é constituído por todos os prisioneiros que obtiveram liberdade de 1974 até 1976 (n = 256). A observação foi realizada até novembro de 1985, com identificação de pessoas reincidentes e não-reincidentes. Foram usados dados biográficos através de análise documental e a técnica de história de vida. Por hipótese, a tecnologia penal causaria reincidência. Sérgio Abreu trabalhou também, em colaboração com Rosa Maria Fischer e por meio de análise documental de natureza histórico-sociológica, em uma “Análise do sistema penitenciário do Estado de São Paulo: a administração de homens socialmente marginais” (compreendendo o período entre 1950 e 1985).

Maud Fragoso de Albuquerque Perruci, jurista da Universidade Federal de Pernambuco, realizou pesquisa exploratória sobre a Colônia Penal Feminina de Pernambuco, Recife, investigando todas as 32 mulheres condenadas dessa instituição por meio de entrevistas e estudos de caso. A conclusão principal da pesquisa é que mais de metade da população aprisionada do estudo já tinha sofrido alguma penalidade disciplinar, o que significaria a estreiteza das normas da prisão e de sua aplicação. Por outro lado, a frequência das penalidades sugeriria que a punição, em geral, não intimidava as mulheres aprisionadas, desde que o controle social prévio também não era eficaz (Perruci, 1983:21, 140-141 e *passim*; 1979:42-51, 305-314 e *passim*). A investigação concluiu ainda que “as causas sócio-econômicas predominam largamente” na criminalidade feminina estudada.

Ronivalva de Andrade Melo Nogueira, bacharela em Direito e mestra em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco, considera a prática disciplinar penitenciária e a assistência social em seu projeto de pesquisa intitulado “O Poder de Punir e seus Equilibristas”, o qual estuda, baseado na elaboração do código penitenciário do Estado de Pernambuco, a participação, concernente ao código, dos técnicos de assistência social. Cinquenta e seis prisioneiros de duas penitenciárias (Penitenciária Barreto Campelo e Penitenciária Agrícola de Itamaracá) foram investigados através de entrevistas formais e informais (histórias de vida) e de um questionário.

Com relação à Sociologia do Direito e à Antropologia, a conexão entre essas disciplinas foi feita por Roberto Kant de Lima, da Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro), que é bacharel em Direito e antropólogo.

A mesma conexão também se fez pelos antropólogos Roberto Weaver Shirley e Cláudia Fonseca, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Sua pesquisa é ligada diretamente à tradição sócio-jurídica de investigar direito popular e por essa razão será descrita adiante.

Kant de Lima pesquisou “A Cultura Jurídica-Política e Modelos de Controle Social: o Processo Criminal em uma Perspectiva Comparativa”. O discurso jurídico é visto como parte do pensamento social da sociedade brasileira e americana (o júri nos Estados Unidos e no Brasil é tido como problema central). Essa pesquisa é a segunda parte de uma investigação comparativa entre atividades policiais e judiciais no Brasil e nos Estados Unidos, a primeira parte da qual resultou na tese de doutoramento em Antropologia de Kant de Lima (1986, Harvard), sob o título “Teoria Jurídica e Práticas Judiciais: Paradoxos do Trabalho Policial na Cidade do Rio de Janeiro” (cf. Kant de Lima, 1983: 89-116).

Relacionada com Sociologia do Direito e Direito Econômico, há no Brasil uma tradição de pesquisa ligada a estudos de pós-graduação das áreas “Direito e Desenvolvimento” e “Direito Econômico e Comercial”, respectivamente, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (veja-se o capítulo anterior).

Eros Roberto Grau, professor de Direito na Universidade de São Paulo, estudou “O Poder Normativo no Direito Econômico”, ocupando-se criticamente com o exercício, pelo poder executivo, da função normativa. Washington Peluso Albino de Souza, professor de Direito Econômico da Universidade de Minas Gerais, interessou-se por uma perspectiva sócio-jurídica (Souza, 1983:127-150).

Quanto à conexão entre Sociologia do Direito e Psicologia, o seminário “Direito e Mudança Social”, realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (18 e 19 de agosto, 1983), combinou a investigação das decisões das cortes judiciais como indicadores de mudança social, com a preocupação com o Direito dos menores e estudou a psicologia do menor (Miranda Rosa, 1984 a e b: 11-15 e *passim*).

Com respeito à História e problemas científicos-sociais relativos ao direito, Nelson Saldanha escreveu sobre o entendimento histórico do legalismo (Saldanha, 1977: 10, 13-20 e passim).

Ronaldo Antônio da Maia de Farias, então professor de Direito na Universidade Federal de Pernambuco, pesquisou sobre “O Código Monástico Beneditino, um Autêntico Exemplo de Direito Vivo” por meio de análise documental e observação participante, relacionando Sociologia do Direito e História (Farias, 1980: *passim*).

No seminário sócio-jurídico relativo a “Direito e Mudança Social”, acima mencionado, a historiadora Gizlene Neder pretendia desenvolver um projeto sobre “A História Social do Direito” entre 1890 e 1930 (Neder, 1984: 85-92). Esse interesse pela história social do direito brasileiro era também de Joaquim Falcão, então professor adjunto de Sociologia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco, o qual, na ocasião, trabalhava sobre “A História Social do Direito na América Latina” (séculos XIX e XX) e em uma “Memória das Presentes Atividades Brasileiras Constituintes”, este último projeto em colaboração com Elizabeth Süsskind.

Igualmente em uma perspectiva histórico-social, Eliane Junqueira, então ensinando Sociologia do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, desenvolveu um projeto pertinente ao “Controle Social na América Latina”, que analisa a legislação criminal no Brasil Colônia, com respeito ao índio e ao escravo negro, considerando, em um período posterior, a situação jurídico-criminal do trabalhador.

Aurélio Wander Bastos, pesquisou, em conexão com a Casa Rui Barbosa, sobre a “Evolução do Ensino Jurídico na República”, e Luciano Oliveira, na época da Fundação Joaquim Nabuco, estudou a história dos “Movimentos de Defesa de Direitos Humanos no Brasil.”

Pertinentes à relação entre Sociologia do Direito e Ciência Política, foram desenvolvidos alguns projetos de

pesquisa, tais como: “Direitos Sociais e Democracia Liberal”, que estuda o caráter dialético da legislação social: a legalização da exploração da força de trabalho e, ao mesmo tempo, as limitações impostas a essa exploração (Eduardo Kroeff Carrion, cientista político da Universidade Federal do Rio Grande do Sul); “O Discurso Jurídico e a Ideologia do Interesse Comum”, que procura estudar criticamente o discurso jurídico, incorporando reflexões da Semiologia e da Teoria Política (Elza Antonia Pereira Cunha, professora da Faculdade de Direito de Bauru, Estado de São Paulo); “Direito Econômico e Imaginação Política no Brasil”, projeto de pesquisa que estuda a dominação através do direito em duas conjunturas políticas distintas no Brasil, dando-se atenção principalmente ao pensamento e discurso de Serzedelo Correia – descentralização político-administrativa: implantação da República – e de Roberto Simonsen – centralização: fortalecimento do Estado Nacional (Gisálvio Cerqueira Filho, sociólogo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Cf. Cerqueira Filho, 1987: 103-119).

Uma perspectiva sócio-jurídica crítica da Dogmática Jurídica encontra-se em José Cláudio Baptista (1981: *passim*), José Florentino Duarte (1982: *passim*), Mirian de Sá Pereira (1982: *passim*), Ivo Dantas (1985: *passim*), Aloísio Surgik (1986: 111-127) e José Reinaldo de Lima Lopes (1987: 45-58).

3. Pesquisa Sociológica de Instituições Jurídicas

No Brasil, a pesquisa sócio-jurídica básica é praticamente inexistente. As exceções são dois projetos exploratórios de pesquisa coordenados por brasileiros mas realizados em Colônia, Alemanha, respectivamente, em 1965 e 1970 (consulte-se o capítulo anterior).

Em anos recentes, nenhuma pesquisa sócio-jurídica básica foi feita no país. Entretanto, uma pesquisa de Sociologia

do Direito aplicada (sob o título “Mudança Social Acadêmica e Mentalidade Jurídica”) foi concluída e inclui uma explicação teórico-geral. Sobre essa pesquisa dir-se-á logo adiante.

Na fase de um início de consolidação da Sociologia do Direito no Brasil, os seguintes estudos empíricos foram empreendidos, sendo que os dois primeiros transitam do período de desbravamento para o de consolidação:

1) *Água Branca, Pesquisa de um Direito Vivo.*

Trata-se de uma investigação empírica mediante entrevistas *in loco* (em Água Branca, Estado de Alagoas) e inspira-se na “distinção entre o direito do povo e o direito dos juristas”, tentando “verificar qual é o direito efetivamente praticado (...) aquele que o povo pratica e sente como direito”. A pesquisa foi coordenada pelo professor José de Oliveira Ascensão, à época, ensinando a disciplina Teoria Geral do Direito no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (a investigação foi projetada com alguma assessoria do professor de Sociologia do Direito do mesmo Programa de Mestrado). A pesquisa concluiu que a ordem jurídica investigada é essencialmente baseada em boa vontade, e não em relações formais (Ascensão, 1978: 13-14, 5-6, 16, 97 e *passim*).

2) *Alguns Comportamentos Sociais e sua Representação na Sociedade Urbana Brasileira (Reações Sociais a Comportamentos de Desvio).* Essa pesquisa foi realizada na cidade do Rio de Janeiro por Felipe Augusto de Miranda Rosa, Teresa Miralles e Gisálio Cerqueira Filho, de 1975 até 1977, e refere-se à relação entre a reação social a algumas maneiras de agir e o grau de importância na norma ou valor sócio-cultural que controla essas maneiras de agir. As pessoas investigadas foram, de um lado professores de nível médio (1.509), por outro lado prisioneiros reincidentes (154). Foram escolhidos professores porque eles transmitem valores culturais da sociedade. Os prisioneiros pertenciam principalmente a estratos sociais baixos. Foram realizadas

entrevistas baseadas em um questionário, e as questões procuraram aferir a reação a muitos tipos de condutas desviantes. Consoante os pesquisadores, embora a discussão dos resultados da pesquisa possa revelar aspectos significativos, a análise dos questionários mostrou “a presença de elementos extremamente contraditórios, que tornam difícil uma percepção clara da imagem social” investigada (Miranda Rosa, Miralles, Cerqueira Filho, 1979: 6, 10, 14, 17-18, 45-48, 54-56, 145-161 e *passim*).

3) *Poder Judiciário e Associações de Moradores no Rio de Janeiro.* Essa pesquisa, que se realizou em 1983 por José Ribas Vieira e Eliane Junqueira, professores do Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, teve como seu objetivo principal aferir o grau de conhecimento e utilização, pelas associações de moradores, dos meios jurídicos de defesa coletiva. Foram aplicados questionários em uma associação de moradores de classe média (de Laranjeiras), os quais revelaram a falta de conhecimento do poder judiciário e a distância entre os cidadãos e esse poder. Tentativas de acionar o poder judiciário pela associação de moradores de Laranjeiras, Gávea e Jardim Botânico também foram registradas, havendo-se analisado as dificuldades da mobilização popular e os resultados efetivos obtidos. Propostas legislativas e administrativas tentando conseguir uma maior aproximação entre a sociedade civil e os poderes legislativo e judiciário no Rio de Janeiro foram também estudadas.

4) *Cidadania Coletiva e Justiça,* pesquisa levada a efeito por Luciano Oliveira e Affonso Pereira, da Fundação Joaquim Nabuco (Recife), visando a demonstrar que o acesso à Justiça no Brasil é sensivelmente obstaculizado por uma velha concepção individualista dos procedimentos legais. A amostra da pesquisa constituiu-se de conflitos ecológicos, trabalhistas e de consumo relatados pela imprensa em três capitais brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro e Recife) em

1983 e estudos de caso de alguns desses conflitos investigaram suas relações com instâncias decisórias oficiais. Os dados da pesquisa sugerem que é necessário aumentar as capacidades de absorção e decisória de conflitos sociais pelo poder judiciário, e que, com respeito ao poder executivo (Justiça administrativa), seria conveniente possibilitar uma maior participação e controle sociais quanto a seus procedimentos deliberativos.

5) *Advogados no Brasil*. Trata-se de um relatório nacional em conexão com um grupo da Associação Sociológica Internacional que estudava a sociologia da profissão jurídica. Esta pesquisa aplicada de Joaquim Falcão utiliza dados secundários, levantamentos, documentos históricos e entrevistas e começa descrevendo o que os advogados são legalmente no Brasil (sua educação, sua competência, suas associações, etc.). Depois se compara esta perspectiva legalista do advogado brasileiro com o que o advogado brasileiro realmente é.

São resultados:

a) pelo menos metade dos bacharéis brasileiros em direito não pratica o direito. Isso significa que as escolas de Direito no Brasil desempenham outras funções educacionais e culturais, além de preparar profissionais do direito.

b) a grande maioria dos brasileiros não tem qualquer acesso aos tribunais, por razões culturais, econômicas e legais. Isso quer dizer que os advogados não têm o monopólio do arranjo das disputas no Brasil; pelo contrário, desempenham um papel bem pequeno, embora dominante, quando se considera o todo das disputas sociais.

c) Bacharéis brasileiros em Direito, inclusive advogados, são fortemente comprometidos com o ideal ocidental da regra de direito e do liberalismo como sua ideologia principal, mas a prática jurídica é controlada pelo formalismo legal (Dogmática Jurídica) como sua teoria jurídica predominante. Isso significa que profissionais jurídicos

ajudaram a implementar a maior parte da legislação autoritária brasileira (veja-se Falcão, 1984a: 135-184, que se refere a estudos prévios sobre o advogado brasileiro).

6) *Sua Excelência, o Comissário*. É uma pesquisa empírica aplicada, levada a cabo por Luciano Oliveira, da Fundação Joaquim Nabuco (Recife), a qual estuda o julgamento de pequenos litígios interindividuais de pessoas pertencentes às classes mais baixas, tal como ocorre nas delegacias de polícia do Grande Recife e sua relação com o sistema legal oficial.

O material empírico formou-se basicamente através da observação direta da atuação policial em quinze casos e através da leitura desses casos registrados nas cinco delegacias de polícia onde a pesquisa foi feita. O desempenho judicante da polícia é descrito como marcado por rapidez e informalidade, mas em alguns de seus aspectos fere a dignidade da pessoa humana.

A pesquisa foi apresentada como dissertação de Mestrado em Sociologia à Universidade Federal de Pernambuco (Oliveira, 1984: *V e passim*).

7) *Juntas de Conciliação em Julgamento*. Trata-se de uma pesquisa empírica aplicada realizada por Ester Maria Aguiar de Souza, professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Pernambuco, pesquisa essa que estuda o desempenho da Justiça do Trabalho, analisando criticamente a idéia do senso comum de que essa Justiça sempre favorece o trabalhador. A pesquisa investigou uma amostra de 360 processos trabalhistas obtidos de um universo de 97.733 processos decididos pelo Tribunal Regional do Trabalho, Recife, em 1974 e 1981. Foi apresentada como dissertação de Mestrado em Sociologia à Universidade Federal de Pernambuco (Aguiar de Souza, 1984: *passim*).

8) *Conflitos de Propriedade no Recife*. Pesquisa aplicada da autoria de Joaquim Falcão, Alexandrina Moura e Affonso Pereira em conexão com a área "Sociologia do

Direito” do Programa de Mestrado em Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco e com a Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Estudos de caso, questionários e entrevistas foram utilizados e nove eventos de invasão de propriedade urbana não-produtiva por populações de média e baixa renda, que ocorreram na área metropolitana do Recife entre 1963 e 1980, foram analisados. A pesquisa concluiu que o tratamento jurídico do conflito abandonou várias vezes a concepção de propriedade privada do código civil, de tal maneira que “nem a ordem legal tem autoridade para impor sua concepção de direito de propriedade, nem a ‘ordem’ jurídica informal tem força para substituir a ordem legal” (Falcão, 1984b: 98). A investigação observa também que, em Recife, no fim dos anos 70 e começo dos anos 80, o modo predominante de adquirir propriedade, falando-se quantitativamente, era por meio de invasões urbanas – que se deviam à necessidade fundamental de ter onde morar (Falcão, 1984 b: VII, VIII, XII, 80, 85-86, 94-98 e *passim*). Essa pesquisa foi ampliada empiricamente por novos dados obtidos por Boaventura de Sousa Santos, Alexandrina Moura e Affonso Pereira, com um tratamento teórico-crítico pelo primeiro: cf. Santos, 1984: 5-6 e 1-7).

9) Ivelise Arruda Figueiredo de Araújo, mestra do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, baseou sua dissertação final em uma pesquisa exploratória intitulada “A Efetivação da Consequência no Sentimento-Idéia de Justiça”. A hipótese básica foi que “há na consciência das pessoas a necessidade de que a consequência da norma seja efetiva”, o que seria “um dos elementos essenciais da idéia de justiça” (Araújo, 1985: 40).

Um questionário concernente a direito, justiça, crime, criminosos e punição, foi lido para pessoas comuns, inclusive analfabetos. De maneira intencional, 10 bairros residenciais da cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, foram escolhidos e 200 pessoas de ambos os sexos, entre 25 e 30

anos de idade, pertencentes aos níveis sócio-econômicos alto, médio e baixo, foram aleatoriamente escolhidas e investigadas.

Os dados da pesquisa confirmam a hipótese até o ponto de que muitas pessoas aceitam entusiasticamente a execução de criminosos não-punidos, realizada contra a lei pelo tomar-se a lei nas próprias mãos (quase sempre com sadismo). Ninguém admitiu a existência de justiça sem a efetividade da punição ou recompensa anunciadas pela norma (Araújo, 1985: 34-40, 57-61 e *passim*).

10) *Legalização da Posse Urbana e Mudanças Jurídicas, Estudos de Caso no Recife, Brasil*, uma pesquisa feita por Alexandrina Saldanha Sobreira de Moura, então professora de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Esse estudo analisa políticas urbanas no Recife e as mudanças jurídicas que ocorreram no contexto da luta de pessoas de baixa renda por habitação. A redemocratização do Brasil conduziu o Estado a procurar fazer frente a uma velha demanda dos posseiros, iniciando um processo de legalização de títulos urbanos. Três assentamentos de baixa renda onde ocorreu a legalização foram estudados, com ênfase em origens históricas, condições sócio-econômicas e organização popular em torno de questões urbanas. Entretanto, os posseiros não desempenharam um papel importante na tomada de decisões sobre seus direitos de posse. Assim, o processo de legalização afirmou símbolos democráticos, mas tinha, até o momento da pesquisa, somente conduzido a mudanças jurídicas periféricas que não ameaçavam os conceitos essenciais da propriedade privada.

O estudo procura relacionar a questão dos posseiros com as teorias neomarxistas do direito estatal e da política urbana (Moura, 1986: *passim*).

11) *Mudança Social Acadêmica e Mentalidade Jurídica*. Trata-se de pesquisa empírica aplicada que se realizou, mediante questionário, por Cláudio Souto, Solange Souto e Dietlinde Hartel (todos do Departamento de Ciências

Sociais da Universidade Federal de Pernambuco), com o patrocínio do CNPq. O principal objetivo da pesquisa foi aferir a relação entre a educação nos dois principais cursos jurídicos de graduação do Estado de Pernambuco e mudança social (especialmente mudança social de caráter acadêmico). O universo estatístico da pesquisa foram todos os bacharelados em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco presentes em suas classes quando o questionário foi aplicado. De acordo com os principais dados da pesquisa, os mencionados cursos jurídicos formam sobretudo uma mentalidade jurídica conservadora e não-moderna. A investigação tenta ligar seus dados com uma teoria geral da distância social (a de C. Souto, 1976a : 43-62, 1984: *passim*, 1987: *passim*). Os resultados preliminares da pesquisa (com sua explicação teórica) foram publicados em 1986 (C.Souto, 1986: 197-213) e o relatório integral em 1989 (Souto e Souto, Hartel, Valença, 1989: *passim*).

São ainda exemplos de projetos de pesquisa da fase inicial de consolidação da Sociologia do Direito no Brasil:

1) *Direito, Solução de Conflitos e Mudança Social* (Felippe Augusto de Miranda Rosa, sociólogo do direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro), com duas linhas de estudo simultâneas e integradas: o modo dominante de decidir do tribunal como um indicador de mudança social e a evolução do Direito do Menor (veja-se Miranda Rosa, 1984 b: 19; cf. 17-22 e 1984a: 25-36).

2) *Acesso à Justiça* (José Ribas Vieira e Eliane Junqueira, professores de Direito na PUC-RJ), um projeto de pesquisa descritivo financiado pelo CNPq e levado a efeito por meio de entrevistas, principalmente com referência às associações de moradores do Rio de Janeiro, incluindo sobretudo: a) análise da produção de um direito espontâneo em uma favela do Rio de Janeiro; e b) estudo das novas maneiras formais de acesso à Justiça: ação civil pública e

juízo de pequenas causas. O projeto de pesquisa abrangeu portanto a análise de formas institucionais alternativas (Juizado de pequenas causas, defesa dos consumidores) e de mecanismos não-institucionais (associação de moradores, linchamento, polícia, etc.) de resolução de conflitos.

3) *Imagens Jurídico-Legais do Corpo Feminino no Nordeste Brasileiro* (Erinalva Medeiros Ferreira, professora de Sociologia do Direito na Universidade Federal de Alagoas), um projeto de pesquisa que tenta, mediante a análise de processos forenses e entrevistas com mulheres “culpadas”, investigar o universo e/ou culto da ideologia machista dentro dos sistemas legal e judicial.

4) *Varas de Família e Crime no Campus da Universidade Federal do Espírito Santo*, projeto de pesquisa da autoria de Jader Ferreira Guimarães e Geraldo Simões, da Escola de Direito dessa Universidade, com a finalidade de verificar o funcionamento de tais Varas no Campus como instrumentos *sui generis* de ensino do Direito e a opinião de profissionais do jurídico, de estudantes de Direito e da comunidade em geral quanto ao trabalho desenvolvido pelas Varas.

5) *Direito, Costume e Sociedade Rural* (Margarida Maria Moura, antropóloga da Universidade de São Paulo), um projeto de pesquisa com base no interior de Minas Gerais (Vale do Jequitinhonha) que estuda os códigos orais nos processos judiciais concernentes a conflitos de propriedade e trabalho rurais e que analisa os códigos escritos no que diz respeito a esses tópicos, fazendo uso de documentos sindicais e judiciais em litígios envolvendo trabalhadores e fazendeiros. O projeto de pesquisa, mediante investigação de campo (entrevistas e observação participante), tenta aferir “a tensa relação entre direito oficial e direito costumeiro, que se amplia em situações de crise social aguda”.

6) *Prática Jurídica e Ideologia* (Ronaldo Porto Macedo Jr., então estudante pós-graduado de Filosofia da Universidade de São Paulo), projeto de pesquisa baseado nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro com referência à aplicação de decretos-leis em matérias tributárias. Estuda as relações entre mudança social, política e econômica e interpretação do direito.

7) *A Polícia segundo a Opinião Popular* (Affonso Pereira e Luciano Oliveira, Fundação Joaquim Nabuco, Recife), projeto de pesquisa usando questionários, com uma amostra estratificada com centro na cidade do Recife, o qual investiga as percepções que os diferentes estratos sociais têm da polícia e dos métodos de combater a violência.

8) *Demandas Judiciais e Formas de Resolução de Conflitos* (José Augusto de Souza Rodrigues e Eliane Botelho Junqueira, juristas da PUC-RJ), projeto de pesquisa que examina a assistência jurídica a favelados do Morro da Coroa, Santa Teresa (Rio de Janeiro), com dois objetivos: a) comparação entre a demanda real e a potencial, mediante um questionário aplicado, simultaneamente, à clientela do serviço de assistência jurídica local (Escritório Jurídico Modelo Bento Rubião, da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Rio de Janeiro) e a uma amostra dos favelados; b) análise de agências informais de mediação de conflitos que são alternativas aos corpos judiciais do Estado.

Uma hipótese era a de que a associação de moradores seria o *locus* privilegiado da resolução de conflitos da comunidade. Contudo, os dados obtidos através de questionários e entrevistas, revelaram uma situação de pluralismo jurídico, com a coexistência de atores estatais – polícia e poder judiciário – e não-estatais – a associação de moradores e traficantes. O papel secundário dos tribunais e de outras agências orientadas para o consenso implicou ênfase na ideologia da força – o direito do mais forte – tanto no controle social estatal como no paraestatal.

Esse projeto de pesquisa ligou-se ao Departamento de Pesquisa e Documentação da Ordem dos Advogados do Brasil, secção do Estado do Rio de Janeiro, Departamento esse então dirigido por Eliane Junqueira e do qual José Augusto Rodrigues era o coordenador de pesquisas.

9) *Ensino Jurídico* (José Ribas Vieira e Eliane Botelho Junqueira, professores de direito da PUC-RJ, e outros), projeto de pesquisa visando a diagnosticar o ensino jurídico na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro por meio de questionários aplicados a uma amostra de professores e estudantes de seu Departamento de Ciências Jurídicas. Esse projeto de pesquisa também ligou-se ao Departamento de Pesquisa e Documentação da Ordem dos Advogados do Brasil, secção do Estado do Rio de Janeiro.

10) *Teorias Jurídicas Autoritárias e suas Influências nos Processos de Legitimação do Estado* (Dupuy Antônio Côrtes, jurista da Universidade Federal de Santa Catarina), projeto de pesquisa utilizando análise documental e que procura elucidar a formação de um pensamento jurídico autoritário que serviu para legitimar o regime autoritário brasileiro. Além disso, a investigação busca detectar como o mito da neutralidade jurídica entra em conflito com a premissa liberal através desse pensamento autoritário.

11) *Bachareis em Direito e o Mercado de Trabalho no Brasil* (Edmundo Lima de Arruda Jr., professor de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), projeto de pesquisa usando estudo de caso que tenta investigar a “crise de identidade profissional” de bachareis em Direito de São Paulo em 1982. Altos níveis de subemprego e desemprego, baixos níveis de pagamento, graus significativos de insatisfação, frustração e falta de prestígio nas profissões jurídicas foram estudadas, assim como razões estruturais e conjunturais que pudessem permitir explicar essa situação de “anomia”.

A amostra da pesquisa foi colhida dos bachareis em Direito de São Paulo porque, nessa cidade, “o fenômeno revela sinais de paroxismo”. A amostra incluiu a tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fundada em 1827, 300 bacharéis por ano) e uma recente Escola de Direito privada (1.100 bacharéis por ano).

12) *Ordem Legal e Mudança Social : a Formação do Juiz* (José Eduardo Faria, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), um projeto de pesquisa que procurou identificar, mediante análise documental, o tipo de formação doutrinária dos juízes brasileiros, seu perfil ideológico e o modo pelo qual aprenderam como tratar novos problemas que não são solucionáveis dentro do espírito dos códigos em vigor.

13) *Etnografia Jurídica de Bairros de Trabalhadores Urbanos em Porto Alegre* (Robert Weaver Shirley e Cláudia Fonseca, antropólogos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul), projeto de pesquisa que se liga diretamente à tradição sócio-jurídica de investigar direito popular e é baseado na suposição de que uma pluralidade de culturas jurídicas (sistemas formais e informais de direito) existe nas cidades no que concerne tanto a matérias de Direito Civil (família, propriedade), como de Direito Criminal. Investiga os padrões de direito informal na maior área de invasão urbana em Porto Alegre, incluindo mais de 12.000 famílias. O projeto estuda associações de moradores, grupos de Umbanda e grupos desviantes. As técnicas de pesquisa são a observação participante e entrevistas extensivas com os membros da comunidade. Técnicas de história social (exame de autos processuais e de bibliotecas de Porto Alegre) são também utilizadas a fim de apreender as fontes históricas do direito popular.

Ainda sobre a pesquisa sócio-jurídica brasileira da fase relatada, poder-se-á ver Junqueira, 1993: 77-182, Faria e Campilongo, 1991: 43-61.

4. A Emergência do Direito Alternativo

Desde o final dos anos 80 se estabelece fortemente no Brasil o movimento alternativo quanto ao direito, não só no sentido primeiromundista de um uso alternativo (outro uso) da legislação do Estado (uso esse que, em nosso país, orientase mais dramaticamente para a justiça social), mas, também, como direito alternativo propriamente dito, de feição *contra legem*, para o resgate do direito dos desprotegidos.

É sintomático que a partir de 1989 a Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul tenha incluído em sua programação a disciplina “Direito Alternativo” – além de um curso de Sociologia Jurídica, funcionando desde 1982 (cf. Faria e Campilongo, 1991: 38-39).

O movimento jusalternativo brasileiro parece ter participantes sobretudo de inspiração neomarxista (cf. Junqueira, 1993: 112-113), porém há decerto autores alternativos de outras direções teóricas (cf. Arruda Junior, 1996: 51-52). De fato, se, entre nós, a expressão “direito alternativo” foi “consagrada principalmente a partir do ano de 1991” (Junqueira, 1993: 113), a idéia de um “alter” (outro) jurídico diante do que é estatal já está nos primórdios internacionais da Sociologia do Direito.

O movimento jusalternativo brasileiro é especialmente expressivo, atuando através de numerosos congressos e publicações. Nele se salientam, como magistrado, Amílton Bueno de Carvalho (1992: *passim*) e, como professor, Edmundo Lima de Arruda Jr. (1993: *passim*). Pela primeira vez contestava-se eficazmente o imperialismo da Dogmática Jurídica brasileira.

Falta ainda às jusalternatividades brasileira e internacional aquilo mesmo de que carece, em qualquer parte, a própria caracterização sócio-jurídica da justiça e do direito: uma preocupação teórico-substantiva para além de meros formalismos e nominalismos estatais ou grupais (sobre isso vejam-se o capítulo X, tópico 3, deste livro, e C. Souto, 1997: *passim* e sobretudo 89-137).

Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício Leitão. "Para uma conceituação do Direito Alternativo", *Revista de Direito Alternativo*, no. 1. São Paulo, Editora Acadêmica, 1992.
- AGUIAR DE SOUZA, Ester Maria. *Juntas de Conciliação em julgamento: um estudo da eficácia da Justiça do Trabalho, com estudo de caso nas J.C.J. de Recife*. Recife, Curso de Mestrado em Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1984.
- ARAÚJO, Ivelise Arruda Figueiredo de. *A efetivação da consequência no sentimento-ideia de justiça*. Recife, Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1985.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa* (Ensaio sobre o Direito numa sociedade de classes). São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. "Racionalidade Jurídica: Direito e Democracia", in Katie Argüello (org.), *Direito e democracia*. Florianópolis, Letras Contemporâneas (Livraria e Editora Obra Jurídica), 1996.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Água Branca, pesquisa de um Direito Vivo*. Recife, Editora Universitária da Universidade Federal de Pernambuco, 1978.
- BAPTISTA, José Cláudio. *O direito como fenômeno social: uma análise crítica do dogmatismo jurídico*. Recife, Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1981.
- CAPELLE, Wanda de Lemos. *L'engrenage de la répression, Stratégies sécuritaires et politiques criminelles, L'exemple du Brésil 1890-1990*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.
- CARVALHO, Amílton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo, Acadêmica, 1992.
- CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia e Direito*. São Paulo, Editora Atlas S. A., 1979.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. "Liberalismo radical versus conciliação: notas sobre o pensamento social de Serzedelo Correia", in Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder (orgs.), *Brasil, violência & conciliação no dia-a-dia*. Porto Alegre, Fabris, 1987.
- COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à Crítica do Direito*. Curitiba, Livros HDV, 1983.
- DANTAS, Ivo. *Poder constituinte e revolução*. Bauru, SP, Editora Jalovi, 1985.
- DUARTE, José Florentino. *O direito como fato social*. Porto Alegre, Fabris, 1982.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil, Introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris Ltda., 1993.
- FALCÃO, Joaquim. *Os advogados, ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 1984a.
- FALCÃO, Joaquim. "Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife", in Joaquim Falcão (org.), *Conflito de Direito de Propriedade, Invasões urbanas*. Rio de Janeiro, Forense, 1984 b.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica, Crise do Direito e práxis política*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- FARIA, José Eduardo. "Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da Dogmática Jurídica", in Doreodó Araujo Lyra (org.), *Desordem e processo, Estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre, Fabris, 1986.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre, Fabris, 1987.
- FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FARIAS, Ronaldo Antonio da Maia de. *O código monástico beneditino, um autêntico exemplo de direito vivo*. Recife, Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1980.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1978.
- HERKENHOFF, João Baptista. *A função judiciária no interior, pesquisa sócio-jurídica empírica realizada no Espírito Santo*. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Crime, tratamento sem prisão*. Rio de Janeiro, Vozes, 1987.
- LIMA, Roberto Kant de. "Por uma Antropologia do Direito, no Brasil", in Joaquim Falcão (org.), *Pesquisa científica e Direito*. Recife, Editora Massangana, 1983.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. "O novo conteúdo mínimo dos cursos jurídicos", in OAB, *Ensino Jurídico, Novas diretrizes curriculares*. Brasília – DF, Conselho Federal da OAB, 1996.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87". *Revista de Informação Legislativa*, a.24, n. 94, abr./jun. 1987.
- LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre, Fabris, 1980a.

- LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília, CADIR (UnB), 1980b.
- LYRA FILHO, Roberto. *Razões de defesa do Direito*. Brasília, Obreira, 1981a.
- LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília, Obreira, 1981b.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo, Brasiliense, 1982.
- LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre, Fabris, 1983.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito hoje?* Brasília, Edições Nair Ltda., 1984a.
- LYRA FILHO, Roberto. *Pesquisa em que Direito?* Brasília, Edições Nair Ltda., 1984b.
- MIRALLES, Maria Teresa. "Consideraciones críticas sobre la investigación de las actitudes sociales ante el comportamiento de desvío en la sociedad urbana brasileña". *Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, Anuario 1979.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 4 vols. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- MOTTA, Benedicto. *O homem, a sociedade, o direito, em Marx*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978.
- MOURA, Alexandrina Saldanha Sobreira de. *Legalization of urban land and legal changes, case studies in Recife, Brazil*. Tese de doutorado em Ciências Jurídicas. University of Wisconsin – Madison (mimeografada), 1986.
- NEDER, Gizlene. "A conjuntura histórica e as transformações do direito", in F.A. de Miranda Rosa (org.), *Direito e Mudança Social*. Rio de Janeiro, OAB-RJ, Achiamé, 1984.
- NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência, o Comissário*. Recife, Curso de Mestrado em Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1984.
- PEREIRA, Mírian de Sá. *Identificação e interpretação da natureza e das raízes sociais do direito*. Recife, Curso de Mestrado em Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1982.
- PERRUCI, Maud Fragoso de Albuquerque. *Crime & castigo, um estudo de Sociologia do Direito Penal Executivo, de criminalidade feminina e de prisão no Nordeste*. Recife, Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado, mimeografada), 1979.
- PERRUCI, Maud Fragoso de Albuquerque. *Mulheres encarceradas*. São Paulo, Global Editora, 1983.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia: reflexões não-ortodoxas*. Rio de Janeiro, Achiamé/Social, 1980.

- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito, O fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro, Zahar, 1981a.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito e conflito social*. Textos de F.A. de Miranda Rosa, M. Misse, G. Cerqueira Filho, L.A.L. Barsted. Rio de Janeiro, Zahar, 1981b.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Poder, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Zahar, 1982.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda (org.). *Direito e mudança social*. Rio de Janeiro, OAB-RJ, Achiamé, 1984a.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. "O direito, a solução de conflitos e a mudança social", in F. A. de Miranda Rosa (org.), *Direito e mudança social*. Rio de Janeiro, OAB-RJ, Achiamé, 1984b.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda, MIRALLES, Maria Teresa, CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Alguns comportamentos sociais e sua representação na sociedade urbana brasileira, reações sociais a comportamentos de desvio*. Relatório de pesquisa realizada de 1975 a 1977. Rio de Janeiro, CEJUR-NEPECS, 1979.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo, Atlas, 1977.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Sociologia do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. "O Estado, o Direito e a questão urbana", in Joaquim Falcão (org.), *Conflito de Direito de Propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre, Fabris, 1984.
- SOUTO, Cláudio. *Fundamentos da Sociologia Jurídica*. Recife, Editora da UNICAP, 1968.
- SOUTO, Cláudio. "Teoria geral do social: uma tentativa de explicação axiomatizada". *Revista Brasileira de Sociologia*, vol. II, nos. 1 e 2, Janeiro-Dezembro, 1976a.
- SOUTO, Cláudio. "L'Insegnamento Sociologico del Diritto: Brasile", in Renato Treves – Vincenzo Ferrari (eds), *L'Insegnamento Sociologico del Diritto*. Milano, Edizioni di Comunità, 1976b.
- SOUTO, Cláudio. "Die soziale Norm". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 1977 LXIII/1.
- SOUTO, Cláudio. *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre, Fabris, 1978.
- SOUTO, Cláudio. "Sociology of Law in Brazil". *Luso-Brazilian Review*, vol. 12, n. 1, 1979a.
- SOUTO, Cláudio. "Social norm and law": a qualitative characterization". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplementa, vol. 1, part 1, Contemporary Conceptions of Law, 9th World Congress, Basel 1979b.
- SOUTO, Cláudio. "Mudança social, desenvolvimento e direito". *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 38, n. 157, jan/mar, 1981a.

- SOUTO, Cláudio. "Sentimento de justiça", in R. Limongi França (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva Editores, vol. 68, 1981b.
- SOUTO, Cláudio. "Sistemas sociais e direito", in R. Limongi França (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva Editores, vol. 69, 1982.
- SOUTO, Cláudio. "Por una ciencia social rigurosa del derecho". *Sociología y Psicología Jurídicas*, Anuario 1983, Barcelona.
- SOUTO, Cláudio. *Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen*. Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1984.
- SOUTO, Cláudio. "Norma social, justiça e direito". *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 32, mai/jun-85.
- SOUTO, Cláudio. "Sociological axiomatization: a new language for peace". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 1986/LXXII/3.
- SOUTO, Cláudio. "Por uma axiologia jurídica científico-social". *Comunicações*, no. 30, Universidade Federal de Pernambuco, 1987.
- SOUTO, Cláudio. "Axiomatic reason in Sociology and in Sociology of Law", in Carla Faralli and Enrico Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984, vol. III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.
- SOUTO, Cláudio. "Por uma teoria científico-social moderna do Direito". In *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*. V. II: Saggi Teorico-Giuridici. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito, Leituras básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo, Pioneira, 1980
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. – Editora da Universidade de São Paulo, 1981.
- SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange, HARTEL, Dietlinde, e VALENÇA, Antonio. *Mudança social e mentalidade jurídica, Uma pesquisa empírica*. Recife, CNPq – Editora Massangana, 1989.
- SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. "Sociology of Law in Brazil: the Recent Years", in Vincenzo Ferrari (ed.), *Developing Sociology of Law, A World-Wide Documentary Enquiry*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. "O Direito na problemática científica e tecnológica", in Joaquim Falcão (org.), *Pesquisa científica e Direito*. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, Recife, 1983.
- SURGIK, Aloísio. "O judiciário e o povo", in Doreodó Araujo Lyra (org.), *Desordem e Processo, Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre, Fabris, 1986.
- WARAT, Luís Alberto. "A produção crítica do saber jurídico", in Carlos Alberto Plastino (org.), *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro, Graal, 1984.

DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA

Demócrito Ramos Reinaldo Filho

Juiz de Direito da Capital. Coordenador dos Cursos de Deontologia, Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor de Direito do Consumidor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE. Juiz Corregedor Auxiliar.

Em razão da regra gizada no parágrafo 2º do art. 65, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Compl. 35, de 14.3.79 – LOMAN), que veda a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias nela não previstas, tem-se entendido que, além dos vencimentos, as vantagens pecuniárias que podem ser outorgadas aos magistrados são somente aquelas expressamente previstas nos diversos incisos do citado artigo da lei. Isso implica que, mesmo por lei (estadual ou federal), não é possível a outorga de qualquer tipo de vantagem remuneratória senão as especificadas na própria LOMAN.

Diante dessa irretorquível constatação, discute-se a validade e vigência do art. 251 do Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco (Res. Nº 10 do TJPE), o qual assegura aos juízes auxiliares da Corregedoria a percepção de gratificação mensal correspondente a 1/3 de seus vencimentos.

Para a corrente que entende como revogado o dispositivo da lei local de organização judiciária, o óbice à concessão da gratificação cogitada reside justamente no par. 2º do art. 65 da LOMAN, porque se trata de vantagem não prevista na lei de caráter nacional.

Firmamo-nos em posicionamento divergente do assinalado, pela simples razão de que a gratificação

estipulada no art. 251 do COJ não contraria o sistema de remuneração criado pela LOMAN para a magistratura nacional. *Bien au contraire*, a concessão da vantagem em apreço nela encontra fundamento.

Tudo está a depender do exame da natureza jurídica da vantagem remuneratória erigida no Código de Organização Judiciária, pois que a gratificação em apreço revela-se com a qualidade de **gratificação de representação** ou **verba de representação**. Embora o legislador estadual (no art. 251) tenha se referido singelamente à *gratificação*, sem especificar sua espécie, é evidente que se está diante de uma *gratificação de representação*, que faz parte do rol de vantagens pecuniárias com previsão na LOMAN (art. 65, inc. V).

Com efeito, a espécie de que se trata apresenta-se na condição de verba de representação concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, que se diferencia da verba de representação permanente (esta atualmente correspondente a 100% do vencimento básico do magistrado).

É preciso, pois, compreender a natureza de cada uma dessas vantagens pecuniárias e a distinção existente entre si. A primeira delas, como qualquer retribuição pecuniária, cuida-se de acréscimo de estipêndio do servidor, mas concedida a título transitório, pelo desempenho de função especial (*ex facto officii*). Não se incorpora automaticamente ao vencimento, nem tampouco se converte em proventos da inatividade. É paga com o vencimento, mas dele se desprende quando cessa a atividade do magistrado na função especial. Já a gratificação de representação paga em razão da condição pessoal do magistrado (*propter personam*) acompanha o vencimento, inclusive para fins de conversão em proventos da inatividade. Independe do exercício de cargo ou função especial na magistratura, bastando a existência da relação funcional entre o

magistrado e a Administração, e, por isso mesmo, pode ser auferida na disponibilidade e na aposentadoria.

Como se vê, ambas são espécies do gênero *gratificação de representação*, mas se apresentam com características próprias e efeitos distintos em relação ao beneficiário.

A própria Lei Orgânica (Lei Compl. 35/79) acolhe em seu corpo redacional a previsão de ambas as espécies de verbas de representação, e trata de diferenciar os seus efeitos, no que tange à agregação aos vencimentos. É o que está escrito no parágrafo 1º do art. 65, que prediz: “A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimento para todos os efeitos legais”.

Debruçando-se sobre esse dispositivo da LOMAN, as cortes superiores de nosso país fizeram a correta distinção entre a gratificação de representação temporária e a de caráter permanente, ambas com previsão na lei da magistratura nacional, firmada a distinção fundamental na peculiaridade de que a primeira delas não pode ser incorporada aos vencimentos ou proventos da aposentadoria. Por oportuno, trazemos à colação acórdão unânime da Segunda Turma do STJ, proferido na RMS 1.652-3-GO, que teve como relator o Min. Américo Luz e foi publicado no DJ de 13/03/95, ementado nos seguintes termos:

“Administrativo – Magistrado – Aposentadoria – Gratificação de função temporária – Incorporação – Impossibilidade – Lei Complementar nº 35/79, art. 65, § 1º.

É vedada a incorporação, aos vencimentos de magistrado, de verba de representação concedida em razão do exercício de cargo de função temporária (art. 65, § 1º, LC nº 35/79)”.

Do STF, na mesma linha de interpretação, e referindo-se expressamente à gratificação de representação pelo exercício da função temporária de corregedor, podemos destacar:

“APOSENTADORIA, GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE CORREGEDOR, ART. 113, III, DA CF.. ART. 65, PARÁGRAFO 1 DA LOMAN, A VERBA DE REPRESENTAÇÃO CONCEDIDA PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE CORREGEDOR, EVIDENTEMENTE TEMPORÁRIA, NÃO ESTÁ SOB A GARANTIA DE IRREDUTIBILIDADE (ART. 113, III, DA CF), NÃO SE INCORPORANDO AOS VENCIMENTOS OU AOS PROVENTOS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”.

Acórdão unânime da 1ª Turma proferido no RE 111349-PR, Rel. Min. Rafael Mayer, j. em 14.11.86).

Ainda como argumento em favor da vigência do art. 251 do COJ, pode ser trazida à consideração a circunstância da Lei. 8.034, de 01 de novembro de 1979, não tê-lo revogado expressamente.

Como é de sabença por todos, a antedita lei estadual foi editada para adaptar o Código de Organização Judiciária do Estado à disciplina da Lei Orgânica da Magistratura nacional (Lei Complementar nº 35/79), em obediência ao art. 139 deste último texto legal, que fixara o prazo de seis meses, contados de sua vigência, para que os Estados da Federação adequassem sua organização judiciária aos preceitos nele estabelecidos. Pois bem, a Lei 8.034, sobrevivendo com o objetivo já demarcado pela nacional, produziu uma extensa modificação no Código de Organização Judiciária do Estado, nele introduzindo as alterações reclamadas pela nova realidade normativa, em verdadeira tarefa de harmonização legislativa, dando nova redação aos dispositivos que se conflitavam com as disposições da LOMAN. Vários artigos do Código de Organização Judiciária sofreram a repercussão desse trabalho legiferante. O comando do art. 251 do COJ sobreviveu indene ao raio de ação dessa reforma legislativa, deixando entrever que continua em plena vigência.

Se permaneceu inalterado é porque não apresentava qualquer elemento de incompatibilidade com as disposições da lei de hierarquia superior.

Atente-se também para a particularidade de que a norma contida no art. 251 do COJ, a qual confere aos juízes auxiliares da Corregedoria gratificação de representação, não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade. Não pense que tal disposição entra em conflito com o mandamento do inc. V do art. 93 da Constituição Federal, que determina a observância, na fixação dos vencimentos dos magistrados, de diferença não excedente a 10% entre as diversas classes (entrâncias) da carreira. O intérprete desatento poderia concluir que a outorga da verba de representação aos juízes auxiliares da Corregedoria redundaria numa diferença de vencimentos, entre estes (que são obrigatoriamente juízes da Comarca da Capital – de terceira entrância) e os juízes da segunda entrância, ou mesmo que ficariam percebendo salário superior ao de seus colegas de mesma entrância. Estaria profundamente enganado nessa conclusão, pois que, e nesse ponto voltamos a repetir, a verba de representação fundida no art. 251 do COJ é de natureza transitória, não se incorporando aos vencimentos (ou proventos da inatividade). E por ser de natureza efêmera, só perceptível enquanto o beneficiário esteja no exercício de cargo em função temporária, é que não se inclui no cômputo para efeito dos limites remuneratórios entre as diversas entrâncias. Diga-se, de passagem, que a norma impondo o cumprimento de uma diferença máxima de vencimentos limitada a percentual definido não é novidade da Constituição de 1988. Já a Carta de 1967, com a redação que foi dada ao par. 4º do seu art. 144 pela Emenda nº 07, de 13 de abril de 1977, previa que os vencimentos dos juízes seriam fixados com uma diferença não excedente de 20% de uma para outra entrância. Regulamentando o

dispositivo constitucional, a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN – Lei Compl. 35/79) deixou expresso, no parágrafo segundo do seu art. 63, que para o efeito de equivalência e limite de vencimentos entre os magistrados, ficavam excluídas do cômputo as vantagens de caráter pessoal ou de **natureza transitória**, regra essa que foi inteiramente recepcionada pela novel Constituição.

Por fim, temos a esclarecer que a gratificação de representação conferida aos juízes auxiliares da Corregedoria não se inclui na vedação do art. 129 da LOMAN. Estabelece o referido dispositivo que “o magistrado, pelo exercício em órgão disciplinar ou de correição, nenhuma vantagem pecuniária perceberá, salvo transporte e diária para alimentação e pousada, quando se deslocar de sua sede”. É preciso, no entanto, nesse particular, a atenção do intérprete para não se deixar apegar a uma interpretação estritamente literal do preceito normativo em foco. Uma tarefa exegética em torno desse dispositivo não pode de maneira alguma desprezar o elemento temporal, é dizer, não se pode ser realizada sem apreciação da conjuntura da época em que foi editado.

Para poder compreender o sentido e alcance da norma é preciso conhecer a realidade do sistema de retribuição da magistratura que vigorava anteriormente à introdução da LOMAN na ordem jurídica positiva. Embora o sistema de remuneração da magistratura através de participação nas custas processuais já houvesse sido abolido desde a introdução da Emenda Constitucional nº 07, de 13 de abril de 1977 (que deu nova redação ao inc. II do art. 114 da CF de 1967, vedando o recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a despacho ou julgamento por magistrados), o fato é que durante algum tempo ainda perduraria (até o advento da LOMAN) um sistema completamente diferente do atual, calcado numa idéia-

força de que o merecimento à remuneração variava de acordo com a produção do magistrado. Por essa razão, era comum a existência de normas conferindo vantagens remuneratórias aos magistrados em função da sobrecarga de trabalho eventual. Para variadas situações de acúmulo eventual de trabalho específico, concedia-se acréscimo nos estipêndios dos magistrados, a exemplo das substituições cumulativas de comarcas, da presidência de julgamento pelo Tribunal do Júri, do exercício da função de Diretor do Fórum, só para citar algumas. Em relação aos juízes afastados da função judicante para funcionar em órgãos de apoio à ação correcional, várias leis locais de organização judiciária (Códigos de Organização Judiciária de diversos Estados) conferiam vantagem remuneratória por cada correição ou inspeção realizada. Por cada visita que o corregedor, no exercício de suas atribuições, fizesse a uma comarca recebia a correspondente remuneração. Era uma retribuição de serviço extraordinário, acima da devida, por determinado serviço que se reputava muito bem executado, ou de execução difícil. A regra do art. 129 da LOMAN, portanto, veio enfrentar essa situação, impedindo a concessão de vantagem pecuniária pela realização de inspeção ou correição. Extinguido que tinha sido o sistema de remuneração com base nas custas processuais, e colocado em substituição um modelo de retribuição igualitário para todos os magistrados que se encontrassem no exercício da função judicante (salvante as vantagens de caráter pessoal como, p.ex., os adicionais por tempo de serviço), nada mais natural e lógico do que também se trazer norma referente àqueles que estivessem afastados da atividade judicante, servindo em órgãos disciplinares ou de correição, vedando-lhes a percepção de adicionais de remuneração pela execução de tarefas correcionais. Não tem assim (o citado art. 129), evidentemente, implicação

sobre a verba de representação dos juízes auxiliares da Corregedoria, pois que sua concessão tem outro fundamento. De fato, verba de representação é conferida a certas pessoas que ocupam cargos públicos de atribuições relevantes. Geralmente só os agentes políticos, que têm uma certa representação perante a sociedade, é que fazem jus a esse tipo de benefício na remuneração. Parte-se da concepção de que, em virtude da representação do cargo (em função temporária ou permanente), são levados à realização de despesas acessórias, daí o merecimento a um tipo especial de remuneração.

Mesmo desconhecendo essa realidade em face da qual sobreveio a norma do art. 129 da LOMAN, não é possível chegar à dedução diversa, por meio de outros caminhos interpretativos. A própria redação do artigo de lei, embora mencionando inicialmente que o magistrado, “pelo exercício em órgão disciplinar ou de correição, nenhuma vantagem pecuniária perceberá”, nos confere essa via de interpretação, ao concluir com o seguinte desfecho: “salvo transporte e diária para alimentação e pousada, quando se deslocar de sua sede”. É como se o legislador pretendesse dizer que o corregedor, pelas visitas às comarcas, no exercício de suas atribuições correccionais, só tem direito a transporte e diária para alimentação e pousada. Uma redação que conciliaria a feição do restante do dispositivo, espancando qualquer dúvida quanto à abrangência desse artigo 129, seria a seguinte: “o magistrado com exercício em órgão disciplinar ou de correição, pela realização de inspeção em comarcas, nenhuma vantagem pecuniária perceberá, salvo transporte e diária para alimentação e pousada, quando se deslocar de sua sede”. A falta desse retoque na redação, por inadvertência do legislador, não impede, no entanto, que interpretação teleológica do citado preceito legal leve à ilação de que somente veda a retribuição ao magistrado

pela realização de visitas às comarcas, no exercício de suas atribuições correccionais, não abrangendo a verba de representação.

Com efeito, outra exegese deve ser afastada, pois se do exercício em órgão disciplinar ou de correição também ficasse excluída a verba de representação, os próprios desembargadores, quando eleitos para a função de Corregedor Geral, não teriam direito ao acréscimo dessa parcela em sua remuneração.

Em conclusão, temos que a gratificação do art. 251 do COJ, que tem a natureza de verba de representação em razão do exercício de cargo em função temporária, não se incompatibiliza com o sistema de remuneração da Lei Orgânica da Magistratura, na qual encontra previsão no inc. V do seu art. 65, podendo ser percebida em acumulação com a verba de representação permanente, apenas não se incorporando aos vencimentos ou proventos da aposentadoria.

FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO

Enelda Melo Correia de Araújo
Juíza do Trabalho – 6ª Região.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Um perfil de François Geny; 3. O método da livre investigação científica; 4. As fontes formais, de acordo com o método da livre investigação científica; 5. A Escola Científica Francesa e a crítica à Escola da Exegese; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

“Si los principios de justicia inmanentes a nuestra naturaleza moral y revelados por la razón o la conciencia, constituyen el primer punto indispensable y seguro de toda indagación científica, en la esfera del derecho positivo no es menos cierto, según hemos visto, que ellos solos y por sí mismos, son elementos insuficientes para inspirar al intérprete las soluciones inmediatas que necesita encontrar a fin de suplir las lagunas de las fuentes formales. En vista de las relaciones que le solicitan y demandan una regulamentación precisa, el intérprete necesita una luz más concreta y más intensa, que sólo puede procurarle el examen de los hechos mismos. Parte de la región de los principios absolutos; pero es en el dominio de las contingencias donde el intérprete desenvuelve su actividad propia :sólo en este medio puede encontrar, por consiguiente, los elementos últimos para sus decisiones. Y es necesario que encuentre una dirección de detalle más segura y precisa que la generalidad de las ideas superiores, en cuanto que no sólo asegura su marcha, sino que parece que al propio tiempo le anticipa su solución”. *

* GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, Madrid, Editorial Reus (S.A), 1925 (Cap. 2: “La Libre Investigación Científica”, p.562).

1- Introdução

No estudo do pensamento jurídico, debruçar-se sobre as idéias do século XIX parece ser fundamental. Trata-se de uma revisão, sem dúvida, mas bastante profícua, na medida em que essa época é apontada pelos juristas e historiadores do direito como uma das mais fecundas da História do Direito. Observe-se, como o fez oportunamente o insigne professor de Filosofia e História do Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Nelson Saldanha, que a própria expressão “ciência do direito”, na acepção atual, “tão-somente no século XIX seria generalizadamente veiculada”.¹

Luís Recaséns Siches também destaca o papel da Filosofia Jurídica do século XIX. Diz ele que o fato de a Filosofia Jurídica do século XX não ter desempenhado um papel de realce, nem mesmo secundário no progresso do Direito de nossa época, é ressaltado quando comparamos com o fato de o pensamento jurídico de outras épocas da história haver exercido influência decisiva sobre as grandes mudanças experimentadas pelo Direito. De forma muito clara em certos períodos, ou de modo menos ostensivo, em outras épocas da história, os grandes filósofos do Direito exerceram uma ação decisiva na revogação de velhas normas, na modulação de novas instituições e na adoção de novas rotas para o desenvolvimento do Direito futuro.²

Considerando que o século XIX foi um período de ebulição, representando “o apogeu da burguesia e do padrão liberal de vida”³, ainda de acordo com a lição de Nelson Saldanha, ele propicia “a multiplicação de contribuições teóricas, nas quais cada qual tentava dar uma “sua” visão,

o que de resto era próprio da onda romântica e ocorria nas outras áreas do pensamento social e na filosofia. Naquele clima situam-se os esforços dissidentes de um Savigny ou de um Ihering, dentro de um saber alimentado de materiais históricos cada vez maiores; de um saber que, pela natureza dos problemas que carregou e das formas em que se exprimiu ficou constituindo o fundo doutrinário definitivo da hoje chamada ciência do direito.”⁴

A importância do estudo das idéias do século XIX também é ressaltada por Karl Larenz. Diz ele que não seria incorreto, do ponto de vista histórico-espiritual, dizer que o século XIX nos ofereceu uma unidade científica jurídica.⁵

Ora, nessa mesma linha é a visão do mestre Nelson Saldanha, ao destacar: “No caso da ciência do direito, é tempo de reconhecer que sua autocrítica tem de ser uma crítica histórica. Como dizia o professor finlandês Otto Brusiin, o método de pensamento da moderna ciência jurídica só pode ser compreendido sobre um fundo histórico-cultural.”⁶ E, com efeito, entende Brusiin, a meu ver, acertadamente, que o direito é um incessante processo de organização que se mantém século após século, porque esse autor parte de uma constatação que reputa fundamental: a de que o homem, e só o homem, tem uma história, sendo ele que continuamente contribui para a sua criação⁷. Em outro ponto, afirma o autor de *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* que o pensamento filosófico serviu, em dados momentos, para oferecer uma justifi-

1 SALDANHA, Nelson. *Velha e Nova ciência do Direito*. Recife, Editora Universitária, 1974, p.40.

2 SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, p. 3.

3 SALDANHA, Nelson. *Velha e Nova Ciência do Direito*, cit., p. 24.

4 Idem, p.24.

5 LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y Del Estado*, Madrid, Série C, v. 12, p.33.

6 SALDANHA, Nelson. *Velha e Nova Ciência do Direito*, cit. p. 20.

7 BRUSIIN, Otto. *El Pensamiento Jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.45.

cação valorativa do direito vigente e aos métodos dirigidos ao estudo deste, a par de fornecer à prática jurídica interpretações adequadas. E menciona um momento importante do século XIX, o da promulgação do Código de Napoleão, no qual o pensamento filosófico exerceu marcante influência⁸. E, efetivamente, constata-se: nas épocas em que se marcha para a consolidação de um regime jurídico, o pensamento filosófico pode ser fundamental.

É outra vez o criador de *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, que afirma constatar-se um dado comum, do qual se acha tomada toda a história política do século XIX. Esse dado é o que diz respeito às convicções de que existem forças criadoras supra-individuais, capazes de alicerçar e desenvolver a história de seu povo. Por outro lado arremata o referido autor, formam-se diversas linhas, delineiam-se múltiplos matizes impregnadas de uma filosofia ora metafísica, ora positivista, ora científica⁹.

E é nesse quadro de tamanha efervescência que se situa o trabalho de um dos maiores juristas franceses de todos os tempos: François Geny.

A presente monografia propõe-se a revelar um perfil desse filósofo e a obra construída ao lado daqueles que integravam a Escola Científica Francesa.

Entendo haver pertinência desse projeto no quadro da disciplina: de Filosofia do Direito. Com efeito, é preocupação desse saber dedicar-se a temas como os da distinção entre direito e moral; entre direito e lei e entre ciência e técnica. Geny trabalhou sobre todas essas matérias.

Na opinião de Brethe de la Gressaye, os estudos de Geny são extremamente laboriosos. Ressalta que Geny

8 SICHES, Luís Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, cit., p. 4.

9 LARENZ, Karl. La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado, cit., p.33.

descobriu, em sua obra *Método de Interpretación e Fuentes em Direito Privado Positivo*, o valor respectivo das fontes do direito privado (lei, costume, jurisprudência), a par de estudar os métodos de interpretação das leis. Destaca, ainda, que o seu segundo trabalho, *Ciência e Técnica em Direito Privado Positivo* é uma obra prima, capaz de oferecer uma orientação nova aos estudos jurídicos, rompendo definitivamente com as antigas concepções. Nele, conclui o autor acima referido, Geny procura mostrar como o jurista trabalha, com que elementos elabora as regras, os princípios do direito e, finalmente, quais os fundamentos das regras do direito positivo, distinguindo ciência e técnica do direito.¹⁰

Geny insurgiu-se contra as bases dos métodos tradicionais; contrariou a chamada “filosofia jurídica acadêmica”. E, ao propor um método científico, alinhou-se àqueles que integram a filosofia jurídica não-acadêmica. E, esta, exerceu um papel considerável para o direito, conforme revelou que a tarefa de individualização do direito não se traduz em um silogismo, mera operação mecânica.

Como precedentemente alerta Luiz Recaséns Siches, todas as doutrinas que integram a filosofia não-acadêmica cobraram clara consciência de uma série de problemas que habitualmente haviam sido enterrados, disfarçados, escamoteados ou não sublinhados suficientemente por muitas correntes da filosofia jurídica acadêmica.¹¹

A importância da obra de Geny também foi destacada por Edgar Bodenheimer, para quem o sistema de metodologia jurídica proposto por François Geny tem numerosos pontos de afinidade com a chamada doutrina jurídica dos interesses¹².

10 GRESSAYE, Brethe de la. Introduction Générale a L'Étude du Droit. Paris, Librairie du Recueil Sirey. 1947, p.301-2.

11 SICHES, Luís Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, cit., p.21.

12 BODENHEIMER, Edgar. Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1966, p.130.

A teoria jurídica dos interesses alcançou notável aceitação não só na Alemanha, como na França. Nasceu na Europa, como forma de insurgir-se em face do formalismo e do conceptualismo reinantes nos fins do século XIX e no início do século XX. Negava a perfeição da ordem jurídica legal e opunha-se à concepção de que, por operações lógicas, pudesse ser obtida uma decisão correta do direito positivo. Geny também demonstra em seu tratado *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo* que as fontes formais do direito eram insuficientes para atender a todo o campo de atuação do magistrado. Daí, a esfera de discricionariedade que lhe é conferida, capaz de lhe permitir o exercício de uma atividade criadora, com base em princípios objetivos, tendo em conta harmonizar as pretensões dos litigantes aos interesses da sociedade.

Dessa forma, como destacou Bodenheimer, Geny propôs o método capaz de reconhecer todos os interesses conflitantes, avaliando-os, pesando-os na balança da Justiça, fazendo preponderar o mais importante deles, de acordo com um padrão social. Só assim é possível estabelecer o equilíbrio entre eles¹³.

Sem dúvida, essa preocupação da filosofia de Geny acerca do exame dos sentimentos morais predominantes, bem como no tocante à avaliação das condições econômicas e sociais reinantes, aliada ao respeito, à vontade das partes, confere uma unidade de seu pensamento, a qual, por si só, justificaria a intenção de estudar sua obra.

A propósito, José Puig Brutau chama a atenção para o que ele, acertadamente, reputa como uma das mais brilhantes páginas do juiz Benjamin N. Cardozo, ao cuidar dos paradoxos da ciência do Direito, ao servir de

13 Idem., p.130.

mediadora entre as necessidades opostas de estabilidade e progresso, segurança e de adaptação, de igualdade diante da norma geral e de individualização da justiça ao caso concreto, quando os juízes vêm-se obrigados a conciliar pretensões contraditórias. Diz Cardoso, citado por Brutau: “*Hemos de respetar los derechos dominicales del individuo, pero sin que podamos hacelo hasta el punto de que amenacen el bienestar o la seguridad de la mayoria. Hemos de conservar para la justicia su cualidad de universal, sin quitarle la capacidad de ser individual y particular.*”¹⁴

Por sua vez, não é excessivo o conceito que Hernandez-Gil constrói sobre Geny e sua obra. Diz ele que, no pensamento jurídico francês e no que se refere às questões metodológicas, o nome de Geny “brilha potente, com luz não extinta e nem sequer diminuída.”¹⁵ Gil compara-o – resguardando as devidas diferenças – para a ciência jurídica francesa e, portanto, para a universal ciência do direito, o que para a Alemanha e para todo o mundo vieram a ser Savigny e Ihering. Geny é considerado por Gil como o paladino da Escola ou das Escolas científicas francesas.¹⁶

2. Um perfil de François Geny

De acordo com Antonio Hernandez-Gil, para todos os estudiosos do direito e para os autores do direito civil, é particularmente interessante a postura adotada por François Geny. Aponta-o como o grande contestador dos excessos da Escola da Exegese, sendo, por seu turno, o renovador profundo do método jurídico ao considerar indispensável o que chamava de “irredutível direito

14 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, p. 15.

15 HERNANDEZ-GIL, Antonio. Metodologia del Derecho. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, p.206.

16 Idem, p.206.

natural” para uma elaboração verdadeiramente científica do direito positivo.¹⁷

A obra máxima de Geny data de 1915. Trata-se de *Ciência e Técnica em Direito Privado Positivo*. Antes desse trabalho, escrevera o excelente *Método de Interpretação e Fontes do Direito Privado Positivo*. Nesse tratado, ele conclama o jurista a fazer uso da razão e da consciência para obter o critério do justo, antes de descer ao exame da natureza dos direitos positivos.

Outra vez Hernandez-Gil destaca que não se pode desconhecer o caráter objetivo da justiça, pois do contrário, perderia sua natureza absoluta. Todavia, ele concorda com Geny, no sentido de que, nem mesmo o caráter absoluto e objetivo da justiça impede o intérprete realizar um trabalho pessoal e individual.¹⁸

O trabalho de François Geny configura uma revisão dos métodos tradicionais, ao buscar elaborar cientificamente o direito. A par de realizar uma crítica à Escola da Exegese, propõe uma nova concepção metodológica. Por sua vez, também dá ensejo a que se possa ter uma distinção entre ciência e técnica do direito. Em outras palavras: luta contra o fetichismo legalista e o rigoroso conceptualismo, criando uma nova filosofia do direito.

Destaca Gil que não se pode intentar um juízo crítico sobre a Escola da Exegese sem que se tenha em consideração o nome de Geny.¹⁹

Pertenceram à Escola Científica Francesa, além de Geny, Thaller, Saleilles, Planiol e Charmont, os quais se dedicaram ao direito privado; no direito público estão os nomes de Esmein, Michoud, Hauriou, Duguit, Berthélemy e Jéze. É certo que existem diferenças de pensamento entre Geny e os demais juristas da sua Escola. Uma das maiores distinções repousaria em concessões feitas por Geny à

17 HERNANDEZ-GIL, Antonio. Metodología del Derecho, cit., p.205-33.

18 Idem, p. 205-33.

19 Idem, p. 205-33.

concepção sociológica. E, com razão, Bonnacase, conforme nos relata Hernandez-Gil, chegou a afirmar que existiam “Escolas Científicas Francesas” e não uma “Escola Científica Francesa.”²⁰ Uma outra distinção seria a concernente à elaboração da diferença entre ciência e técnica.

Conforme ressalta Rafael Bielsa, o Estado, para atingir seus objetivos, deve valer-se de meios técnicos. E o primeiro preceito de técnica jurídica é a construção da estrutura formal: a legislação. A ciência do direito tem um domínio e uma finalidade diferentes da técnica do direito. Essa procura o conhecimento consciente e reflexivo dos pressupostos de fato, do que existe, do dado: a origem, a natureza, a vida e o fim da norma ou instituição. Assim, conclui o autor de *Metodologia Jurídica*, distinguem-se a ciência e a técnica do direito (como o teórico, do prático). Têm em comum a precedência do ideal moral, a ética. Ambas entram na disciplina do método jurídico.²¹

José Puig Brutau também se preocupa com essa necessidade de o direito servir à vida, posta tão claramente por Engisch e um dos pilares da obra de Geny. Diz o autor de *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*: “*El Derecho, concebido como conjunto de normas, necesita hallar en la circunstancia social su razón de ser. Como dice otro juez norteamericano, H.F. Stone, el Derecho sólo cumple adecuadamente su función cuando está ajustado a la forma de vida de un pueblo. los cambios sociales implican que el problema capital de la ciencia del Derecho, en el mundo moderno, consiste en la necesidad de reconciliar las necesidades, hasta cierto punto contradictorias, de que el Derecho tenga continuidad con el pasado, se adapte al presente y sea adaptable al futuro.*”²²

20 Idem, p.206.

21 BIELSA, Rafael, Metodologia Jurídica, p. 308-9.

22 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho, cit., p.17.

Como se vê, a preocupação de Geny, acerca do papel da lei, da realização do justo, do lugar do intérprete e da distinção entre ciência e técnica, é acompanhada por muitos outros juristas que foram seus contemporâneos e pelos que o sucederam no tempo.

Deve-se ter presente que a busca de um direito para além das leis; a visão de um direito reto e justo; a dedicação a dados como os de dignidade humana e de bem comum, não transbordam o universo do jurista, ainda que encontrem na filosofia do direito suas respostas mais profundas. Outra vez Hernandez-Gil adverte que, para Geny, na base das instituições sociais existe um fundo de verdade, estranho e superior às vontades dos homens que domina e limita toda ação na esfera do Direito.²³

Ora, também o autor de *Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las Principales Direcciones Metodológicas)* inicia seu estudo pela doutrina do Direito Natural, sob o argumento científico de que, em primeiro ponto, ela constitui a mais antiga concepção do Direito. E, ainda, porque estava ele convencido de que, para se adotar uma atitude crítica a respeito de cada uma das direções metodológicas, era preciso, de antemão, fixar uma posição com respeito ao direito natural. E mais, para Gil, idealismo e positivismo, apriorismo e empirismo, monismo e pluralismo, normativismo e sociologismo, etc., são critérios que se manifestam contrapondo-se ou interferindo em toda direção metodológica, e cuja procedência ou improcedência, bem como o alcance, não devem ser julgados sem uma prévia declaração acerca da estrutura da ordem jurídica estabelecida pelo jusnaturalismo.²⁴

Entendia Geny que a investigação científica encetada pelo método tradicional não atendia à atividade

23 HERNANDEZ-GIL, Antonio. Metodología del Derecho, cit, no "Prefácio", p. XII.

24 Idem, p. XIII.

jurídica, quer à doutrinária, quer à judicial. Daí, a postura crítica daquele jurista e sua dedicação à reforma desse método.

Gil diz que o ano de 1880 assinala o declínio da Escola da Exegese. Busca-se o rompimento com o legalismo estático, sendo o golpe decisivo a obra: *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo*. A primeira parte do livro é dirigida à censura ao método tradicional, ou seja, aquele que a ciência e a jurisprudência francesas vinham utilizando a partir da Codificação. Na segunda parte, propõe as diretrizes que devem substituí-lo.²⁵

Ainda de acordo com Hernandez-Gil, entende Geny que, para se alcançar o princípio das normas diretrizes da atividade moral ou jurídica, é preciso apropriar-se de uma concepção geral do universo, da essência da natureza do homem, do mistério de sua origem e existência no mundo. Servem as concepções da filosofia tradicional (Sócrates, Platão e Aristóteles), tanto às construções dogmáticas do cristianismo como aos pressupostos jurídicos.

E, nesse ponto, introduziu uma interessante observação do professor João Maurício Adeodato acerca da dogmática. Leciona que: "A dogmática preenche uma função vital que é a solução – ou "neutralização – dos conflitos, a organização e distribuição da violência legítima, da violência justa. É o direito que transforma um mero agrupamento humano, com sua inevitável e desorganizada violência, em uma sociedade cuja organização monopoliza, disciplina, torna quantitativamente mensurável a violência." ²⁶

Para François Geny, o direito deve ser considerado em união com a idéia de justiça, ainda que possa estar

25 Idem, p. 207.

26 ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.14.

integrado por idéias menos nobres, como as de conveniência e utilidade.

Partindo da análise da realidade jurídica e sua problemática, segue Geny, até penetrar no “centro do grande mistério do Direito”, manejando pensamento e ação.

Em *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo* fica demonstrado que lei e direito não podem ser equiparados. É certo que Geny – com acerto – reconhece que a lei ocupa o primeiro lugar entre os procedimentos técnicos, ou seja: fonte formal do direito positivo. É elemento de exteriorização da regulação jurídica. Ela é dotada de duas características da técnica jurídica: vontade e artificialidade. Por seu turno, é o resultado da opinião de uma maioria. E, aqui, acrescento: a lei é mesmo a expressão de uma maioria, ainda que seja a do Parlamento, do Legislativo, mesmo que possa a vontade dessa maioria não corresponder à vontade da maioria da sociedade.

Outro não é o pensamento de Engisch. Diz o autor de *Introdução ao Pensamento Jurídico* que o pensamento jurídico moderno “orienta-se, em primeira linha, pela lei.”²⁷ Efetivamente, é a regra jurídica que indica ao homem sobre o dever-ser jurídico. Todavia, conforme adverte o mesmo Engisch, o direito deve servir à vida. É que o homem vive em comunidade – salvo casos excepcionais – e o direito atua no interior dela. Para servir à comunidade, o direito necessita realizar o justo, sendo esse o seu valor maior. Ademais, como pondera tal autor, o justo não se situa em plano inferior aos valores como o belo, o bom e o santo.²⁸

A obra de Geny tenta retirar o direito do isolamento e letargia no qual se encontrava com a visão distorcida dos intérpretes do Código de Napoleão.

27 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p.305.

28 *Idem*, p.6.

Para Gaudement, segundo Hernandez-Gil, Geny e Saleilles foram os juristas que resolveram a antinomia que dominava todo o direito e conseguiram conciliar a dupla necessidade de integrar a ordem jurídica à vida social.²⁹

Com efeito, Geny recusa a aplicação apenas do procedimento lógico, pois entende indispensável descobrir, no contato com as realidades, o que a vida moral e social oferecem.

Nesse mister, Geny vai acrescer às noções de ciência e técnica do direito, a do método. Esse é o conjunto de diretrizes utilizadas pelo espírito para penetrar em um objeto qualquer do conhecimento humano. Ou, na feliz conceituação de Larenz: “... quiere decir un procedimiento ordenado de pensamiento, que se lleva a cabo con ciertos pasos, sin que sea preciso ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante.”³⁰

E o método científico aponta quer para a ciência, quer para a técnica. No trabalho de Geny, aplicando-se o método à ciência, dá-se ensejo à atividade do espírito dirigida a descobrir, por meios apropriados, os “dados” em que se contêm os elementos experimental e racional do direito. E, quanto à técnica, o método faz referência à escolha dos procedimentos mais adequados para por em relevo, em sua expressão mais perfeita, a regra virtual do direito. Pondera Geny que o método científico não dispõe da simplicidade e segurança das ciências matemáticas e da física. Em outras palavras, as ciências sociais e morais acham-se desprovidas de segurança e certeza. É por isso que propõe reunir todos os meios de investigação capazes de compensar as lacunas e evitar o rompimento do sistema.

29 HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Metodología del Derecho*, cit., p.205-33.

30 LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, S/A., 1994, p.507.

O conteúdo múltiplo humano do direito, em constante ebulição não poderia se conter nos limites do formalismo tradicional. Nesse ponto, é importante que se recordem as palavras de Puig Brutau: *“Esta característica del orden jurídico que consiste en la adaptación, más o menos perfecta, entre la parte instrumental del Derecho – como K.N. Llewellyn llama a la norma – y unas circunstancias de vida social que condicionam su aplicación, da lugar a un fenómeno que confiere al pensamiento jurídico cierto anacronismo. Dicho de otra manera: las necesidades de cada momento casi nunca son por completo idénticas a las que dieron lugar y justificaron las normas todavía vigentes al sobrevenir aquéllas. A toda nueva necesidad casi siempre acudimos con la regulamentación dada para casos pretéritos.”*³¹

Dessa forma, Geny procura afirmar o dado do real e do histórico da ordem jurídica, sem negar os aspectos ideal e racional do direito. A norma jurídica não é mero produto racional, cuja fonte e marco únicos seja a lei escrita. O legislador deve ter em conta aspectos racionais, ideais, fáticos, psicológicos, biológicos, políticos e econômicos. Para Geny, esse deve ser um princípio orientador, no qual os suportes do direito natural não se acham ausentes.

Voltando a Hernandez-Gil, revelo uma imagem por ele traçada a respeito desse procedimento construtivo de Geny. Diz o autor de *Metodología del Derecho* que, enquanto Kelsen aponta para a Constituição como o ponto mais elevado do sistema, para Geny, o ápice seria o direito natural.³²

Com efeito, na construção harmoniosa de Geny, com relação aos fatos e à razão, também acham-se

31 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho, cit., p.18.

32 HERNANDEZ-GIL, Antonio. Metodología del Derecho, cit., p. 205-23.

presentes o social e o individual. Exalta-se o individual, sem negar a significação do social na elaboração do jurídico. E, sem perder de vista que a moral e a realidade social são planos do jurídico, vincula àqueles outros elementos.

Impõe-se observar que Geny rompeu com a concepção arraigada acerca da lei escrita sem afastar-se do direito positivo. Ao restringir a função da norma jurídica positiva a um instrumento da técnica, ainda que o mais importante, não pregou a liberdade ilimitada do magistrado, Geny não era antinormativista. Como pondera Gil, a respeito desse aspecto, se Geny entendeu necessário reduzir o papel da lei escrita, não foi pelo que ela contém de normas mas em face do que ela possa ter de insuficiente.³³

O perfil de Geny traduz a união da dogmática não se contrapõe à filosofia. E nisso sua filosofia do direito é apaixonante. É que a dogmática não se contrapõe à filosofia, da mesma maneira que aquela não se opõe à crítica. Nesse ponto, menciono a opinião do professor Maurício Adeodato: *“Entender “dogmática” e “crítica” como correntes ideológicas, e mais ainda adversárias, é tolice.”*³⁴ E, mais adiante, explica: *“O pensar dogmático competente exige condições de distanciamento para que se possa sair dele e melhor dominá-lo. O operador jurídico, (juiz, procurador, advogado, promotor, árbitro, etc.), rigidamente atrelado à letra da lei, não pratica adequadamente a tecnologia dogmática, reduzindo-se a mero repetidor de fórmulas burocratizadas. O distanciamento crítico é assim mais apto tecnicamente a produzir os resultados desejados e é até melhor eticamente, pois responde-se aos anseios sociais de forma mais rápida diante da evolução do direito.”*³⁵

33 ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito, cit., p.14.

34 Idem, p.14-5.

35 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1925, p.61.

E, com efeito, como ressalta Geny, a lei foi ditada em dado momento histórico e em atenção a certas necessidades sociais. A vida, todavia, segue seu curso, conclamando a que sejam modificadas as instituições. A realidade social, portanto, deve servir como elemento de interpretação da vontade do legislador, além de ser fonte de orientação externa diante dos defeitos ou omissões da lei. Acrescenta ele que o vício capital do sistema seria o da imobilização do direito, fechando o caminho ao desenvolvimento de toda idéia nova. Se fôssemos nos ater às concepções do método tradicional, toda questão jurídica deveria ser resolvida mediante as soluções positivamente consagradas pelo legislador.

Dessa forma, acrescenta: o método tradicional força o aplicador da lei a permanecer na situação onde se encontrava no momento da criação da lei, posto que, qualquer a evolução posterior das situações ou das idéias, faltaria autorização para transpor o horizonte que o legislador descobriu na época em que ditou a regra.³⁶

Ora, essa antinomia entre a lei e necessário progresso do direito é bem exposta, com a quebra do pensamento calcado nos métodos tradicionais, pelo ilustre mestre de Introdução ao Direito, João Maurício Adeodato. Tomo-lhe emprestado o exemplo trazido ao falar em uma visão crítica da dogmática. Indica ele: “*Veja-se o famoso caso dos direitos da concubina. Quando foram reconhecidos pela primeira vez pelo Estado brasileiro, o advogado alegou e o juiz acolheu a tese de que o concubinato seria uma sociedade de fato, percebendo que, pelo direito comercial, as probalidades de argumentação seriam bem mais amplas do que no direito de família, tradicionalmente mais conservador. Isto se deveu a uma visão crítica da dogmática por parte dos operadores jurídicos envolvidos.*”³⁷

36 ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*, cit., p.15.

37 BRUTAU, José Puig. *La Jurisprudência como Fuente del Derecho*, cit., p.18.

Como se constata, o legislador ao criar a lei teve em consideração as necessidades de seu tempo, sendo-lhe estranho tudo que sucedeu à criação da norma jurídica. É precisamente aquilo que o juiz Benjamin Cardoso, referido por Puig Brutau, asseverou: “*Seria preciso que en la vida social no irrumpieran jamás nuevos hechos para que pudiera existir un Derecho cuyo carácter ideal consistiera en estar formulado de una vez para siempre. El hecho de que una norma esté adaptada, como un eficaz instrumento, a las circunstancias imperantes en determinado momento y lugar, causa muchas veces la impresión de que ha quedado formulada con caracteres definitivos. Contemplamos su eficacia y facilmente caemos en el error de creer que ello es debido a su virtud intrínseca. Pero, en realidad, se trata de la eficacia que resulta de su adaptación a circunstancias sociales concretas. Es inutil que busquemos – dice Cardozo – la paz de nuestra mente en la palabra, la fórmula, el rito. Semejante esperanza es una ilusión.*”³⁸ E, em uma outra passagem, adverte o mesmo magistrado que a moderna filosofia do direito reconhece que há apenas um direito, o direito positivo, mas procura o seu lado ideal e a sua idéia duradoura.³⁹

E, mais adiante é o próprio autor de *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho* quem afirma: “*Dicho de otra manera: las necesidades de cada momento casi nunca son por completo idénticas a las que dieron lugar y justificaron las normas todavía vigentes al sobrevenir aquéllas.*”⁴⁰

Finalmente, como alertava Geny, em sua obra, *Método de Interpretación e Fontes em Direito Privado*

38 CARDOSO, Benjamim N. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. São Paulo, Editora Nacional, 1956, p.75.

39 BRUTAU, José Puig. *La Jurisprudência como Fuente del Derecho*, cit., p.18.

40 Idem, p.18.

Positivo, seu ponto de vista crítico não consistia em voltar, mesmo de forma remota, à famosa tese discutida por Thibaut y Savigny, embora o fenômeno social da Codificação estava imposto com a força dos fatos consumados. Esclareceu que acatava indiscutivelmente a codificação, pretendendo abster-se, em princípio e no fundamental, de entrar em discussões sobre as condições intrínsecas ou extrínsecas de uma codificação ideal ou aceitável. Propunha-se a buscar os pontos débeis do sistema de interpretação tradicional, pondo em realce os vícios substanciais que decorrem do seu excesso, mostrando, assim, *a priori*, os limites em que deve manter-se e, *a posteriori*, fazer o ensaio da correção necessária e a adição de elementos novos.⁴¹

É que, como revela Geny, os comentaristas modernos franceses achavam-se dominados, fascinados pelos resultados da codificação. Com isso, ao menos implicitamente, haviam aceito, a título de postulado, a idéia de que a legislação formal, ou seja, o conjunto de atos legislativos promulgados e vigentes na França, deveria bastar para traduzir quantas regras jurídicas fossem requeridas pela realidade social em matéria de direito privado.⁴² E, prossegue: “*Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos 70 años (escribia Valette en 1872), que seria muy extraño el que quedase un caso al cual no le fuera aplicable en algo las disposiciones legales.*”⁴³ E, conclui: “*Y más recientemente repite Hue: “Son muy raros los casos de insuficiencia de la ley, y casi siempre la analogia proporcionará al juez un principio para la solución.”*”⁴⁴

41 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo, cit., p.57.

42 Idem, p.25.

43 Idem, p.25.

44 Idem, p. 25.

Diante desse quadro é correta a ponderação de Hernandez-Gil de que não se pode intentar um juízo crítico sobre a Escola da Exegese sem que se tenha em consideração o nome de Geny, dada a importância de sua obra.⁴⁵

3. O método da livre investigação científica

O método de interpretação científica proposto por Geny, como revisão ao método tradicional, não consagra a arbitrariedade judicial; tampouco suprime a estabilidade do direito. É que para ele não haveria uma estrita interpretação dos textos legais, apoiados em raciocínios de uma lógica abstrata, uma base firme de soluções jurídicas. Daí, não se poder retirar do juiz uma apreciação subjetiva.

Orienta, então, Geny que se limite a apreciação do juiz a elementos objetivos retirados da realidade das coisas. É melhor, diz ele, do que desnaturar a mais segura das fontes formais (a lei), retirando-lhe, à força, preceitos que ela não pode conter, ou abusar da lógica para substituir o ensinamento da vida.

Reconhece Geny que, em certos aspectos, o método tradicional apresenta sérias vantagens que requerem reflexão, antes que tentasse dar início à quebra de suas bases. Ademais, segundo ele, satisfaz maravilhosamente às exigências do espírito clássico, o qual pode ser criticado, mas que também tem o seu valor como força viva do temperamento nacional francês. E, mais ainda: do ponto de vista prático, o sistema de axiomas e conseqüências lógicas, encadeadas umas às outras em torno da sólida base dos textos legais, pode dar aparência ao conjunto do direito positivo uma firmeza de doutrina que garanta às relações jurídicas a segurança indispensável.⁴⁶

45 HERNANDEZ-GIL, Antonio. Metodología del Derecho, cit., p. 205-33.

46 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 60.

Esse aspecto explica, em parte, porque, durante tanto tempo a doutrina jurídica francesa dedicou-se a uma interpretação *stricto sensu* dos textos legais. Aliás, Geny diz que foi o principal, senão o único esforço da doutrina. Isso – prossegue ele – permitiu o êxito durante muito tempo da exegese.⁴⁷

Para que se entenda a necessidade de ser elaborada uma revisão do método tradicional, é oportuno transmitir o pensamento de Demolombe a respeito da exegese, trazido por Geny: “*siguiendo paso a paso el texto, puede felicitar-se por descubrir más fácilmente el pensamiento del legislador*”.⁴⁸ E, ainda diz Demolombe: “*mi divisa, mi profesión de fe, es también los textos antes que nada! Publico un curso de Código de Napoleón; mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria; y mis preferencias por el método dogmático no me impedirán el tomar por fundamento siempre los artículos mismos de la ley.*”⁴⁹ De Bugnet, são, ainda conforme Geny, expressões mais incisivas: “*No conozco el derecho civil, no enseño más que ele Código de Napoleón.*”⁵⁰

Geny prega a necessidade de o direito ser vivo: mover-se e transformar-se. Para isto deve lutar por uma perfeita e constante adaptação às exigências da vida social. Visualiza o direito como um organismo produtivo, captando os elementos vindos do exterior e os elaborados para, em seguida, projetá-los em sua área de atividade.

Alude ainda Geny, a uma necessidade de se introduzir no direito um dado de solidariedade social: igualar melhor as condições de luta das atividades rivais; assegurar uma

47 Idem, p. 60.

48 Demolombe, apud Francisco Geny, idem, p.26.

49 Idem, p.27.

50 BUGNET, apud Francisco Geny, Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 27.

repartição dos bens mais proporcional aos esforços e às necessidades de cada um; atenuar os rigores do direito individual em consideração ao interesse social e comum.

Na realidade, podem até divergir em importância os valores defendidos por Geny, na ótica de cada indivíduo. Também podem ser diversos os meios que sejam utilizados para satisfazê-los, mas a sua existência é um dado real.

Nota-se que o método científico aponta uma função para todos os elementos de investigação social no trabalho interpretativo; cada um deles é dotado de um valor e de uma classificação.

Geny não se furta em reconhecer que todas as questões a serem resolvidas pelo juiz dão margem para uma análise subjetiva do intérprete, cabendo a este orientar-se através do que o ilustre jurista francês denomina de “*elementos superiores*”, os quais são tomados da ordem objetiva.

Entende Geny que os ideais de solidariedade social só podem ser realizados, eficazmente, através da vida jurídica, nela ingressando. A interpretação seria o processo capaz de assimilar esses ideais.

O método da livre investigação científica admite que compete ao legislador promover as reformas do direito positivo, com o que completaria ou transformaria sua obra inicial. Todavia, considera que se o legislador omite-se diante das reformas, seria anti-social impedir à jurisprudência uma marcha progressiva.

É certo que o intérprete não modificará a lei. A mudança da norma jurídica positiva só pode operar-se pela elaboração de outra norma, uma vez que, apenas o legislador tem legitimidade para criar o direito escrito. Para Geny, seria excessivo exigir a intervenção do aparato legislativo quando uma regra nova pode simplesmente introduzir-se nos vazios deixados pela lei, afastando as

lacunas ou completando o sistema, sem contrariar suas disposições. Diz ele, citando Laurent: *“el intérprete puede y debe senalar las lagunas, las imperfecciones, los defectos de la legislación que explica. Y estos trabajos preparan el progreso que el legislador tiene por misión realizar.”*⁵¹ Propõe o método da livre investigação científica a introdução na organização jurídica de elementos que, sem atingir as grandes linhas do edifício estabelecido, completam-no por meio de preciosas reformas que sugerem as necessidades sociais, as quais têm grande importância para a vida prática. O método da livre investigação científica admite que as mudanças operadas pelo legislador no sistema jurídico são mais adequadas. Tem em conta, por outro lado, que nem sempre elas acontecem. E, outrossim, não é célere a tarefa legiferante. Via de regra, o trabalho do legislador ocorre com atraso e a vida não espera, pois é desprovida de guia formal. Ademais, considera que a intervenção do legislador em direito privado deve ser relativamente rara. Por isso tudo, cumpre ao intérprete responder a essas instâncias.

Por outro lado, Geny mostra como, ao longo da história, junto a um órgão legislativo, outro mais flexível, sempre existiu. Esse, informava e aplicava o direito, ao menos para remediar as insuficiências da lei. Em Roma, existia a interpretação dos juristas e do poder pretório (antigos Magistrados); na Idade Média, havia a consciência comum, que informava o costume ou se expressava através dos Tribunais populares; nos tempos modernos, registra-se o pensamento filosófico, traduzido pela doutrina do direito natural, que penetra nos juízes incutidos do espírito científico.

51 F. Laurent, apud Francisco Geny, Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo, cit., p.55.

Injustificável, parecia a Geny, que o mesmo não pudesse acontecer por ocasião da codificação. Daí porque ele critica a postura de M.E. Roguin cujo entendimento era de que a função da jurisprudência não estava bastante limitada e aspirava a uma codificação que inutilizasse a simples interpretação da lei. Afirmava Roguin: *“Quien dice codificación, dice adopción del principio fundamental, consistente en que el Derecho de hacer la ley corresponde exclusivamente al legislador, es decir, que ante la voluntad expresada en su obra, la jurisprudencia de los Tribunales, como la ciencia de los tratadistas, pierden en absoluto la independencia desde el punto de vista de la significación del derecho positivo, aun cuando conserven una ilimitada libertad respecto a la crítica, es decir, a la apreciación del mismo derecho.”*⁵²

E, na verdade, não obstante a doutrina ter revelado excessiva ligação com a expressão literal do texto de lei, a jurisprudência contemporânea, com respeito à codificação, desempenhou sua missão. E essa interpretação, vital para garantir energia à prática jurídica, não atentou contra a lei, pois não pretendeu traduzi-la sobre todos os ângulos. Cada trabalho de interpretação considera um dado caso concreto, procurando atender à função social do direito. O magistrado não dita regras gerais, voltadas para o futuro ou mesmo para o presente, com o que não usurpa função de outro órgão. Os códigos modernos deixam um vasto campo à livre investigação científica, favorecendo a uma interpretação dos textos legais. Com isso, o método proposto pela Escola Científica Francesa pode ser executado sobre os fundamentos oferecidos pelo Código, conforme ensina Geny. E, continua: *“Así podemos esperar, mejor aún que lo ha hecho la ciencia*

52 M.E. Roguin, apud Francisco Geny, Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo, cit., p.55.

alemana, apoyada en los textos romanos, edificar un todo jurídico capaz de satisfacer las necesidades del día. Y reproduciendo una frase célebre podemos decir, trabajando para terminar el edificio de nuestro derecho privado común: Por el código civil, pero más allá del Código civil.”⁵³ A imagem que Geny tomou de empréstimo a Ihering põe em evidência as bases de seu método, que permite ao direito positivo realizar sua missão, sem que se limite apenas ao que o texto legal contém.

O método oferecido pela Escola Científica Francesa tem uma natureza científica. O caráter científico do método é de grande importância, notadamente quando se considera o objetivo puramente prático da jurisprudência. Serve, outrossim, para dar credibilidade às soluções jurídicas aos olhos do jurisdicionado e da sociedade em geral, mostrando-lhes “... que mucho más allá de las fórmulas legales e de la técnica esotérica, sabemos atender al fondo de la justicia o del interés común, sin el cual no es el Derecho digno de este nombre.”⁵⁴

Geny revela, através de seu método, uma fusão do pensamento e da ação. Tenta fazer com que o direito, uma disciplina com base científica, dotadas de tendências práticas, trabalhe sobre seu método.

A livre investigação científica traduziria o ideal científico de conciliar a relatividade, a qual é essencial a todo o conhecimento, ao absoluto, de que necessita a prática da vida social.

Com adequação, diz Geny que contrariou exatamente a tendência do método tradicional, o qual, sob a sedução do dado do absoluto, tão precioso para a direção prática, tentou restringir cada vez mais, até suprimir, o elemento relativo que constitui o fundamento das regras jurídicas.

53 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 678.

54 Idem, p. 678.

A ênfase do método de Geny reside no fato de que se reconhecer que os elementos puramente formais e lógicos oferecidos aos juristas são insuficientes para satisfazer as aspirações da vida jurídica, cabendo à jurisprudência buscar fora e sobre eles os meios de alcançar a sua missão.

4. As fontes formais, de acordo com o método da livre investigação científica

Ao cuidar das fontes formais do Direito Positivo, diz Geny que entende como tais as imperativas, fruto de autoridades exteriores ao intérprete, com poder suficiente para reger seu juízo, tendo por objeto próprio e imediato a revelação de uma regra destinada a imprimir uma direção na vida jurídica.⁵⁵

A primeira dessas fontes, de acordo com Geny, é a lei. Em seguida, e em grau inferior, ao menos no estágio em que estava a codificação, colocar-se-ia o costume, cuja força criadora de direito era, àquela época, fortemente impugnada. Por último, ao lado dessas, que representariam as fontes vivas do momento, acreditava Geny que deveria ser incluída também, ao menos em hipótese, sob reserva de uma investigação mais detalhada a tradição ou as autoridades que revestem formas não categóricas, e que, principalmente, consistem em precedentes da jurisprudência e opiniões doutrinárias. Seriam forças essencialmente históricas e psicológicas, mas, como as anteriores, externas ao intérprete, e sobre as quais, na medida em que oferecem uma direção jurídica precisa, caberia perguntar se não devem influir positivamente na interpretação, e em que condições podem aspirar a dirigi-la.⁵⁶

55 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 228.

56 Idem, p. 229.

A respeito da lei escrita, ensina Geny: o que a caracteriza é que representa, relativamente à norma jurídica que consagra, a vontade de um órgão social determinado, baseado em uma fórmula verbal que estabelece os limites e marca o conteúdo para impô-lo a todos.⁵⁷ Em outras palavras, diz Geny que a característica da lei escrita, considerada como fonte de direito positivo, não está na natureza ou origem primária de seu conteúdo, posto que é igual a qualquer regra jurídica, mas, sim, na forma que a cria a autoridade precisa e concreta da qual emana diretamente.⁵⁸

Ressalta Geny que ao aludir à lei escrita, o fá-lo em sua acepção mais ampla possível: designa todos os atos de uma autoridade social regularmente constituída e competente para ditar regras jurídicas gerais em forma de preceitos obrigatórios, os quais, segundo a autoridade da qual provêm, podem ser chamadas de lei propriamente dita, decreto, regulamento.⁵⁹ Essa norma, assim estabelecida, ao menos que tenha sido fixado implícita ou explicitamente o limite de sua vigência, subsiste indefinidamente, até que a anule uma lei contrária, derrogando expressa ou tacitamente as suas disposições.

A lei, na verdade, é mesmo a expressão da vontade emanada de um homem ou de um grupo de homens, que se exterioriza através de uma determinada fórmula. O legislador, nesse trabalho, deve considerar os valores e interesses do meio social ao qual a lei vai ser dirigida. Trata-se, portanto de uma tarefa fruto da reflexão e consciência. Ela é a mais segura e mais precisa das fontes de direito, uma vez que decorre dessa vontade consciente, do ato da autoridade qualificada para impor regras jurídicas.

57 Idem, p. 231.

58 Idem, p. 231.

59 Idem, p.238.

A norma jurídica, todavia, é insuficiente para satisfazer todas as relações humanas que merecem a proteção jurídica, a consideração do direito. A lei deve ser entendida como uma informação muito limitada do direito, não se justificando assim a pretensão da ciência jurídica do direito positivo em edificar todo o sistema sobre ela. Ela é apenas um dos elementos da interpretação jurídica. Daí, admitir a lei que outras fontes formais do direito positivo atuem ao seu lado, ficando como aquela sujeita à livre investigação científica.

Geny reconhece a força imperativa absoluta da lei mas seu alcance é limitado, haja vista tratar-se de produto de uma inteligência e vontade humanas, como tais, essencialmente limitadas em seu alcance. Com isso, ela deixa um grande número de pontos não previstos, os quais outros órgãos sociais deverão prover. Propõe, então, Geny que o jurista penetre diretamente na natureza das coisas, indagando quais os elementos sociais que devem fixar a regra. Ao jurista, caberá ter em conta os objetos de investigação; considerar os graus de luz e certeza que oferecem, determinando as leis de sua harmonia, sem perder de vista os ideais de justiça e utilidade social.

Para Geny, "*Interpretar puramente la ley no es otra cosa que inquirir el pensamiento de legislador, bien en su texto, bien en las circunstancias externas que pueden aclarar su sentido.*"⁶⁰

Outrossim, o pensamento que orientava Geny no estudo dos princípios de interpretação da lei escrita, apontava para a restrição do alcance da mesma na medida da vontade subjetiva do legislador, único fundamento racional de sua força imperativa, aplicando, dessa forma, a lei sem deformá-la, para manter a firmeza indispensável aos seus efeitos.

60 Idem, p. 307.

A lei pressupõe certas relações sociais, certas circunstâncias econômicas que aparecem condicionando suas disposições. Daí porque Geny defendia a idéia de que o intérprete deveria fixar o momento da criação da regra jurídica. Com o que, se as situações ou condições expressas ou tácitas contidas no dispositivo legal tiverem desaparecido ou sofrido transformação, perderiam a sua importância. Nesse quadro, a prescrição que lhe estava subordinada modificar-se-á por si mesma e cessará de impor-se ao intérprete tal qual foi formulada primitivamente. Nesses casos, seria o mais seguro juridicamente que o próprio legislador alterasse uma disposição não mais adequada à realidade social. Todavia, essa intervenção legislativa não é um dado fundamental para o direito. É que se a disposição inicial da lei estava condicionada por certos elementos essenciais, pode dizer-se que esses mesmos elementos limitam necessariamente o efeito, no sentido de que a regra, tal como foi formulada, resta inaplicável a um estado de coisas absolutamente distinto daquele que o legislador teve em vista. Só nessa medida, as circunstâncias posteriores à lei podem modificar essa mesma lei, através do processo interpretativo.

Geny sustenta, como o único justificável, o princípio de interpretação que, para fixar o alcance de um texto legal, relaciona-o com a época em que foi posto em vigor.⁶¹

Por isso tudo, Geny considera pueril que se pretenda opor a interpretação gramatical à interpretação lógica, pois ambas necessariamente completam-se. É que as deduções racionais, segundo as inspirações de uma lógica sadia, interferem, no sentido de conceder completo desenvolvimento à vontade, da qual a frase gramatical analisada não pode ser nunca mais do que o esqueleto. Nessa mesma

linha, diz Geny que não se pode propor ao intérprete a eleição entre a letra e o espírito da lei. Tratando-se de reconhecer uma vontade, completa o ilustre jurista francês: o descobrimento da intenção há de predominar necessariamente; mas a letra intervém, como manifestação autêntica e solene do espírito, inseparável deste e cujo objetivo é exteriorizá-lo. O método de interpretação da lei, proposto por Geny, afasta-se do tradicional, puramente legal e dedutivo, desprovido de plasticidade. A imobilização do direito que o método tradicional enseja configura o vício capital do mesmo. Ademais – como advertia Geny – sob a aparência de permanecer fiel à lei e ao pensamento do legislador, dá-se margem ao subjetivismo intolerável.

Quando é preciso pedir ao legislador uma idéia que ele não expressou, que não a concebeu, o intérprete, pela força mesma das coisas, tende a substituir com suas próprias idéias as que não encontrou. Retorna-se, assim, à interpretação tendenciosa dos jurisconsultos romanos, sem que justifique a unidade de visão e a finalidade de uma constante adaptação do direito às necessidades sociais.

A propósito, é oportuno que seja transmitido o pensamento de Puig Brutau. Diz ele que os fatos e circunstâncias que as normas pretendem regular sempre evoluíram com uma rapidez superior à marcha que pode se imprimir ao direito civil pela atividade legislativa. O legislador pode adiantar mais por um só de seus gestos do que os juízes, com inúmeras decisões. Mas, os períodos de inatividade, inércia ou indecisão do legislador não lhe permitem marcar novas rotas de evolução jurídica. Por outro lado, o legislador somente decide-se a trabalhar, quando o objetivo que se propõe assinalou uma série acumulada de necessidades.⁶² E, prossegue: “*El legisla-*

61 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudência como Fuente del Derecho, cit., p.19.

62 Idem, p. 19.

dor da la sensación de un miope armado con un arma poderosa.”⁶³ Por fim, declara: “Hay que resolver, pues, sobre la marcha (solvitur ambulando) y sin que deje de rendirse acatamiento formal al Derecho oficialmente proclamado.”⁶⁴

Ora, é sabido que todo o esforço da doutrina francesa consagrou-se na interpretação *stricto sensu* da lei. Em sendo assim, entendia que todas as questões jurídicas deveriam resolver-se mediante soluções positivamente consagradas pelo legislador. Qualquer que seja a evolução posterior das situações e idéias, faltaria autorização para transpor o horizonte que o legislador descobriu na época da criação da regra.

Diante desse quadro, dever-se-iam excluir os costumes das fontes criadoras ou reveladoras do direito, afastando, igualmente, a equidade e os princípios imanentes de um direito superior e ideal.

Contudo, tendo em vista que poderia ocorrer que a lei silenciasse, e não se podendo recorrer ao costume (salvo o autorizado), nem, tampouco à equidade e, considerando que o código civil proibia os juízes de se absterem de dar uma solução ao caso, alguns juristas admitiam a equidade chamada de “ordem elevada”. Essa seria aquele dado que o intérprete toma de sua consciência ou deduz da observação da vida, para preencher as lacunas do direito positivo. Esses juristas, inegavelmente, aceitavam essa idéia com certo constrangimento. Tinham eles a convicção de que a equidade encontrar-se-ia, ainda que em embrião, no próprio texto legal.

O Costume, todavia, é fonte formal do direito. Assim sendo, Geny o inclui em sua metodologia. Trata-se de um conjunto de fatos reveladores de um sentimento

63 Idem, p. 19.

64 IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Rio de Janeiro, Editora Liber Juris Ltda., 1987, p. 24.

jurídico. Exige-se uma série de fatos repetidos, estabelecendo uma prática constante a respeito de uma relação da vida social, vindo a adquirir um caráter de necessidade (*opinio necessitatis*). Traz uma idéia de coação.

Para Jorge Frederico Puchta, citado por Ihering, o costume não passaria de simples forma de identificação da consciência jurídica.⁶⁵ E, acrescenta o próprio Ihering, que essa consciência só se forma através da ação, que é apenas através dela que adquire sua força e investe-se na missão de regular a vida.⁶⁶ E, mais adiante, o mesmo Von Ihering assevera: “que no direito consuetudinário é válida a proposição de que o direito representa uma concepção de poder.”⁶⁷

Geny diz que não é desprovido de dificuldade conceituar-se de forma precisa um fenômeno social tão móvel, multiforme e heterogêneo como é o costume jurídico. E destaca que seria demasiado elementar compreender sob o nome de direito consuetudinário, toda formação de regras jurídicas realizada fora da lei escrita. Isto porque, nessa definição negativa e vaga haveria de englobar, confundidas no direito consuetudinário, a prática extrajudicial, a autoridade conquistada pela doutrina, as tradições estabelecidas pela jurisprudência, até as circunstâncias mil da vida social que podem ilustrar a investigação livre da ciência e dirigir esta à formação de novas soluções. Assim, essa compreensão não serve para caracterizar especificamente esta fonte formal *sui generis* que aparece nas origens do direito privado positivo, precede a lei escrita, subsiste, em seguida, ao seu lado para traduzir as aspirações e a consciência popular.⁶⁸

65 Idem, p. 24.

66 Idem, p. 24.

67 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Positivo, cit., p. 310-1.

68 Idem, p. 311-2.

Para Geny, o costume apresenta-se como um fato, ou melhor, um conjunto de fatos, reveladores de um sentimento jurídico. A formação de um direito consuetudinário supõe, primeiramente, que por uma série de fatos repetidos estabeleceu-se uma prática constante a respeito de uma relação da vida social. Essa prática constante serve de substrato necessário ao costume, ainda que seja insuficiente para ser erigida em costume. Para tal alcance é preciso que a prática constante tenha um caráter de necessidade (*opinio necessitatis*), de modo que a imponha, em caso necessário, em virtude de uma regra dotada de sanção pública. Unicamente assim, conclui Geny, revelará essa prática um sentimento jurídico.⁶⁹

Por essa sua natureza, o costume pode revelar-se de muitas diversas formas. Como ensina Geny, muitas vezes surgirá de simples atos que traduzem na vida diária o uso mesmo que o engendrou; outras, de práticas extrajudiciais, da prática notarial, por exemplo: outras, ainda, de resoluções judiciais, quando expressam o sentimento jurídico que anima o costume; outras, por fim, de opiniões de juristas respeitáveis. Dessa forma, o costume não tem caráter universal. Limita-se à comunidade jurídica na qual surgiu e cujos sentimentos expressa, além de, no interior da mesma, poder exercer uma maior ou menor força, segundo seja geral, quer dizer, comum a uma nação ou local circunscrito a uma província, cidade ou aldeia.

É interessante observar, seguindo a orientação de Geny que, às vezes, o costume irá reger apenas um grupo de indivíduos, ou uma casta, uma certa classe social e será específica ao comércio, à indústria, a uma corporação. Essa variedade de alcance, é da essência mesma do direito consuetudinário, o qual se destina a um grupo extenso ou restrito, de acordo com o laço que o une aos interessados.⁷⁰

69 Idem, p. 315.

70 Idem, p. 444.

O papel do costume, à medida que as relações sociais complicam-se, que há fusão de grupos étnicos e as aspirações nacionais alteram-se, tende a diminuir.

Na França, acha-se explicado o restrito papel do direito consuetudinário, haja vista que a legislação abraçou as partes mais vastas do direito privado. Resume-se o costume à mera atividade complementar do direito escrito para interpretar a lei ou suprimir seus vazios. Há casos em que sua eficácia acha-se autorizada pela lei. Em certas matérias, como as mercantis, a lei manteve íntegra a autoridade do costume. Como adverte Geny, a doutrina é quase unânime em declarar que, considerando a existência de uma Constituição que põe nas mãos do legislativo o exercício de dizer o direito, fazendo-o de acordo com uma forma precisa e regulada minuciosamente, não pode permitir-se ao costume, tenha ele eficácia suficiente para criar o direito, nem suprimir uma lei, nem derogá-la, no todo ou em parte.

Importa aludir ao que Geny denomina de Autoridade e Tradição. Trata-se de forças sociais, menos ativas e menos enérgicas do que aquelas que engendram o costume, que reduzidas a seus elementos irreduzíveis, consistem em opiniões individuais sobre a existência ou o conteúdo das regras jurídicas. Elas emanam de pessoas ou de corporações às quais o juízo público reconhece a competência necessária, e que, tanto por seu número quanto por sua coerência, constituem-se em elementos capazes de impor seu testemunho a favor de soluções jurídicas. Essas opiniões, ou melhor, as forças sociais que as traduzem, e que, segundo sua origem, são chamadas de Doutrina ou de Jurisprudência, Geny denomina-as de AUTORIDADE. E, quando essa autoridade acha-se revestida de um selo de antiguidade que lhe confere prestígio e veneração de uma origem remota, chama-se TRADIÇÃO.⁷¹

71 Idem, p. 444.

Ainda, de acordo com o *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo*, entre TRADIÇÃO e AUTORIDADE não existe, salvo circunstâncias particulares, uma diferença de natureza, mas apenas de duração. Ambas são distintas do costume jurídico. Naqueles, a substância e o fundo, mesmo de seu poder, residem em juízos independentes, expressões de sentimentos de individualidades mais ou menos notáveis, mas não se constituindo em nenhum uso de fato, nem revelando uma convicção jurídica comum ao conjunto dos interessados.⁷²

Geny, ao colocar a Autoridade e a Tradição entre as fontes produtoras do direito privado positivo não as nivelou à lei, nem ao costume. Entende ele que aquelas fontes podem ser colocadas ao lado dessas, como uma direção menos imperiosa, útil e indispensável para uma completa informação do direito privado positivo. Assim, enfrentando energicamente a liberdade da investigação científica, ao lado daquelas forças obrigatórias absolutas que se impõem ao intérprete, sem discussão possível, na medida de suas precisas prescrições, colocar-se-iam a Autoridade e a Tradição.⁷³

Lembra Geny que na época da França consuetudinária antiga, enquanto as ordenanças e os costumes tinham força de lei, o direito romano não estava reconhecido, no geral, ao menos, tendo, todavia, força de razão escrita. Nesse exemplo, Geny reporta-se a Merlin, o qual explica que por razão escrita entende-se a disposição de uma lei carente de autoridade coativa no país onde se a invoca, a qual, portanto, deve ser seguida apenas na medida que se adequa aos princípios gerais e a uma razão sã.⁷⁴

72 Idem, p. 445.

73 Idem, p. 445.

74 Idem, p.446-7.

Ainda de acordo com Geny não há qualquer dado na natureza dessas revelações do direito positivo, ou seja, Autoridade e Tradição ou doutrina e jurisprudência que as exclua da categoria de fontes formais. Todavia, o mesmo Geny afirma que essas revelações não têm a força de se imporem ao intérprete.⁷⁵ Com isto, não podemos chamá-las de fontes formais do direito. A Autoridade pode apenas preparar a lei escrita, inspirando suas disposições e, singularmente, contribuir para a criação de um direito consuetudinário, servindo de base entre os interessados a usos fundados em um sentimento jurídico. Elas iluminam os caminhos do intérprete, sem lhe impor uma direção e precedentes. E, quanto à Tradição, não tem mais que um valor moral.

5. A Escola Científica Francesa e a crítica à Escola da Exegese

A contribuição francesa à cultura jurídica e política da Europa é marcada, sobretudo, pela luta intensa a favor da liberdade e segurança. Diz Ihering que constitui “moda” chamar os franceses do século XIX de decadentes. E acrescenta que essa assertiva não seria objeto de contestação se, com ela, quisesse explicitar os momentos de apogeu e os de decadência que toda civilização registra na história da humanidade. Mas, explica o autor de *A Luta pelo Direito*, essa expressão foi tomada com o significado de ausência de sentimento patriótico, com o que o autor referido não concorda. Entende, com acerto, que toda a história do povo francês acha-se fortemente marcada de momentos heróicos, a par de um permanente sentido de legação e amor ao seu país. Os exemplos que Ihering oferece são os das lutas de 1870 e 1871, em Wissembourg, Reichsoffe, “*sob as trincheiras de Paris e sobre as margens do Loire.*”⁷⁶

75 Idem, p. 446-7.

76 IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*, cit.,

E, com efeito, o próprio comportamento da Europa, em torno do que representa o exemplo francês, até os dias de hoje, expressa o seu lugar de vanguarda na história política e cultural da humanidade. O perfil cultural, jurídico e político da nação francesa revela, como objetivos claros, a proteção às garantias individuais e a realização de um Estado justo. Outrossim, o romantismo, como concepção filosófica do século XIX impregnou também a França.

Como disse Edgar Bodenheimer: “em uma oportunidade, Stendhal assinalou que o ideal clássico era o ideal do insípido, enquanto que o romântico era sinônimo de interessante.”⁷⁷

E nesse quadro extremamente rico do século XIX, surgiram as várias Escolas de pensamento filosófico jurídico, sendo a Escola Científica Francesa uma das mais importantes, notadamente por seu papel crítico à Escola da Exegese.

Observe-se que, na França havia uma verdadeira sujeição ao texto da lei, logo após o momento da codificação. Existia uma sincera crença de que, seguindo fielmente o texto da lei, os aspectos benéficos seriam sentidos pela sociedade. Era a marca da Exegese, revelando uma rígida profissão de fé, uma profissão de fé dogmática à lei.

A obra da Escola Científica Francesa, notadamente o trabalho de um de seus mais ilustres membros, François Geny, revela a intolerância do método tradicional. Blondeau, por exemplo, decano da Faculdade de Direito de Paris, publicou um trabalho intitulado “A autoridade da lei”, com o subtítulo “Fonte da qual devem hoje emanar todas as decisões jurídicas.” Para Blondeau – conforme Geny – a lei deve ser, na atualidade, a origem única das decisões jurídicas: claro está que admite sua interpretação, mas decorrendo dela, do texto ou do espírito

77 BODENHEIMER, Edgar, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídica*, cit., p.275.

que o inspirou, não de outra origem estranha. Mais adiante, Geny afirma que Blondeau chega a dizer que se o juiz, ao proceder ao exame de um caso concreto, defrontar-se com uma lei ambígua ou notoriamente insuficiente, ou mesmo com leis que se contraponham, não podendo revelar o pensamento do legislador sobre o ponto em questão, terá então motivos tão poderosos para abster-se como para intervir, que deverá considerar como inexistentes essas leis, rejeitando a demanda.⁷⁸

Efetivamente, salvo a última parte do pensamento de Blondeau, a qual por seu exagero é rejeitada pela maioria dos que adotaram o método tradicional, as suas idéias foram a base do método de ensino nos mais acreditados tratados gerais de direito civil, reputados como clássicos. Essa linha de pensamento é vista, ainda, nas obras de Demante y Marcadé, mas são visíveis em Demolombe, Aubry y Rau e Laurent, entre outros.⁷⁹

Importa ressaltar, todavia, seguindo a orientação de Recaséns Siches, que o espírito do fetichismo pela razão pura de caráter matemático, o qual animou os políticos criadores da obra legislativa da Revolução Francesa e daqueles juristas da geração formada sob a vigência do Código Civil, não era o mesmo espírito dos mais destacados membros da comissão de juriconsultos que preparou o Código. Cambacérès, por exemplo, reconhecia a impossibilidade de o legislador dizer todo o direito, limitando sua tarefa ao estabelecimento de princípios fecundos que pudessem servir previamente para resolver dúvidas. Também Portalis, o mais importante de todos os autores do projeto do Código Civil contestou a idéia de que a nova obra contivesse soluções para todos os problemas que pudessem surgir e satisfazer todas as necessidades sociais.⁸⁰

78 GENY, Francisco. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p.23.

79 Idem, p. 24.

80 SICHES, Recaséns. *Panorama do Pensamento Jurídico*, v.2, p.29.

Geny também menciona atenuações no pensamento de Demante y Marcadé.⁸¹

A pretensão da Escola da Exegese de reduzir o direito à lei estagnou aquele, impedindo-o de buscar o seu fim, quando, na lição de Engisch: “*a própria lei e o seu conteúdo não são uma coisa estática, como qualquer fato histórico passado (eternamente quieto permanece o passado) mas algo vivo e mutável...*”⁸²

E, realmente, a Escola da Exegese procurou formular uma concepção positivista do mundo. Todavia, por conta, talvez, do momento em que estava inserida, ao tentar aplicar sua doutrina, no campo da ciência jurídica, revelou estar impregnada de dados não-positivos. E isso ocorreu, fundamentalmente, na maneira de colocar a missão do legislador, fazendo-o de uma forma tão acerbadada que tendia ao campo da metafísica.

A respeito, diz Bonnacase: “*Nada impede que, em certos momentos, tenha-se a impressão que a Escola da Exegese aproxima-se da ressurreição dos deuses, da Mitologia e da prática da idolatria...*”⁸³.

A essência do positivismo jurídico reside em considerar as regras jurídicas como as únicas normas capazes de definir a conduta humana. Ocorre que, ao fazer a Escola da Exegese um apelo à intenção do legislador, ao que pretendeu ele exprimir através das leis, e a um sentido do texto legal, afasta-se do positivismo e ingressa numa área metafísica.

Outra vez Bonnacase, severo crítico da Exegese diz que: “*A lógica basta, por si só, para demonstrar o caráter ao mesmo tempo retrógrado e simplista da doutrina exegética na prática*”. E, acrescenta: “*... ao reduzir o direito positivo e a lei à intenção do legislador, a Escola da Exegese imobiliza-o, condena-o à impotência...*”⁸⁴

81 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p.24.

82 ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico, cit., p.143.

83 BONNECASE, Julien. La Escuela de la Exegese en Derecho Civil, México, 1944, p.201.

84 Idem, p. 218.

A Escola da Exegese desconheceu o exato significado da lei e o seu alcance. A lei é objetiva; uma vez posta pelo legislador, constitui algo que vale por si mesma, tanto por seu conteúdo, como pelo fim que objetiva alcançar. Ainda de acordo com Bonnacase: “*... toda lei é uma disposição mais ou menos imperativa, materializada em um texto, com o fim de realizar a harmonia social: objeto supremo do Direito*”.⁸⁵

Com muita pertinência observa Recaséns Siches que, quando François Geny publicou em 1899 seu primeiro dos grandes livros, *Método de Interpretación e Fontes em Direito Privado Positivo*, predominava, na França, ao menos em princípio, a tese de que as disposições do Código Civil compreendiam todas as regras necessárias para resolver qualquer problema jurídico que pudesse surgir. E, sendo assim, supunha-se que a função dos juízes dos advogados consistiria e deveria consistir exclusivamente em interpretar, por meio de métodos lógicos tradicionais, isto é, dedução silogística, as normas e os princípios contidos no código. E, coube a Geny mostrar que a interpretação judicial do Código Civil Francês havia sido muito mais criadora do que se pensava.

Geny realçou que a lei não é toda a expressão de um princípio lógico, mas, sobretudo, uma manifestação de vontade. Por isso, parecia correto que, na aplicação do direito, procurasse esclarecer qual teria sido o propósito do legislador. E, conforme Siches, a experiência demonstrou que a lei escrita é incapaz de resolver todos os problemas suscitados pelas relações sociais, nem sequer aqueles casos que parecem enquadrar-se no âmbito da previsão legal, porque, inclusive nessas hipóteses, é necessário investigar as realidades sociais concretas para que a aplicação da lei produza nelas os resultados

85 Idem, p. 222.

pretendidos pelo legislador. Em sendo assim, assevera Siches, teremos que recorrer a outras fontes suplementares.⁸⁶

Na lição de Siches, Geny revela que o desenvolvimento da jurisprudência judicial e o da doutrina foram modificando, às vezes substancialmente, o sentido originário dos princípios estabelecidos pelo Código. E isto foi visto mesmo na época em que, aparentemente, estava-se sob o domínio do fetichismo da lei.⁸⁷

Seguindo o pensamento do mestre Geny, que destacou ainda Siches: nos casos em que o juiz encontra-se diante de normas legislativas ou consuetudinárias, ou mesmo diante de precedentes jurisprudenciais ou doutrinários, fica sempre um amplo campo de problemas, frente aos quais o juiz tem que escolher entre as várias soluções possíveis. Por isso, precisa recorrer à livre investigação científica. Daí porque esse método serve para guiar o juiz nos casos de lacuna, orientando-o, quando a ordem previamente formulada, (leis, costumes, jurisprudência, etc.), não lhe oferece uma única solução, senão a possibilidade de várias decisões, devendo eleger uma, entre elas. A “livre investigação científica” diz Siches, é livre porque não está submetida a uma autoridade positiva. É científica – acrescenta – porque somente pode encontrar bases sólidas nos elementos objetivos descobertos pela ciência. Deve ela, pois, estear-se em três critérios: a) o princípio da autonomia da vontade; b) a ordem e o interesse públicos; c) o justo equilíbrio e a harmonização dos interesses privados opostos. Realça Siches, a propósito desse último critério, que Geny ensina que o juiz deve considerar a força respectiva dos interesses, pesá-los na balança da justiça, de modo que saiba sobre qual deles deve

86 SICHES, Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, cit., p.45-46.

87 Idem, p. 46.

outorgar preponderância, para o que, deverá ter em conta as condições sociais vigentes e resolver de modo que se produza o equilíbrio devido.⁸⁸

Na obra *Ciência e Técnica em Direito Privado Positivo*, Geny forneceu as diretrizes para a efetivação da livre investigação científica na tarefa do magistrado. Como realça o autor de *Panorama do Pensamento Jurídico*, a essência desse trabalho consiste em distinguir, entre os ingredientes das normas jurídicas, aqueles que são os dados – sejam os fatos reais, os fatos históricos, os princípios racionais, ou as aspirações ideais, sendo todos objeto do conhecimento científico. Esses, devem ser diferenciados daqueles outros ingredientes que são construídos pela vontade humana, os quais, portanto, constituem uma técnica praticada pelo intérprete, a qual lhe permite um amplo poder de criação, de transformação e de desenvolvimento para poder produzir preceitos flexíveis e diversificados.⁸⁹

Traduzindo ainda o pensamento de Geny, explica Siches que os dados reais são as condições de fato, nas quais se encontra situado o gênero humano, perceptíveis por observação, tais como: as realidades físicas, biológicas, psicológicas, incluindo os hábitos sociais e as tradições. Os dados históricos seriam todos os fatos produzidos pela evolução histórica e que determinam as situações sociais concretas. Os dados racionais consistem no conjunto de princípios racionais decorrentes da natureza humana, algo assim como normas básicas de direito natural, as quais compreendem a idéia de justiça, o respeito à vida humana, o desenvolvimento das faculdades do homem, as liberdades fundamentais, como a liberdade de pensamento, a autonomia pessoal. E, com

88 Idem, p.47.

89 SICHES, Recaséns. Panorama do Pensamento Jurídico, cit. p. 39.

relação aos dados ideais, Geny refere-se a tudo quanto compreende as aspirações humanas, as quais, em um dado momento, tendem a imprimir uma direção especial às relações jurídicas. A diferença entre os dados ideais e os dados racionais reside no fato de que esses são universais, imutáveis, ao passo que os dados ideais mudam de acordo com a diversidade de situação e época. Os dados ideais entram em parte na esfera da técnica jurídica, a qual constitui o que Geny denomina de “o construído.”⁹⁰

Importa que seja destacado, em uma análise da obra crítica do método da livre interpretação científica, que Geny não rejeitou as bases do positivismo, posto que destacou que, em havendo leis claras, disposições legislativas objetivamente postas, os conceitos jurídicos e a lógica dedutiva teriam um papel principal. Apenas, na esfera em que o legislador havia deixado vazia, é que cumpria ao intérprete recorrer às outras fontes.

A propósito, enfatizou Siches que, nos conflitos que se possam produzir entre os elementos científicos (dados) e os elementos técnicos da elaboração do direito, os primeiros devem prevalecer sobre os segundos.⁹¹

E mais: que, havendo conflitos entre a lei escrita e o Direito natural, deve ser dada preferência à lei escrita, em virtude de considerações muito graves que têm em conta a ordem, a qual é uma prévia condição da justiça. Não obstante, continua Recaséns Siches, admite Geny como último recurso, em casos gravíssimos, o meio desesperado de resistência violenta à opressão, resistência que pode chegar até à insurreição justificada.⁹²

Com essa compreensão, o direito pode revelar-se como uma disciplina com base científica, com tendências essencialmente práticas, operando sobre seu método

90 Idem, p. 39-40.

91 Idem, p. 47.

92 Idem, p. 47.

específico. Geny apresentou esse duplo caráter do direito e, com essa revelação, pode descobrir, como ele mesmo afirma, a fusão íntima de pensamento e de ação.⁹³

Essa compreensão de Geny atende ao seu propósito central: manter vivo o direito. E, para ele, viver é mover-se e transformar-se. Mais ainda: é lutar com o ânimo posto em perfeita e constante adaptação às exigências da vida social, seguindo aqui a linha de pensamento de Ihering, em sua *A Luta pelo Direito*.

Acrescenta Geny que o direito somente pode ser o diretor do movimento que deve incessantemente dirigir, lutar para ser um organismo produtivo, recebendo todos os elementos do exterior, elaborando-os e projetando-os, em seguida, no seu campo específico de atividade.⁹⁴

6. Conclusão

A obra de Geny cuida fundamentalmente de dados de justiça e de utilidade geral, objetivos essenciais do direito. A esses objetivos, Geny propõe ao jurista que se chegue através de um método próprio de investigação jurídica. Trata-se do método da livre investigação científica. Esse alcança a natureza das coisas, pesquisando-a. Não se cuida apenas de analisar todos os elementos de fato da vida social, de observar as relações. Munidos da razão e de uma consciência moral, o jurista deve buscar as leis dos fenômenos; indagar da razão e da consciência acerca da justiça; dirigir-se aos fatos sociais para achar as leis de sua harmonia e os princípios de ordem que ela requer.

Para o autor de *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo*, fora e acima da natureza das coisas positivas, formadas de elementos materiais e

93 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 681.

94 Idem, p. 673.

móveis, existe uma espécie de natureza superior das coisas, constituída por princípios racionais e por entidades morais e imutáveis.

Esses princípios racionais de justiça superior, que a razão e a consciência revelam, são conhecidos e reputáveis indispensáveis no direito internacional público. E se esses dados impõem-se ao legislador, não podem ser indiferentes ao juiz, quando em face das lacunas das fontes positivas, deve criar o direito. Daí porque a jurisprudência sempre pressupõe, ao menos a título de idéia, a noção de justiça.

A par desses aspectos, o desvendar da justiça e da utilidade social, nos quais Geny assenta seu método, exige que se consulte atentamente o sentimento moral que domina as concepções entre os homens mediante um exame das condições sociais e econômicas que permitam avaliar os interesses opostos.

A tendência que o homem possui de procurar estabelecer um equilíbrio entre os interesses contrários é apontada por Geny como um aspecto que propicia obter o resultado mais justo penetrando fundo nos elementos de toda a organização jurídica positiva, a qual não consiste em entidades lógicas mas em realidades de natureza moral ou econômica. Sobre essa questão também se expressou, na mesma linha Puig Brutau, ao assinalar que, na realidade, a lógica formal é incapaz de assegurar por antecipação qual será o conteúdo da sentença judicial, ainda que, uma vez redigida, tenha a aparência de algo inevitável. E, acrescenta que o Tribunal pode decidir-se contra ou a favor de uma demanda, segundo o que considere mais a propósito do ponto de vista da conveniência pública.⁹⁵ E, em outro ponto, ainda apreciando o que ele denomina de “A Falácia da Forma Lógica”, diz que a

95 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudência como Fuente del Derecho. cit., p. 33.

necessidade de se chegar a uma solução justa dos casos apresentados exige que se combata toda a pretensão formalista.⁹⁶

Geny desvendou ao longo de sua obra, o abuso na atualização dos procedimentos lógicos pelo método tradicional, os quais considerava dotados de realidade objetiva permanente, concepções ideais, de índole provisória e puramente subjetiva. Ele visualizou nesse procedimento, um vestígio do absoluto realismo da Idade Média, consistente no abuso de fazer residir *a priori* todo o sistema de direito positivo em um número limitado de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios para acomodar-se às mutáveis exigências da vida.

O primeiro dos erros do método tradicional foi o de supor que o legislador tenha desejado estabelecer antecipadamente resposta para todos os problemas jurídicos. E, na verdade, na história do direito, não existe nenhuma obra de legislação que tenha alcançado esse intento.

Outrossim, defende o ilustre jurista francês a idéia de que o legislador não pode, nem deve tentar impor ao intérprete sua compreensão acerca dos princípios superiores.

Por seu turno, como pondera Siches, ao citar o jurista alemão Eisele, as normas jurídicas legislativas têm que se expressar através de uma fórmula, a qual, necessariamente, resulta abstrata e, assim, ao deixar margem para conflitos e antinomias esses serão resolvidos somente pelo juiz.⁹⁷

E, com efeito, como ensina Puig Brutau, o direito derrama-se fora da norma formal que o contém porque vive agitado pelas circunstâncias, sempre inquietas, da vida social.⁹⁸ A lei representa o instrumento de que se

96 Idem, p. 34.

97 SICHES, Luís Recasens. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, cit.,

98 BRUTAU, José Puig. La Jurisprudência como Fuente del Derecho, cit., p.15-22.

vale a autoridade constituída para dotar de força compulsiva o direito. Mas este, ainda que se pudesse supor que estivesse captado pela formulação positiva da lei, não poderia ficar preso no interior da mesma, uma vez que o saber sempre transcende o poder que pretende encarná-lo. Qualquer conflito de interesses que não possa ser resolvido pura e simplesmente com a aplicação de um mandato judicial, há de dar ensejo à atuação de quem tem capacidade para resolver sobre a marcha do conflito de que se trata.⁹⁹

Ensina ainda o autor de *La Jurisprudencia como fuente del Derecho* que o direito pode ser considerado como um sistema estável de normas, apesar de sua contínua adaptação às circunstâncias. A tarefa dos juristas resulta ser de duplo subjetivo: por um lado, deverão encontrar a solução justa de cada caso; de outro lado, suas soluções, ainda que sejam as mais simples, deverão observar uma doutrina geral que derivará dos artigos do código.¹⁰⁰

A obra de Geny nos revelou precisamente que o direito não é uma ciência isolada, que baste a si mesma. Como afirmou R. Saleilles, ao elaborar o Prólogo de *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo*, o direito é uma ciência de fatos, uma ciência da realidade, que, como tal, recolhe da natureza das coisas seus primeiros elementos de formação e de interpretação.¹⁰¹

E, para concluir, reproduzo o pensamento do mesmo Saleilles: “passou a época de limitar a formação do que se chamava espírito jurídico, isto é, a penetração dos textos, ao ensinamento e a preparação doutrinária. Uma

99 Idem, p. 15-22.

100 Idem, p. 20.

101 GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., no “Prólogo”, p. XIV.

*simples leitura da obra de Geny basta para fazer compreender quanto podem e devem contribuir para contrastar os elementos de cristalização do direito, as orientações científicas mais diversas; sociologia, economia política, direito natural em seu novo conceito, filosofia e mesmo a teologia; todos os descobrimentos em matéria sociológica têm finalidade jurídica, e no direito encontram fórmulas de utilização prática ”.*¹⁰²

102 Idem, p. XV.

7. Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- BIELSA, Rafael. *Metodologia Jurídica*.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologias Jurídicas*, Rio de Janeiro, Editora Foseense, 1966.
- BONNECASE, Julien. *La Escuela de la Exegese in Derecho Civil*, México, 1994.
- BRUSHIN, Otto. *El Pensamiento Jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- BRUTAU, José Puig. *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial.
- CARDOSO, Benjamin N. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. São Paulo, Editora nacional de Direito Ltda., 1956.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento Jurídico*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- GENY, Francisco. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1925.
- GRESSAYE, Brethe de la. *Introduction Générale a L'Etude du Droit*. Paris, Librairie du Recueil Sereym, 1947.
- HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Metodologia del Derecho (Ordenación Crítica de las Principales Direcciones Metodologicas)*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro, Editora Liber Juris Ltda., 1987.

- LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editora Ariel S/A., 1994.
- LARENZ, Karl. *La Filosofia Contemporanea del Derecho y del Estado*. Madrid.
- SALDANHA, Nelson. *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife, Editora Universitária, 1974.
- SICHES, Luís Recaséns. *Panorama do Pensamento Jurídico*.
- SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO¹

Fátima Nancy Andzighi

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Secretária da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal. Secretária da Comissão de Reformas do CPC.

O projeto do novo Código de Trânsito tramita no Congresso Nacional, atualmente na Câmara dos Deputados para votação do **Substitutivo** oferecido pelo Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara nº 73 (nº 3.710, de 1993, na Casa de origem) em 09 de outubro de 1996.

Considerando que ainda não houve votação do **Substitutivo do Senado** pela Câmara, procurarei trazer ao conhecimento dos caros colegas as disposições do projeto da Câmara conjuntamente às do **Substitutivo do Senado**, apontando as divergências entre as duas casas legislativas. Deixo de mencionar o conteúdo do projeto original (elaborado pelo Ministério da Justiça) enviado pelo Executivo, considerando que o mesmo foi totalmente modificado pela Câmara dos Deputados.

A primeira modificação que se nota é a denominação do Código que pela Lei nº 5.108/61 era *Código Nacional de Trânsito*, sendo que pelo novo projeto, tanto da Câmara quanto no Senado, passa a ser **Código de Trânsito Brasileiro**.

O novo Código, tanto pelo projeto da Câmara como pelo **Substitutivo** do Senado, está dividido em vinte capítulos, a saber:

1 Palestra proferida no II Congresso sobre Responsabilidade Civil ao Transporte Terrestre de Passageiros, promovido pelo CEPES - Centro de Estudos e Pesquisas do 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo e SETPESP - Sindicato das Empresas Transportadoras de Passageiros do Estado de São Paulo, em 11 de abril de 1997 - São Roque/SP.

- Capítulo I – Das disposições preliminares;
- Capítulo II – Do Sistema Nacional de Trânsito;
- Capítulo III – Das regras gerais de circulação e conduta;
- Capítulo IV – Dos pedestres (e condutores de veículos não motorizados)
- Capítulo V – Do cidadão;
- Capítulo VI – Educação para o trânsito;
- Capítulo VII – Da sinalização de trânsito;
- Capítulo VIII – Da engenharia de tráfego, da operação, da fiscalização e do policiamento ostensivo de trânsito;
- Capítulo IX – Dos veículos;
- Capítulo X – Dos veículos em circulação internacional;
- Capítulo XI – Do registro de veículos;
- Capítulo XII – Do licenciamento;
- Capítulo XIII – Do transporte (condução) de escolares;
- Capítulo XIV – Da habilitação;
- Capítulo XV – Das infrações;
- Capítulo XVI – Das penalidades;
- Capítulo XVII – Das medidas administrativas;
- Capítulo XVIII – Do processo administrativo;
- Capítulo XIX – Dos crimes (de trânsito);
- Capítulo XX – Das disposições finais e transitórias.

A divisão em vinte (20) capítulos difere do atual Código Nacional de Trânsito que é composto de apenas treze, salientando como principal novidade, dentre outras tantas, a inclusão de um capítulo relativo aos crimes de trânsito, relegando-se a aplicação do Código Penal, do de Processo Penal, e da Lei 9.099/95, sempre que o capítulo XIX, projeto, não dispuser de modo diverso.

Prefacialmente, mister se faz a menção de uma questão preliminar que foi suscitada pelo relator do projeto

no Senado Federal, quanto à existência de vício na tramitação legislativa do mesmo perante a Câmara dos Deputados.

O projeto nº 3.710/93 obedeceu à tramitação sob regime abreviado de poder teminativo, isto é, sem que o projeto fosse apreciado pelo Plenário daquela Casa. Nos precisos termos do art. 205 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados para projeto de código, é necessária sua submissão à tramitação especial. No entanto, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, entendendo que estava preenchida a condição imposta pelo art. 34, II do seu Regimento Interno, determinou a constituição de uma Comissão Especial destinada a emitir parecer terminativo sobre o Projeto.

A conclusão terminativa da Comissão Especial foi no sentido da constitucionalidade, adequação financeira e orçamentária e, no mérito, pela aprovação.

Certamente que se pode afirmar que há fundada dúvida quanto à regularidade da adoção do poder terminativo no âmbito da Comissão Especial da Câmara, na exata medida em que o Regimento Interno, ao prever competência do Plenário para votação dos projetos de códigos, quis assegurar condições normais de exame demorado e seguro para proposições de tal natureza.

Do inusitado aqodamento para a aprovação há que se perquirir sobre o elevado risco de nulidade do processo legislativo, isto é, o direito-obrigação dos deputados de discutirem e votarem, em Plenário, todo o projeto, observadas as regras regimentais preestabelecidas. Há doutrina e jurisprudência em torno da matéria no sentido de que o ato legislativo é inconstitucional quando praticado em desacordo com as normas regimentais que lhe deveriam dar forma e essência.

Por causa do descumprimento às normas do Regimento Interno no processo de formação legal do novo

Código de Trânsito Brasileiro, entendeu o Senado Federal que há óbice intransponível ao seu seguimento, fazendo a sua manifestação através da preliminar que será objeto de análise na Câmara dos Deputados.

Esse defeito foi objeto do Dr. Saulo Ramos, na Folha de São Paulo, qualificando o ocorrido como uma “barbaridade jurídica”.

Capítulo I – Das Disposições Preliminares.

No capítulo I, que cuida das Disposições Preliminares, o § 3º do art. 1º, de forma inédita, considerando o atual Código, responsabiliza os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, no âmbito de suas respectivas competências, **objetivamente**, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que visem à garantia do exercício do direito de trânsito seguro.

No § 5º do **Substitutivo** oferecido pelo Senado Federal, estabelece-se como norma pragmática, que os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Trânsito darão **prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio ambiente**. É também a primeira vez que o Código de Trânsito abriga norma de proteção ao meio ambiente.

Capítulo II – Sistema Nacional de Trânsito.

O Capítulo II versa acerca do Sistema Nacional de Trânsito, que é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação

e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

No art. 9º do projeto da Câmara dos Deputados, o Sistema Nacional de Trânsito é coordenado pelo Ministério da Justiça e, no **Substitutivo do Senado Federal**, está estabelecido que o Presidente da República designará o Ministério ou o órgão responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Trânsito. Por causa da modificação na coordenação do Sistema Nacional de Trânsito a sua composição também foi alterada.

São os seguintes os órgãos que compõem o Sistema Nacional de Trânsito, de acordo com o **Substitutivo do Senado** – art. 7º:

1. Conselho Nacional de Trânsito – COTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
2. Conselhos Estaduais de Trânsito – CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal – CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
3. Os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios;
4. Os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios;
5. A Polícia Rodoviária Federal;
6. As Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal;
7. As Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI.

O Conselho Nacional de Trânsito – COTRAN – está vinculado e subordinado ao Sistema Nacional de Trânsito – **art. 9º** e, no âmbito da sua competência tem como principal função a responsabilidade pelo estabelecimento das diretrizes da Política Nacional de Trânsito – **art. 12.**

De acordo com o projeto apresentado pela Câmara, a Secretaria Nacional de Trânsito – SENATRAN – tem como uma das suas funções a expedição de carteira nacional de habilitação. Contudo, o **Substitutivo** não prevê a existência desse órgão no Sistema Nacional de Trânsito e no seu lugar prevê **um órgão máximo executivo de trânsito da União – art. 19**, que terá no rol de competência expedir a permissão para dirigir, a carteira nacional de habilitação e os certificados de registro e licenciamento anual.

Capítulo III – Das regras gerais de circulação e conduta.

De acordo com o projeto da Câmara, o capítulo III foi dividido em duas partes: a primeira – **art. 25 – 26 – 27 e 28**, cuida das regras relativas aos condutores de veículos nas vias terrestres e, a segunda – **art. 29 até o 66**, cuida das regras gerais de circulação. O **Substitutivo do Senado** faz a mesma divisão no capítulo, porém, com disposição numérica diversa.

Ambos os projetos no **art. 67**, determinam que nenhum veículo poderá transitar sem atender às normas gerais estabelecidas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, IBAMA e Programa Nacional de Controle de Poluição por Veículos Automotores – PROCONVE, ficando demonstrada a preocupação dos legisladores na preservação do meio ambiente.

Capítulo IV – Dos pedestres e condutores de veículos motorizados.

Este capítulo estabelece regras para pedestres na utilização dos passeios ou passagens apropriadas das vias urbanas e acostamentos. Saliento o disposto no art. 71 que se refere à preferência na travessia sobre as faixas delimitadas, exceto onde houver semáforo.

Capítulo V – Do cidadão.

Estabelece regras programáticas que permitem ao cidadão participar do cumprimento das metas do Sistema Nacional de Trânsito, oportunizando apresentação de sugestões para alcance das referidas metas.

Capítulo VI – Da educação para o trânsito.

A educação para o trânsito passou a ser prioridade pela nova Lei. É direito de todos os cidadãos e constitui dever para os componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

A novidade que deve ser salientada neste capítulo é o dever do Ministério da Educação e do Desporto, que, mediante proposta do CONTRAN, deverá promover a adoção em todos os níveis de ensino, de um currículo interdisciplinar com conteúdo programático sobre segurança de trânsito.

Ainda no âmbito da educação, caberá ao Ministério da Saúde, mediante proposta do CONTRAN, estabelecer campanha nacional esclarecendo condutas a serem seguidas nos primeiros socorros em caso de acidente.

Capítulo IX – Dos veículos.

Especificamente em relação a transporte de passageiros, há de ser salientado que são equipamentos de acordo com o art. 106:

1. Cinto de segurança;
2. Faixas de segurança nas cores branca e vermelha, em condições de visibilidade diurna e noturna, afixadas na traseira e nas laterais dos veículos e equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo;
3. Encosto de cabeça para todos os tipos de veículos;
4. Equipamento suplementar de retenção (air bag) frontal ao condutor e os passageiros do banco dianteiro;
5. Dispositivo destinado ao controle de gases poluentes e de ruído;
6. Dispositivo destinado ao armazenamento temporário de resíduos gerados pelos ocupantes do veículo.

Capítulo XIII – Condução de Escolares.

Os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares só poderão circular com autorização e só poderão ser conduzidos por motorista com mais de vinte e um anos, detentor de habilitação, a categoria D.

Capítulo XV – Das infrações.

Este capítulo cuida das infrações de trânsito que se caracterizam pela inobservância de qualquer preceito do Código, sujeitando-se o infrator às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

O projeto da Câmara dos Deputados prevê em torno de 180 figuras infracionais, já o **Substitutivo do Senado** eleva o número para 240 tipos infracionais.

Tanto o projeto, como o substitutivo, foram concebidos de forma diversa do Código Nacional de Trânsito, especificando o modelo do tipo infracional, indicando logo após a classificação da infração, a correspondente penalidade e a eventual medida administrativa aplicável à espécie.

Os tipos infracionais foram classificados em escala hierárquica para fins de punição, nos seguintes graus: **gravíssima, grave, média e leve.**

A forma de instituição do tipo infracional e a imediata classificação, seguida da penalidade e eventual medida administrativa, facilitou, sobremaneira, o manuseio do diploma legal, ficando dispensado o uso da tabela nos moldes do Código Nacional de Trânsito.

Capítulo XVI – Das penalidades.

As espécies de penalidades também foram alteradas substancialmente, sendo as seguintes as formas de punição pela prática de ato infracional de trânsito:

1. Advertência por escrito;
2. Multa;
3. Suspensão de direito de dirigir;
4. Apreensão do veículo;
5. Cassação da Carteira Nacional de Habilitação;
6. Cassação da Permissão para Dirigir;
7. Frequência obrigatória em curso de reciclagem.

As infrações punidas com multa classificam-se, de acordo com a sua gravidade, em categorias especificadas no art. 258 que fixam os respectivos valores. Já o art. 259 cuida do cômputo de pontos a cada infração cometida e, sempre que o infrator atingir a contagem de vinte pontos no período de doze meses, será apenado com uma nova multa no valor de 1.000 UFIR.

É de ser ressaltado que na maioria das vezes as infrações classificadas como **gravíssimas** e **algumas graves** sofram penalidades com multa e medida administrativa aplicadas cumulativamente, contudo, as infrações graduadas como **média e leve** dificilmente são punidas cumulativamente com medida administrativa de remoção veículo.

Estabelece o art. 257 tanto do projeto quanto do **Substitutivo do Senado** que as penalidades serão impostas ao **condutor**, ao **proprietário** do veículo, ao **embarcador** e ao **transportador**, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados no Código. Aos **proprietários** e **condutores** de veículos serão impostos **concomitantemente** as penalidades de que trata o Código toda vez que houver **responsabilidade solidária em infração** dos preceitos que lhes couber observar, respondendo cada um de *per si* pela falta em comum que lhes for atribuída. O diploma legal em votação ainda estabelece, isoladamente, nos parágrafos do art. 257, a responsabilidade individual do condutor, embarcador e transportador.

Capítulo XVII – Das medidas administrativas.

As medidas administrativas são as seguintes previstas tanto no projeto quanto no substitutivo:

1. Retenção do veículo;
2. Remoção do veículo;
3. Recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação;
4. Recolhimento da Permissão para Dirigir;
5. Recolhimento do Certificado de Registro;
6. Recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual;
7. Realização de exames de aptidão física, mental, psicológica, de legislação, de prática de primeiros socorros e direção veicular;
8. Transbordo do excesso de carga;
9. Realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

10. Recolhimento de animais que se encontrem soltos nas vias e na faixa de domínio de vias de circulação, restituindo-os aos seus proprietários, após o pagamento de multas e encargos devidos.

As medidas administrativas previstas não elidem a aplicação das penalidades impostas por infrações estabelecidas neste Código, possuindo **caráter complementar** a estas.

Capítulo XVIII – Do processo administrativo.

Este capítulo cuida a autuação e do julgamento das infrações e aplicação das penalidades cabíveis.

Capítulo XIX – Dos crimes de trânsito.

Este capítulo, dividido em Seção I – Das Disposições Gerais e, Seção II – Dos crimes em espécie, deve ser considerado como a maior novidade do futuro Código Brasileiro de Trânsito, isso porque, institui as figuras típicas próprias – dos crimes de trânsito, em razão do que o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Criminais só serão aplicáveis se este Capítulo não dispuser de modo diverso e apenas no que couber, isto, é, aplicação subsidiária.

São **sete** as figuras típicas previstas como crimes de trânsito instituídos pelo Projeto da Câmara dos Deputados.

O **Substitutivo do Senado** estabeleceu alteração no art. 121 do Código Penal para acrescentar o § 6º, prevendo o homicídio culposo ocorrido em acidente de trânsito e possibilitando, concretizada qualquer das hipóteses dos incisos constantes do art. 301 do substitutivo, a aplicação da pena em dobro. No que concerne ao art. 129 do CP, foi acrescentado o § 9º como causa de aumento de pena.

O **Substitutivo do Senado Federal** prevê **dezoito** figuras típicas que caracterizam crime de trânsito. A diferença numérica entre os dois projetos verifica-se porque alguns crimes considerados como figura típica autônoma do **Substitutivo do Senado** constituíram causas de aumento de pena no Projeto da Câmara dos Deputados.

Aplicação Subsidiária das normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal.

CD – Art. 293 – Aplicam-se aos crimes previstos neste Código as regras gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal sempre que não disposto de forma contrária neste Capítulo.

SF – Art. 291 – Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Nas disposições gerais relativas aos crimes de trânsito, está prevista, tanto no projeto oriundo da Câmara, quanto ao **Substitutivo do Senado**, a aplicação subsidiária das normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, que, para tanto, prestar-se-iam ainda que não houvesse essa previsão. Há, inclusive, disposição expressa nesse sentido, no art. 12, do Código Penal, e uma previsão de aplicação subsidiária às leis especiais, então em vigor, no parágrafo único, do art. 2º do Código de Processo Penal.

No *caput* do art. 291 do **Substitutivo do Senado** acrescenta-se, ainda, a previsão de que seja aplicada a Lei nº 9.099/95, no que couber. Mesmo que esta

disposição não constasse, seria a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplicável aos delitos com pena máxima inferior a um ano, ou com pena mínima não superior a um ano, para os institutos previstos naquele substitutivo.

Aplicação da composição civil de danos extintiva da punibilidade, da transação pena e da suspensão condicional do processo, da Lei nº 9.099/95, aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não-autorizada.

SF – Art. 291, parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos art. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O **Substitutivo do Senado** acrescenta o parágrafo único ao art. 291, contendo a previsão de aplicação aos delitos de trânsito elencados no texto do parágrafo, os art. 74, 76 e 88, da Lei 9.099/95, vale dizer, admitindo a composição civil de danos extintiva da punibilidade, a transação penal e a suspensão condicional do processo, nos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não-autorizada.

Nesse tópico, o **Substitutivo** revela-se mais benéfico ao infrator, pois na Lei nº 9.099/95, somente incidem os dois primeiros benefícios (composição de danos extintiva da punibilidade e transação penal) para os delitos com pena máxima inferior a um ano, incidindo, no primeiro caso, apenas nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação. Ora, para **embriaguez ao volante**, descrita no art. 305 do Projeto, está prevista a pena de detenção de seis meses a três anos;

para a **lesão corporal culposa** descrita no art. 302, a pena corporal é de seis meses a dois anos e para a **participação em competição não-autorizada** prevista no art. 307, a sanção é de seis meses a dois anos de detenção. Se não fosse essa previsão, obviamente, não se aplicariam os dois primeiros benefícios aos citados delitos de trânsito. No tocante à suspensão condicional do processo prevista no art. 88 da Lei nº 9.099/95, a disposição é ociosa, pois o dispositivo incidiria de qualquer maneira, já que para os três delitos em questão está prevista pena mínima que não excede a um ano.

O Projeto da Câmara silencia a respeito do tema, o que não afasta a regência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aos dois conjuntos de crimes que nela podem se enquadrar; os de pena máxima inferior a um ano (inclusive com a composição civil extintiva da punibilidade, em se tratando de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, e ainda a transação penal – arts. 74 e 76) e os de pena mínima não superior a um ano (com a suspensão condicional do processo – art. 88).

Imposição de pena restritiva de direito como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades, consistente na suspensão ou na proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Fixação dos limites mínimos e máximos para essa sanção, de dois meses a cinco anos.

Forma de execução da pena.

SF – Art. 292 – A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades.

Art. 293 – A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.

§ 1º – Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

§ 2º A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional.

Trata-se de disposição inovadora, pois segundo o sistema adotado no Código Penal, as penas restritivas de direito têm caráter **Substitutivo** das privativas de liberdade, devendo proceder à substituição nos termos do art. 44 da Lei Penal. A duração das penas restritivas de direito será igual à da privativa de liberdade a que visa substituir.

Desse aspecto não descurou o **Substitutivo do Senado** ao prever que, aplicada como penalidade autônoma, terá a pena restritiva de direito a duração mínima de dois meses e máxima de cinco anos, conforme o *caput* do art. 293.

Esse mesmo dispositivo do **Substitutivo do Senado** regula, ainda, em seus dois parágrafos, a execução da pena: após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em 48 horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Aplicação provisória de pena restritiva de direito.

CD – Art. 294. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, o juiz poderá decretar fundamentalmente a interdição temporária do direito de dirigir veículo, no caso de inquérito policial, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial e no curso do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério, cabendo desta decisão recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.

SF – Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.

No **Substitutivo do Senado**, prevê o art. 294 a aplicação provisória, *ad cautelam*, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou, ainda, mediante representação da autoridade policial, da pena de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, em qualquer fase da investigação ou da ação penal.

Da decisão caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, conforme disciplina o parágrafo único do mesmo artigo.

No projeto da Câmara, o artigo que recebeu numeração idêntica alude à interdição temporária do direito de dirigir veículo, prevendo a imposição provisória da penalidade, nos mesmos termos. Também explicita que cabe recurso em sentido estrito da decisão, desmuniado de efeito suspensivo.

Obrigatoriedade da comunicação da suspensão para dirigir veículo ou a proibição de se obter a permissão ou habilitação.

CD – Art. 295. A interdição para conduzir veículo será sempre comunicada ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou o réu for domiciliado ou residente, e ao órgão nacional de trânsito.

SF – Art. 295. A suspensão para dirigir veículo automotor ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente.

Tal comunicação caberá ao CONTRAN órgão nacional de trânsito, segundo o projeto da Câmara, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou o réu for domiciliado ou residente.

Cuida-se de medida que melhor possibilitará a fiscalização do cumprimento da pena de interdição de direitos.

Pena cumulativa de interdição de direito – suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, em caso de reincidência.

SF – Art. 296. Se o réu for reincidente na prática do crime previsto neste Código, o juiz poderá aplicar a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

Cuida-se de inovação em matéria penal, pois a reincidência que é mera agravante no direito penal comum, erige-se em causa autorizada da cumulação de pena de interdição de direitos, consistente na suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor. É de se indagar, aplicada a pena de interdição cumulativamente, ainda seria admissível agravamento da pena corporal com fulcro no mesmo motivo, por aplicação subsidiária do Código Penal. Temos que não, por causa da vedação do *bis in idem*.

Pena de multa de caráter reparatório. Sanção, pena cuja natureza identifica-se com a de uma sanção civil.

SF – Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base do disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º. A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º. Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3º. Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

O art. 297 e seus parágrafos disciplinam a pena de multa conferindo-lhe o caráter reparatório, pelo que essa

sanção pecuniária assume no Código Brasileiro de Trânsito, a natureza da sanção civil, afastando-se das finalidades da sanção de natureza penal. Assim, em vez de a multa se destinar ao fundo penitenciário, será depositada em juízo **em favor da vítima ou seus sucessores**.

* Justifica-se este tratamento, pois há um consenso geral no sentido de que a sanção penal falhou em suas funções **retributiva, intimidadora e recuperadora** do indivíduo. Quando aplicada segundo os parâmetros do Código Penal, revela-se, no mais das vezes, inócua, não guardando correspondência com o montante dos prejuízos causados. Também não se revela intimidadora, pelo que se constata diante da escalada da criminalidade e dos índices de reincidência. Muito menos revela-se apta a recuperar o indivíduo, permitindo sua reinserção no organismo social.

* Com essa inovação, revela a lei penal uma **preocupação primordial com a vítima**, o que não vinha acontecendo. Em se tratando de delitos, que, na maioria das vezes, são culposos, melhor andou o legislador, conferindo à sanção pecuniária de direito penal a finalidade de reparação do dano causado, restituindo, no que for possível, as partes ao *status quo ante bellum*.

* Todavia, como a extensão dos danos causados em delitos de trânsito nem sempre guarda proporção com a gravidade da culpa, a pena afasta-se dos parâmetros habituais de sua fixação, conferindo-se primazia ao que se relaciona com o resultado do crime. Prioriza-se, pois um dado objetivo, afastando-se os critérios dispostos no art. 60, do Código Penal, que determinam a consideração da *situação econômica do réu*.

* A remissão que o *caput* do artigo faz ao § 1º, do art. 49, do Código Penal atrai a regência dos limites mínimos e máximo dos valores do dia-multa: *não podendo*

ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. A remissão isolada ao parágrafo permite que surja a **dúvida sobre a incidência dos limites do número de dias-multa, previsto na parte final do caput** (no mínimo de dez e no máximo de trezentos e sessenta dias-multa).

Parece-nos que não se pode cogitar desses limites, mas apenas dos valores dos dias-multa, já que a **finalidade reparatoria pode ensejar um quantum superior ao teto máximo que essa disciplina do Código Penal permite** (vale dizer, um valor maior do que o de trezentos e sessenta dias-multa, calculados unitariamente em cinco salários mínimos por cada dia-multa) mesmo que ainda possa incidir a previsão do § 1º, do art. 60 de possibilidade de aumento até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

A remissão expressa que o § 2º, do art. 297 do **Substitutivo do Senado** faz, aos arts. 50 a 52 do Código Penal, mandando que sejam aplicados a multa reparatoria, significa, a princípio, que não se quis a incidência do caput, do art. 49, nem do art. 60, caput e § 1º, do mesmo diploma legal. Os dispositivos referidos expressamente no Projeto cuidam do prazo de pagamento de pena de multa (dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença, ensejando, ainda, o parcelamento a pedido do sentenciado e o desconto no vencimento ou salário, quando aplicada isolada ou cumulativamente à pena restritiva de direitos, ou ainda, quando concedida a suspensão condicional da pena (privativa de liberdade), vedando-se o desconto que atinja os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

* O quantum da multa reparatoria não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo, e

será descontado na indenização civil do dano de acordo com o estatuído no art. 297, § 1º e § 3º.

* Como se vê, mesmo a fixação da multa reparatoria não inibe a possibilidade da reparação civil mais ampla, abrangente, inclusive de danos morais. Todavia, ao desconto previsto somente deverá se proceder quanto aos danos materiais.

Circunstâncias agravantes.

CD – Art. 296. São circunstâncias que sempre agravam as penas dos delitos de trânsito, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido a infração:

- I – com risco de grave dano patrimonial a terceiros;
- II – utilizando o veículo com placa falsa ou adulterada, tendo conhecimento desse fato;
- III – com Carteira de Habilitação ou Permissão para Dirigir de categoria diferente da do veículo;
- IV – sobre faixa de trânsito temporária ou permanente destinada a pedestres, exceto para acessar ou sair de imóvel lindeiro;
- V – quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga.

SF – Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração:

- I – com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;
- II – utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas;
- III – sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

- IV – utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;
- V – quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais como transporte de passageiros ou de carga.

Prevê o **Substitutivo do Senado** seis circunstâncias agravantes, que englobam as previstas no Projeto da Câmara, acrescidas de outras mais.

No inc. I prevê-se, como agravante, o dano potencial para duas ou mais pessoas o risco de grave dano patrimonial a terceiros (no inciso correspondente do projeto da Câmara, somente consta a última causa). Com isso será afastada, evitando-se o *bis in idem*, a contravenção penal de direção perigosa (art. 34, da CLP). Todavia, a inovação é oportuna, pois pela regra da consunção ou absorção (o delito mais grave absorve o de menor gravidade, que com ele se situa em relação de meio a fim) não se aplicava, na maioria dos casos, a norma contravençional, que ficava absorvida pela descritiva do crime mais grave.

Agora a direção perigosa será levada como circunstância agravante.

No inciso II, está referida a circunstância do uso de veículos sem placas, com placas falsas ou adulteradas (no dispositivo correspondente do projeto da Câmara, acrescenta-se a de ter o agente conhecimento do fato, o que é despiciendo, pois essa agravante, de ordem subjetiva, somente incide quando estiver na esfera de conhecimento do agente).

A direção sem habilitação funciona como circunstância agravante (inciso III do artigo em comento) nos

demais delitos de trânsito. Com isso, afasta-se, também aqui, a possibilidade da incidência do princípio da absorção ou consumação, sobre a qual controvertia a doutrina e a jurisprudência. Se por exemplo, alguém conduzisse um veículo sem a devida habilitação e viesse a atropelar outrem, causando-lhe lesões corporais, somente responderia por esse crime, conforme a posição dominante. A contravenção penal de direção sem habilitação (art. 32 da LCP), considerada delito-meio, era absorvida pelo crime final.

A situação peculiar de quem dirige veículo, portando Carteira de Habilitação de categoria diferente agora se enquadra na letra expresso do inciso IV, do art. 297, erigida, à condição de circunstância agravante de pena em delito de trânsito.

A violação de dever inerente a ofício ou profissão, agravante genérica do art. 61, inc. II, alínea G, do Código Penal, ganha contornos específicos na letra do inciso V desse dispositivo, como agravante específica. Consta também do Projeto da Câmara.

Também tutela-se a segurança dos pedestres que estão sobre a faixa de trânsito a eles destinada, temporária ou permanentemente, com a agravante do inciso VII. Prevista igualmente no Projeto da Câmara.

Por fim, atualiza-se a previsão da lei, no **Substitutivo do Senado** (e não tem correspondência no Projeto da Câmara) considerando os mecanismos hodiernamente destinados ao *envenenamento* do motor, ao fazer referência, como circunstância agravante à utilização de veículos *em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento, de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante.*

Afasta a circunstância atenuante.

CD – Art. 297. Nas infrações penais de que trata este Código, não se considera circunstância atenuante ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos de idade, por ocasião do evento.

SF – Art. 299. Nas infrações penais de que trata este Código, não constitui circunstância atenuante o fato de contar o condutor do veículo menos de vinte e um anos, na data do evento, ou mais de setenta, na data da sentença.

Afasta a atenuante genérica do Código Penal (art. 65, inc. I), ao determinar que não se considera como tal a circunstância de contar o condutor do veículo com menos de vinte e um anos, na data do evento, ou mais de setenta, na data da sentença. O projeto da Câmara, ao dispor sobre a matéria do art. 297, apenas desconsidera como atenuante a primeira hipótese.

Causa de perdão judicial.

CD – Art. 298. O juiz poderá deixar de aplicar a pena se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

SF – Art. 300. Nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo.

No art. 300, do **Substitutivo** do Senado, faculta-se ao juiz deixar de aplicar a pena, nas hipóteses de homicídio

culposo e lesão corporal culposa, se as conseqüências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo.

Essa modalidade de perdão judicial encontra previsão mais abrangente no Projeto da Câmara que não traça distinção entre as vítimas, nem delimita os delitos de trânsito a que se aplica. Qualquer que seja o delito e seja quem for a vítima, poderá incidir o *favor judicii*, se as circunstâncias afetarem sobremodo o réu.

Prestação de socorro.

CD – Art. 299. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

Parágrafo único. O socorro pronto e integral prestado à vítima é circunstância atenuante da pena.

Somente no projeto da Câmara encontra-se o duplo incentivo à prestação de socorro pronta e integral à vítima pelo agente de delito de trânsito, ao prever, no art. 299, que não se lhe imporá prisão em flagrante, nem ser-lhe-á exigida fiança. Também se erige à condição de circunstância atenuante, em compasso com a previsão genérica que se encontra no Código Penal (art. 65, III, b– ter procurado evitar ou minorar as conseqüências do fato).

Situa-se mais em compasso com a tendência do Direito Penal, na atualidade, de se preocupar com a vítima, não havendo motivo plausível para que se tenha suprimido no **Substitutivo** do Senado, onde apenas procura-se reprimir o delito de omissão de socorro, com maior ênfase e penas mais graves.

Sob a ótica do projeto da Câmara, aquele que prestar socorro pronto e integral à vítima não só deixará de

praticar conduta descrita como crime, com também não será preso em flagrante, nem lhe será exigida fiança, contando, ainda, a seu favor, uma circunstância atenuante.

Dos Crimes em Espécie

Da direção sem habilitação

CD – Art. 300. Constitui crime:

I – dirigir veículo na via sem possuir Carteira de Habilitação ou Permissão para Dirigir, ou ainda se cassado ou suspenso o direito de dirigir:

PENA – Detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

SF – Art. 308. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano;

PENAS – Detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Deixa de ser contravenção penal, passando o crime, com apenamento mais severo, a direção sem habilitação. A redação do dispositivo, na parte final, pode ensejar controvérsias, pois parece que somente incide se gerar o perigo de dano. Melhor seria que se suprimisse essa parte final, como consta do Projeto da Câmara (art. 300, I).

A sanção prevista no **Substitutivo do Senado** é mais gravosa (seis meses a um ano de detenção) do que no Projeto da Câmara (um a seis meses de detenção), além da multa.

Direção perigosa.

Art. 300, II – dirigir veículo na via pondo em risco a segurança alheia:

PENA – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

O tipo delitivo que se aproxima daquele da contravenção penal de direção perigosa somente consta do Projeto da Câmara, no art. 300, II: dirigir veículo na via pondo em risco a segurança alheia.

Embriaguez ao volante.

CD – Art. 300, III – dirigir veículo em estado de embriaguez voluntária ou culposa ou sob efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

PENA – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

SF – Art. 305. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

PENAS – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a Permissão ou a Habilitação para Dirigir veículo automotor.

Embora prevista essa modalidade nos dois projetos, é acentuadamente mais grave a penalidade do **Substitutivo do Senado**, cumulada ainda com a interdição de direitos.

Entrega da direção a pessoa não habilitada ou sem condições físicas ou mentais de dirigir.

CD – Art. 300, IV, confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa não habilitada, a pessoa com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

PENA: detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

SF – Art. 309. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

A penalidade é a mesma prevista para a direção sem habilitação. O dispositivo é mais abrangente, considerando também a situação de quem entrega a direção de veículo a pessoa sem condições de conduzi-lo em segurança, seja por embriaguez, seja por qualquer condição de saúde, física ou mental.

Transporte de pessoa em veículo em condições perigosas.

CD – Art. 300, VI – transportar pessoa em veículo em condições perigosas:

PENA – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

Trata-se de tipo delitivo que melhor se presta à tutela de tantos que se vêem transportar por veículos sem a mínima condição de segurança, como é o caso, por exemplo, dos bóia-frias. Se não ocorrer resultado lesivo, exsurge como delito de perigo. Havendo crime de dano, será certamente absorvido por ele.

Recusa à submissão à perícia ou exame clínico, quando determinado pela autoridade.

CD – Art. 300, VII – recusar-se o condutor de veículo, sem justa causa, a submeter-se a perícia ou exame clínico quando determinado pela autoridade:

PENA – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa de no mínimo 30 (trinta) dias-multa;

O tipo criminal em questão, contemplado no Direito Penal comparado, tem ensejado discussões intermináveis sobre a exata medida a interferência do Estado na esfera individual. Se o delito é o de se recusar o condutor do veículo a se submeter à perícia ou ao exame clínico quando determinado pela autoridade, o preceito que se extrai da norma é o da obrigatoriedade da submissão aos referidos exames, com o que se estará compelindo o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (ao passo que, no depoimento, assegura-se-lhe até o direito de permanecer calado).

Homicídio culposo e lesões corporais culposas.

CD – Art. 301. O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

“Art. 121

§ 6º No homicídio culposo, ocorrido em acidente de trânsito, dobram-se as penas se o agente:

- I – encontrava-se em estado de embriaguez ou sob efeitos de substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica;
- II – não possuía habilitação ou se estava com a mesma suspensa ou ainda cassada;

- III – em caso de atropelamento e praticou o ato em faixa de pedestres, na calçada ou no passeio;
- IV – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a vítima de acidente de trânsito a que deu causa;
- V – quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte coletivo de passageiros.”.

Art. 302. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 9º:

“Art. 129

§ 9º Aumenta-se a pena de um a dois terços se ocorrer qualquer das hipóteses do § 6º do art. 121”.

O Projeto da Câmara acrescenta um parágrafo ao artigo 121, do Código Penal (§ 6º), com causas de aumento de pena do **dobro**:

- * se o agente estiver em estado de embriaguez ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;
- * se não possuir habilitação, ou dirigir com a mesma suspensão ou cassada;
- * se causou atropelamento em faixa de pedestre, ou em calçada ou passeio;
- * quando deixou de prestar socorro;
- * quando sua profissão exigir cuidados especiais com o transporte coletivo de passageiros.

Ressente-se da falta de sistematização, porquanto já existe a causa de aumento de pena da omissão de socorro no § 4º do mesmo artigo no Código Penal, que é repetida no § 6º, inc. IV, do projeto da Câmara. Considera, ainda, como causas de aumento de pena algumas das circunstâncias que previu como agravantes no art. 296.

A causa de aumento de pena consistente na direção sem habilitação, que também é descrita como delito autônomo, no art. 300, inciso I, revela-se medida oportuna, pois evita as intermináveis discussões sobre a absorção ou não desse delito menos grave pelo crime final. Praticando o delito mais grave, a direção sem habilitação será considerada causa de aumento de pena.

Também faz acrescer um parágrafo ao art. 129 do Código Penal (§ 9º) erigindo as mesmas circunstâncias do § 6º do delito de homicídio a causas de aumento de pena, de um a dois terços.

Homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Preferiu o legislador, em vez de acrescentar parágrafos ou incisos ao art. 121 do Código Penal, descrever o homicídio culposo, quando derivado de acidente de trânsito, como crime especial.

SF – Art. 301. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

PENAS – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

- I – não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
- II – praticá-lo em faixa de pedestre ou na calçada;
- III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;
- IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Prevê o **Substitutivo** o delito culposo, na direção de veículo automotor, com pena de interdição de direitos) do que a do Código Penal (detenção de um a três anos e multa).

Causas de aumento (majorantes) de pena no homicídio culposo:

I – não possuir Permissão para dirigir ou Carteira de Habilitação.

O crime autômato de direção sem habilitação ou permissão erige-se em causa de aumento de pena, de um terço à metade, no caso de prática de homicídio culposo, evitando, justamente, o problema da consunção ou absorção (quando o crime final, mais grave, absorve o crime meio).

II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada.

Trata-se de causa que, para os demais crimes, opera como agravante.

III – deixar de prestar socorro quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

Já figurava como causa de aumento de pena no § 4º do art. 121 do Código Penal.

IV – no exercício de sua profissão ou atividade estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Cuida-se de outra causa que, para os demais crimes, opera como simples agravante.

Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo.

SF – Art. 302. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

PENAS – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Prevê a lesão corporal na direção de veículo automotor, cominando pena bem superior à prevista na Lei Penal comum, cumulando-a, ainda, com a interdição de direitos (suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor).

Omissão de socorro.

SF – Art. 303. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Parágrafo único. Incide nas penas deste artigo o condutor do veículo ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Prevê a omissão de socorro, nos mesmos termos do Código Penal, como delito subsidiário (se o fato não constituir elemento de crime mais grave), com pena de

detenção de seis meses a um ano, ou multa. Explicita a realização do tipo, ainda que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

É difícil figurar a hipótese em que pode essa omissão erigir-se em delito autônomo, já que figura como causa de aumento de pena, tanto no homicídio culposo, quanto na lesão corporal culposa, presente a vedação do *bis in idem*.

Afastamento do condutor do veículo do local do acidente.

SF – Art. 304. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Considera crime o afastamento do condutor do veículo do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Sua incidência ocorrerá nas demais hipóteses não abrangidas pela omissão de socorro, como por exemplo, nos acidentes sem vítima.

Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo.

SF – Art. 306. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste código:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Reprime a violação da suspensão ou a proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, impostas como pena, com fundamento no Código Brasileiro de Trânsito, prevendo, além da detenção de seis meses a um ano e multa, imposição adicional de idêntica interdição de direitos, pelo mesmo período da pena violada.

Equipara-se a esse delito a omissão na entrega da permissão ou da habilitação à autoridade, no prazo do § 1º, do art. 293, a teor do parágrafo único do dispositivo em comento.

Participação em disputas ou competições não autorizadas (abrange as situações dos populares peguinhas.

SF – Art. 307. Participar, na direção de veículo automotor, em vista pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulta dano potencial à incolumidade pública ou privada:

PENAS – detenção de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A penalidade é de detenção de seis meses a dois anos e multa, além de interdição de direitos, consistente na suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Dirigir com excesso de velocidade.

SF – Art. 310. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Erige à condição de delito autônomo a direção com excesso de velocidade, quando nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

A agravante descrita no art. 298, inc. I, não deverá incidir, por se encontrar ínsita ao delito em questão, que sempre envolverá *dano potencial para duas ou mais pessoas, ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros*, diante da vedação do *bis in idem*.

Incide em crime próprio o proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte que admitir ou exigir tempo de direção de condutor superior à permitida.

SF – Art. 311. Exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte, tempo de direção de condutor de veículo, superior à permitida pela legislação específica, pondo em risco a sua própria segurança ou a de terceiros.

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. A autoridade administrativa que tomar conhecimento do fato referido neste artigo, deverá, sob pena de responsabilidade penal e administrativa, comunicá-lo à autoridade policial competente, para o procedimento devido.

Descreve crime próprio, cujo agente só pode ser o proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte, que exigir ou admitir *tempo de direção de condutor de veículo superior à permitida pela legislação específica, pondo em risco a sua própria segurança ou a de terceiros*.

São bem conhecidas as circunstâncias em que os empregadores ou proprietários de veículos destinados a táxi ou a transporte coletivo exigem de seus prepostos motoristas uma carga horária de trabalho acima do limite admitido na legislação trabalhista, colocando a população em grande risco de acidentes, por causa do desgaste físico dos condutores. Incidem na mesma situação os que, mesmo sem exigir tal fato, com ele aquiescem.

Atende-se, com essa previsão, a uma necessidade bem atual, de se estender o manto da tutela penal, em caráter de complementariedade, a uma situação para a qual já se prevêem muitas trabalhistas, que não têm se prestado a coibir o perigo que a ganância de certos empresários acarreta.

O parágrafo único desse dispositivo prevê o dever da autoridade administrativa, que tomar conhecimento dessa infração, de comunicá-la à autoridade policial competente, sob pena de responsabilização penal à semelhança do dever no mesmo sentido imposto aos juízes e tribunais pelo art. 40 do Código de Processo Penal. Cuida-se de previsão oportuna, que permitirá maior repressão à criminalidade, pois Fiscais do Trabalho poderão contribuir para a detecção dessas situações.

Dirigir com excesso de velocidade.

SF – Art. 310. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Erige à condição de delito autônomo a direção com excesso de velocidade, quando nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

A agravante descrita no art. 298, inc. I, não deverá incidir, por se encontrar ínsita ao delito em questão, que sempre envolverá *dano potencial para duas ou mais pessoas, ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros*, diante da vedação do *bis in idem*.

Incide em crime próprio o proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte que admitir ou exigir tempo de direção de condutor superior à permitida.

SF – Art. 311. Exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte, tempo de direção de condutor de veículo, superior à permitida pela legislação específica, pondo em risco a sua própria segurança ou a de terceiros.

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. A autoridade administrativa que tomar conhecimento do fato referido neste artigo, deverá, sob pena de responsabilidade penal e administrativa, comunicá-lo à autoridade policial competente, para o procedimento devido.

Descreve crime próprio, cujo agente só pode ser o proprietário de veículo automotor ou responsável por empresa de transporte, que exigir ou admitir *tempo de direção de condutor de veículo superior à permitida pela legislação específica, pondo em risco a sua própria segurança ou a de terceiros*.

São bem conhecidas as circunstâncias em que os empregadores ou proprietários de veículos destinados a táxi ou a transporte coletivo exigem de seus prepostos motoristas uma carga horária de trabalho acima do limite admitido na legislação trabalhista, colocando a população em grande risco de acidentes, por causa do desgaste físico dos condutores. Incidem na mesma situação os que, mesmo sem exigir tal fato, com ele aquiescem.

Atende-se, com essa previsão, a uma necessidade bem atual, de se estender o manto da tutela penal, em caráter de complementariedade, a uma situação para a qual já se prevêem multas trabalhistas, que não têm se prestado a coibir o perigo que a ganância de certos empresários acarreta.

O parágrafo único desse dispositivo prevê o dever da autoridade administrativa, que tomar conhecimento dessa infração, de comunicá-la à autoridade policial competente, sob pena de responsabilização penal à semelhança do dever no mesmo sentido imposto aos juízes e tribunais pelo art. 40 do Código de Processo Penal. Cuida-se de previsão oportuna, que permitirá maior repressão à criminalidade, pois Fiscais do Trabalho poderão contribuir para a detecção dessas situações.

Inovar artificialmente com a vítima na pendência do procedimento policial, do inquérito ou do processo penal.

SF – Art. 312. Inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:

PENAS – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Trata-se de delito contra a Administração da Justiça, consistente na inovação artificial do estado de lugar, coisa ou pessoa, pendente procedimento preparatório, inquérito ou processo para apuração de acidente automobilístico com vítima, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz.

O parágrafo único inclui na previsão a prática desse fato, mesmo que ainda não se tenha iniciado o procedimento preparatório.

Estas são algumas reflexões que trago à meditação dos eminentes colegas, repisando o pedido de escusas pela longa exposição e rogando o auxílio dos ilustres e preclaros debatedores para esclarecermos pontos que, em virtude de minhas limitações, não restaram suficientemente aclarados.

O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (Primeiras Linhas)

Flávio Augusto Fontes de Lima
Juiz de Direito de 3ª Entrância. Mestrando em Direito Público da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Substituto de Direito Penal Complementar da Faculdade de Direito do Recife.

SUMÁRIO

INSERÇÃO DA MATÉRIA. I - **Delimitação do Tema e do Problema.** II - **Apresentação das Hipóteses.** III - **Explicitação do Quadro Teórico.** **PRIMEIRA PARTE.** CAPÍTULO I - JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E O SISTEMA LEGAL. 1. A Constituição de 1988 e os Juizados Especiais Criminais. 2. Projetos de Lei que Originaram os Juizados Especiais (Lei 9.099/95). 3. Principais Inovações Penais e Processuais Penais Inseridas na Lei 9.099/95. 4. A Lei 9.099/95 e a Suspensão do Processo. CAPÍTULO II - SUSPENSÃO DO PROCESSO E INSTITUTOS ASSEMELHADOS. 1. "Probation System". 2. Suspensão Condicional da Pena (Sursis). 3. "Suspensión del Fallo". 4. "Suspensión del Proceso". O Modelo Argentino. CAPÍTULO III - SUSPENSÃO DO PROCESSO E PROCESSOS DESPENALIZADORES. 1. Conceito de Despenalização. 2. Processos Despenalizadores. 3. Suspensão do Processo. Processo Despenalizador Moderno. CAPÍTULO IV - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. Conceito de Presunção de Inocência. 2. Previsão Constitucional da Garantia. 3. A Constitucionalidade da Presunção de Inocência em Relação à Suspensão do Processo. **SEGUNDA PARTE** CAPÍTULO V - ELEMENTOS DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. Conceito. 2. Natureza Jurídica. 3. Extensão. 4. Competência e Aplicação. CAPÍTULO VI - PROCEDIMENTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. Propositura. 2. Aceitação da Proposta. 3. Condições Legais e Judiciais. CAPÍTULO VII - EXECUÇÃO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. Fiscalização das Condições. 2. Revogação: Obrigatória e Facultativa. 3. Período de Prova. 4. Prescrição e Suspensão do Processo. 5. Extinção da Punibilidade. **TERCEIRA PARTE** CAPÍTULO VIII - FUTURO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. A (Des)armonia Entre o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal e o Instituto da Suspensão do Processo. 2. O Novel Princípio da Oportunidade Regrada Adotado na Suspensão do Processo. 3. A Premência por uma Nova Mentalidade dos Operadores do Direito. **IV - Bibliografia.**

I- Delimitação do tema e do problema

O tema sobre o qual pretendo desenvolver o presente artigo trata do instituto da suspensão do processo, criado pela Lei 9.099/95, em seu artigo 89.

A escolha deu-se, por se tratar da suspensão de algo praticamente sem precedentes no direito comparado e por representar, nos dizeres de Luiz Gomes, um novo modelo de justiça criminal (GOMES, 1995:7).

Para Cezar Bitencourt, a “suspensão do processo, consagrado pela Lei 9.099/95, representa o mais significativo avanço do atual direito penal brasileiro” (BITENCOURT, 1996:115).

Já na concepção de Luiz Gomes, a suspensão do processo representa a maior revolução no processo penal nos últimos cinquenta anos (GOMES, 1995:80).

O instituto da suspensão do processo permite que o acusado não reincidente em crime doloso, que não esteja sendo processado, de bons antecedentes e que não tenha cometido crime de alto potencial ofensivo, ou seja, com pena mínima superior a um ano, mereça do Estado uma oportunidade de ressocialização antes de ser prolatada uma sentença condenatória, sem os inconvenientes de um processo criminal (ANDRADA, 1996:63), isto é, possibilita ao acusado, querendo, entrar em período de prova desde logo, sem a realização da instrução criminal.

A criação dos juizados especiais cíveis e criminais é mandamento constitucional contido no art. 98, I, da Constituição Federal, porém o legislador ordinário, surpreendentemente, foi mais além ao criar a suspensão do processo, que é aplicável dentro e fora do âmbito da Lei 9.099/95, que também aborda juizados especiais criminais.

Apenas para se ter uma noção do que representa a suspensão do processo, ela atingiu mais de setenta por

cento dos crimes previstos no vigente código penal brasileiro.

O que me levou, precipuamente, à escolha do tema, foi a constatação de que com a lei 9099/95 e no seu bojo com a suspensão do processo, deu-se um grande abalo no princípio da legalidade processual ou da obrigatoriedade da ação penal e seguiu-se o princípio da oportunidade regrada na ação penal pública, abrindo espaço para o consenso.

É no princípio da oportunidade que se fundamenta a justiça consensuada. O consenso está na base da conciliação prevista na suspensão (GOMES, 1995:82). Aí está a grande novidade no sistema criminal brasileiro.

Nos últimos anos têm surgido várias medidas repressivas de extrema severidade em nossa legislação penal. Criando um direito penal excessivamente intervencionista e preventivo, baseado na repressão e na exacerbação das penas privativas de liberdade como garantia de uma suposta paz social (JESUS, 1995:1).

Preventivo, o direito penal traz normas incriminadoras em diversas áreas como, por exemplo, o código do consumidor, o estatuto da criança e do adolescente e normas penais tributárias como a Lei 8137/90. Logo, nessa linha de raciocínio, a sanção penal é considerada para muitos, como Alberto Franco, imprescindível para a solução de todos os conflitos sociais (FRANCO, 1994:36).

É o domínio de um grupo denominado movimento da lei e da ordem, que se vincula à clássica escola retribucionista, que se baseia na aplicação da pena como castigo e retribuição e que defende privação de liberdade longa. Nesse cenário surgiram diversas leis de severo rigor, como a de tóxicos (6368/76); a de crimes hediondos (8072/90) e a contrária ao crime organizado (9034/95).

Para espanto de todos, o legislador, através da Lei 9.099/95, como que colocou uma barreira nessa imposição

do movimento político-criminal de penalização, criminalização, carcerização e institucionalização cada vez mais crescente.

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, mostrou-se fracassada (BITENCOURT, 1993:passim).

Para Evandro Lins e Silva, a prisão só pode ser aplicada em última hipótese, pois “perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência..., se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável” (*nesse sentido, a gramática De Beccaria a Filippo, in Sistema penal para o terceiro milênio, revan, 1991:33-34*).

Entendo que não se pode punir com pena privativa de liberdade indistintamente crimes leves e graves, ou seja, como escreveu Foucault, não pode haver a punição generalizada (FOUCAUT, 1977:69).

Na análise do novo instituto da suspensão, que permite um novo enfoque na vigente concepção positiva penal brasileira, permitindo a transação penal e a maior valorização da vítima é que me proponho a examinar a relação desse novo instituto despenalizador dentro de um universo baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal. Certamente haverá enorme ruptura e choque no confronto de princípios tão distintos.

A idéia da suspensão do processo é assaz instigante. Traz uma nova mentalidade. Ao lado do clássico princípio da verdade material, tem-se que admitir a verdade consensuada.

A muitos propósitos serve a suspensão do processo, como a despenalização, desburocratização, agilização da justiça, reparação da vítima, reintegração social do acusado, desestigmatização devido ao processo. Não obstante, constitui um novo modelo de justiça criminal

que está sendo testado em uma sociedade extremamente atingida por problemas sociais agudos e que clama contra a impunidade. Pretendo estudar e me aprofundar no tocante à operacionalização do instituto da suspensão do processo e quanto a seu futuro. Cabe colocar diversas indagações-problemas quanto à aplicação da suspensão do processo: se o legislador exagerou em sua amplitude já que, por exemplo, atinge mais de setenta por cento dos crimes elencados em nosso código penal; se a falta de infra-estrutura da polícia, do poder judiciário e ministério público colocarão por terra esse novo modelo de justiça criminal consensual; como e por quem dar-se-á a fiscalização das condições propostas na suspensão do processo e a revogação da suspensão; se a criminalidade irá diminuir; se a população carcerária será diminuída; se será maior ou menor a impunidade; enfim, se a sociedade civil brasileira aceitará a tese de que não é com a exacerbação de penas privativas de liberdade, indistintamente, serão atingidas a paz e a segurança neste país. Dentre as virtudes e senões já levantados, devem ser registradas a coragem e a ousadia do legislador em produzir esse novo modelo, que derrubou dogmas, outrora inquestionáveis.

II- Apresentação das hipóteses

A hipótese geral a que me proponho demonstrar é que a suspensão do processo fez com que se conflitasse a vigente orientação do direito criminal brasileiro, claramente baseada no princípio clássico da legalidade processual, no qual todas as infrações devem ser perseguidas até o final do processo, com o princípio da oportunidade regrada, que permite a omissão ao dever de persecução ou acusação, sendo possível tanto não agir como desistir da ação já proposta (COSTA PIMENTA, 1989:127).

Na Europa e EUA, o princípio da oportunidade vem sendo cada vez mais utilizado no âmbito da justiça criminal, segundo relato de FAIRÉN-GUILLÉN, (1991:267).

A convivência entre esses princípios, que não são harmônicos, é um dos problemas que pretendo focar e, a meu ver, provocarão o surgimento de um novo código de processo penal e penal, já que com a suspensão do processo, atingiu-se a maioria dos crimes previstos no código penal.

As hipóteses particulares referem-se à análise e, se possível, à solução dos problemas já delimitados, que se referem à operacionalização desse novo instituto.

III-Explicitação do quadro Teórico

CAPÍTULO I

Juizados especiais criminais e o sistema legal

1. A vigente Constituição Federal determinou em seu art. 98, I, que:

“A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão: juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Nesse texto encontra-se a previsão constitucional dos juizados especiais criminais. Um enorme avanço no sentido de despenalizar o direito penal brasileiro, colocando-o de acordo com a tendência mais moderna e

evoluída da justiça criminal. Com a possibilidade de transação nas infrações de menor potencial ofensivo, por exemplo, quebra-se a barreira da obrigatoriedade da ação penal, substituindo-a pela oportunidade regrada (ROBALDO, 1995:118).

2. Visando ao cumprimento do disposto no art. 98, I, da CF, o deputado Michel Temer apresentou à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº. 1.480-A, de 1989, mas que só tratava sobre o julgamento e a execução referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, Cinco outros projetos foram apresentados: nº. 1129/88, pelo deputado Jorge Abarge; 1708/89 por Manoel Moreira; 2959/89 por Daso Coimbra; 3883/89, pelo deputado Gonzaga Patriota e o de nº. 3698/89, do então deputado Néelson Jobim, que cuidava dos juizados especiais cíveis e criminais.

Foi apresentado um substitutivo aproveitando a parte do projeto de Jobim referente aos juizados cíveis e ao projeto de Temer na sua totalidade, sendo aprovado pelo Congresso Nacional, ensejando a Lei 9.099/95. O projeto de Temer tinha trinta e seis artigos, divididos nos títulos: das disposições gerais, do processo perante os juizados especiais e das disposições finais e transitórias.

3. Cumpre esclarecer que o nosso enfoque sempre se dará no tocante à área penal e processual penal da Lei 9.099/95 e especificamente no artigo 89, que tratou da suspensão do processo. No que tange a esses campos houve inovações sem precedentes e de uma ousadia ímpar.

Como já foi dito, atingiu-se em cheio o princípio da obrigatoriedade da ação penal, dando-se espaço à transação penal. Trouxe a lei, a possibilidade da denúncia oral; a dispensa do inquérito policial e do exame de corpo de delito; a busca prioritária da composição civil; a pena

alternativa consentida pelo autor do fato antes da ação penal propriamente dita; um novo procedimento sumariíssimo; a possibilidade da presença de juízes leigos ao lado de togados; a valorização da pessoa da vítima com a possibilidade da mesma ser indenizada e de se extinguir a punibilidade; condicionou os crimes de lesão corporal leve e culposa à representação, sob pena de decadência e criou o importantíssimo instituto da suspensão do processo.

Sem contar na competência pela natureza da infração, onde o art. 61, da Lei 9.099/95 estabelece que serão objeto dos juizados especiais criminais as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima abstrata não superior a um ano, exceto os casos em que a lei preveja procedimento especial. Logo, crimes de falência, de responsabilidade de funcionários públicos não serão atingidos pela lei que regula os juizados especiais (BITENCOURT, 1996:57-58).

4. Quanto à competência pela natureza da infração em relação à suspensão do processo, o legislador foi muito além dos limites dos juizados especiais criminais estabelecidos na Carta Magna e terminou por atingir a todos os crimes, cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, isto é, infrações de menor e de médio potencial ofensivo, sejam crimes previstos no código penal ou em leis especiais.

Crimes como homicídio culposo, lesão corporal grave, falsidade ideológica, estelionato, corrupção ativa e passiva são objeto da suspensão do processo. Entretanto foram excluídos do alcance da suspensão os crimes de ação de exclusiva iniciativa privada, ou seja, os oferecidos através de queixa-crime.

CAPÍTULO II

Suspensão do processo e institutos assemelhados

1. A *probation* de origem anglo-saxônica, no entender de Ada Grinover (GRINOVER, 1990:408), foi a fonte de inspiração da suspensão do processo.

O instituto anglo-saxão surgiu no século XIX e caracteriza-se pela suspensão da sentença condenatória. Nele, há dois momentos distintos: no primeiro, há a declaração de culpabilidade (*conviction*); no segundo, há a prolação da sentença (*sentence*). O juiz declara o acusado culpado e após, caso o mesmo concorde, ele entra em período e prova, (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1986:44).

Já na suspensão do processo não há apreciação judicial do mérito da acusação, sobrestando-se o feito quando do recebimento da denúncia.

2. Tem o *sursis* origem franco-belga (CUELLO CALÓN, 1980:628). Está subordinado à existência de sentença condenatória. Tem natureza retributiva, e sancionatória. Sendo revogado, o réu cumpre a pena que se encontrava suspensa. No *sursis*, mesmo que o condenado cumpra as condições impostas na sentença condenatória, perderá a primariedade, já que foi condenado. Logo, no *sursis*, suspende-se tão-somente a execução da sentença condenatória.

No tocante à suspensão do processo deve-se observar que não existe sentença condenatória em face do sobrestamento da ação penal, sendo uma forma de despenalização. Ademais, havendo a revogação da suspensão do processo, a ação seguirá no seu rito regular.

3. Previsto no projeto de código penal espanhol de 1980, esse instituto, que significa suspensão de sentença

condenatória, destinava-se, em regra, apenas a menores de vinte e um anos, que tivessem delinqüido pela primeira vez e não fossem revéis, em crimes com pena máxima de um ano de prisão. Os maiores de vinte e um anos só teriam direito ao benefício, se não tivessem agido por motivos abjetos ou de lucro (MARTINEZ, 1982:567).

Como se verifica, a *suspensión del fallo* é bastante semelhante com o *probation system*, já que em ambos a ação penal prossegue até a sentença condenatória, não se aplicando a pena, e sim condições impostas pelo juiz.

4. Na área penal e processual penal, a Argentina vinha praticando uma política de caráter repressivo. Também de modo surpreendente, instituiu-se a suspensão do processo, através da Lei 24.316/94, publicada em 19.05.94.

No instituto argentino caberá sua aplicação nos crimes cuja pena não exceda a três anos. O acusado é que requer, manifestando o propósito de reparar os danos em favor da vítima, se possível. Não implicando confissão.

O período de prova varia de um a três anos. O juiz estabelece os requisitos a serem cumpridos pelo acusado, se cumpridos extingue-se a punibilidade. Uma nova suspensão só será possível, após oito anos (OLAZÁBAL, 1994:1)

CAPÍTULO III

Suspensão do processo e processos despenalizadores

I. A suspensão do processo trata-se de um instituto de despenalização, já que visa, dentre outras coisas, à não-aplicação da pena, sem retirar o caráter criminoso do fato ilícito causado pelo agente que se resubmete à medida despenalizadora.

Despenalizar significa a adoção de processos alternativos ou substitutivos, de natureza penal ou processual, que tem como fim dificultar, evitar, substituir ou diminuir a aplicação ou execução da pena de prisão.

Os substitutivos penais têm a função de substituir uma pena de prisão já fixada, enquanto as penas alternativas apresentam uma opção impeditiva da imposição da pena de prisão (MAIA NETO, 1995:38).

2. Apontamos cinco tipos de processos despenalizadores ou tendencialmente despenalizadores, cada um com algumas espécies, a saber:

- 1- processos que visam a dificultar a pena de prisão, como a transformação da ação penal pública incondicionada em ação penal pública condicionada, que exige representação da vítima.
- 2- processos que visam a evitar a aplicação da pena de prisão, como as penas de multa.
- 3- processos que visam a substituir a pena de prisão aplicada como a de prestação de serviços à comunidade.
- 4- processos que visam a evitar ou restringir a execução da pena de prisão, como o *sursis* (suspensão condicional da pena).
- 5- processos modernos, que tentam evitar a aplicação da pena, a instauração do processo ou o seu desenvolvimento e aqui se enquadra a suspensão condicional do processo.

3. A suspensão do processo é considerada um processo despenalizador moderno, que evita o desenvolvimento do processo penal, que se inicia através do recebimento da denúncia por parte do judiciário.

É a combinação do princípio da oportunidade com o princípio da conformidade, agora, previsto no art. 89, da Lei 9.099/95 (GOMES, 1995:95-97).

CAPÍTULO IV

Garantia constitucional da presunção de inocência e a suspensão do processo

1. O princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência ou não-culpabilidade está previsto em legislações de diversos Estados e organismos internacionais, como, por exemplo no art. 6.2 da convenção européia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e art. 14.2 do pacto internacional de direitos civis e políticos da ONU.

A própria declaração universal de direitos humanos, dispõe no seu art. 11.1:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se asseguram todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

2. A previsão constitucional do princípio deu-se no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, mais precisamente no art. 5, LVII. No início da sua vigência houve problemas de interpretação, porém com o auxílio do art. 5, parágrafo segundo, da CF, não há mais o que se discutir no ordenamento jurídico pátrio quanto a sua extensão (GOMES FILHO, 1994:30).

3. É constitucional a suspensão do processo? Como alguém pode entrar em período de prova sem ser declarado culpado? Os que defendem a inconstitucionalidade invocam a garantia da presunção de inocência: ninguém pode ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado (LOPES, 1995:78). Essa posição é a que tem prevalecido.

Por seu turno, outros doutrinadores entendem que a suspensão do processo não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, porque na suspensão do processo o acusado não é considerado culpado (GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO, 1996:195-197).

CAPÍTULO V

Elementos da suspensão do processo

1. É o instituto que provoca a paralisação do processo, mediante proposta do ministério público, ainda no oferecimento da denúncia, caso o acusado preencha alguns requisitos legais. Tal proposta contém algumas condições, que, se cumpridas, ensejarão a extinção da punibilidade.

2. O instituto trata de um modo de defesa em que o acusado não contesta a acusação, nem admite a culpa, nem proclama sua inocência.

Há transação, mas baseada no princípio da oportunidade regrada, sempre com controle judicial, haja vista que é o juiz que suspende.

Não se confunde com o **plea bargaining** norteamericano, onde há amplíssima possibilidade de transação, inclusive extraprocessual.

Também difere sua natureza jurídica do **guilty plea** anglo-saxão, no qual o acusado, em juízo admite a culpa..

3. O instituto disciplinado no art. 89, da Lei 9.099/95, deve ser aplicado dentro e fora do âmbito do juizado especial criminal.

A extensão percorre todas os delitos e contravenções, cuja pena mínima cominada for igual ou inferior

a um ano, estejam capitulados no código penal ou em leis especiais.

4. A aplicação da suspensão do processo será de todos os juízes com competência criminal em face da extensão da abrangência do instituto.

O juizado especial criminal só poderá aplicar a suspensão nas infrações de sua competência, ou seja, cuja pena máxima não seja superior a um ano. Nos demais crimes, a competência é do juízo comum.

CAPÍTULO VI

Procedimento da suspensão do processo

1. O art. 89, da Lei 9.099/95 estabeleceu que é do ministério público a legitimidade ativa para a proposta da suspensão, exceto na ação penal privada subsidiária da pública. A lei diz que o ministério público poderá propor. É certo que é um poder-dever da instituição e que se trata de um direito público subjetivo do acusado. Porém, surge grande debate doutrinário na hipótese do acusado preencher todos os requisitos legais e o ministério público recusar-se a propor. O que poderá ocorrer? Damásio de Jesus entende que o juiz poderá aplicar de ofício a suspensão (1995:92). Já outros autores defendem que a proposta da suspensão é privativa do ministério público e em caso de recusa, dever-se-ia aplicar, por analogia, o art. 28, do código de processo penal (GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO, 1996:211). Por sua vez, Luiz Flávio opina no sentido de que o acusado, diante da recusa do ministério público, deveria formular o pedido da suspensão ao juiz que poderia suspender o processo, cabendo recurso de sua decisão (1995:169-170).

2. Faz parte da essência da suspensão do processo, o princípio da conformidade processual, onde o acusado irá ou não se conformar com a suspensão, sem que isso implique admitir a culpa, mas, por outro lado, abre mão de direitos e garantias fundamentais, como a da presunção de inocência.

Porém, diz-se que a suspensão é bilateral, quanto ao acusado, pois sem sua plena aceitação, o instituto da suspensão não terá validade.

A anuência do acusado reúne alguns atributos, para que seja concretizada a suspensão, ou seja, deve ser um ato personalíssimo, absoluto, voluntário, vinculante, formal e tecnicamente assistido.

3. A lei elencou quatro condições que constarão obrigatoriamente, quando da concessão da suspensão. Porém, estabeleceu a possibilidade do juiz especificar outras condições. Aqui, cabe a observação de que se deverá utilizar o princípio da adequação ou proporcionalidade e a proporção entre o fato, seu autor de um lado e as condições da suspensão de outro.

Verifica-se que os magistrados têm uma vastíssima opção na fixação das condições. Haverá limites? Evidente que medidas que atentam contra a dignidade humana e a saúde do acusado não poderão ser fixados, pois se chocam com a própria Constituição Federal, que, por exemplo, em seu art. 1, III, estabelece a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO VII

Execução da suspensão do processo

1. A questão da fiscalização das condições vem sendo bastante discutida, já que não é prevista em lei. Há quem entenda que a fiscalização caberá ao judiciário,

numa interpretação analógica ao instituto tradicional do *sursis*. Indaga-se: caberia o controle ao juízo processante ou ao juízo das execuções?

2. A conseqüência imediata do descumprimento das condições impostas, em juízo, é a revogação da suspensão do processo. Há uma condição resolutiva, ou seja, havendo causa é revogada.

A lei fixa causas de revogação obrigatória, que são as legais, conforme art. 89, parágrafo terceiro, Lei 9.099/95 e causas de revogação facultativa, que são as judiciais, previstas no parágrafo quarto do citado artigo.

3. É o lapso temporal no qual o juiz suspende o processo de dois a quatro anos e é fixado tendo em vista a natureza do crime, personalidade do acusado e a cominação abstrata da pena. Findo o período de prova, com o cumprimento de todas as condições impostas, dá-se a efetividade da suspensão do processo.

4. A Lei 9.099/95 estabelece, em seu art. 89, parágrafo sexto, que durante o prazo da suspensão do processo não correrá a prescrição.

É interessante observar que se criou uma nova causa suspensiva da prescrição. Nela, o tempo decorrido antes de sua concessão é computado, ou seja, havendo revogação, o tempo anterior à suspensão é contado para fins de prescrição. Diferentemente do recebimento da denúncia, por exemplo, que provoca a interrupção da prescrição e a devolução do prazo de contagem.

5. É uma nova causa extintiva de punibilidade. É a que decorre do transcurso do período de prova com o cumprimento pelo acusado das condições fixadas e, sem a revogação da suspensão do processo. Há uma indagação:

a causa extintiva é a declaração da extinção da punibilidade pelo juiz ou o decurso do período de prova sem a sua revogação?

CAPÍTULO VIII

Futuro da suspensão do processo

1. É nítida a incompatibilidade entre o princípio clássico da obrigatoriedade ou legalidade processual e a suspensão do processo. Pois a obrigatoriedade preconiza que todas as infrações devem ser perseguidas até o final do processo, mesmo as de menor e de médio potencial ofensivo.

Verificou-se ser inviável que todas as infrações penais fossem apuradas e submetidas a um julgamento formal. Daí, criaram-se novos institutos, como a suspensão do processo que constitui exceção ao princípio da obrigatoriedade. A suspensão permite que o titular da ação penal proponha o estancamento de seu curso, desde que o acusado aceite e cumpra alguns requisitos. Logo, a suspensão do processo é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade.

2. O princípio da oportunidade é de moderna política criminal. Ele permite a omissão ao dever da persecução, sendo possível tanto não agir como desistir da ação já proposta (COSTA PIMENTA, 1989:127).

O princípio da oportunidade está presente de modo inequívoco na suspensão do processo, porém de forma regrada, já que o Ministério Público não tem poder para eximir totalmente o acusado de qualquer resposta estatal. Ele terá de cumprir condições.

3. Cada vez é maior a corrente que entende ser impossível a sobrevivência da política criminal brasileira

hodierna, baseada na legalidade processual e na penalização indiscriminada.

Damásio de Jesus afirmou:

“Está provado que a criação de novos tipos penais, a suspensão de garantias processuais, o agravamento das penas e o endurecimento do regime penitenciário não reduzem a criminalidade (1995:15)”.

Nesse contexto foi criado o instituto da suspensão do processo, de maneira paradoxal. Nele, não há culpa, não é aplicada sanção penal e não há risco de ser convertida em pena de prisão.

Tem uma abrangência enorme a ponto de causar espécie e resistência aos seus aplicadores.

É preciso examinar como está-se dando receptividade à suspensão, pelos membros do Poder Judiciário, Ministério Público e advogados, que necessitam se aprofundar no instituto, para que não seja mais um complicador na tormentosa e confusa política processual-penal-brasileira.

IV - Bibliografia

LIVROS:

- ANDRADA, Doorgal Gustavo B. de. A Suspensão Condicional do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad. Barcelona: PPU, 1991.
- BATISTA, Weber Martins. Suspensão Condicional do Processo. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CERVINI, Raúl. Los Procesos de Descriminalización. Montevideo: Universidad, 1993.
- COSTA PIMENTA, José da. Introdução ao Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- CUELLO CALÓN, E. Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1980.
- DANTAS, Ivo. Constituição Federal – Teoria e Prática – Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- De Beccaria a Filippo Gramatica, in Sistema Penal Para o Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor. Tendencias Actuales del Derecho Procesal Penal. Madri: Justitia, 1991.
- FERREIRA, L. Pinto. Curso de Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa. Constitución y Derechos Fundamentales. Barcelona: PPU, 1992.
- GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán et alli. Alternativas a la Prisión. Barcelona: Instituto de Criminologia de Barcelona, 1986.
- HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão, Trad. de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995 Anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Política Penitenciária Mundial: Análise Histórica do Passado, Referências ao Presente e Medidas Alternativas à Prisão. Curitiba: Instituto de Pesquisas Bonijuris, 1995.
- MAYNARD, Douglas W. Inside Plea Bargaining. Nova Iorque: Plenum Press, 1984.
- NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. Direito Penal – Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.
- OLAZÁBAL, Julio de. Suspensión del Proceso a Prueba. Buenos Aires: Astrea, 1994.

- OLIVEIRA, Odete Maria de. Problemática da Vítima de Crimes. Coimbra: Rei dos Livros, 1994.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Novos Rumos do Sistema Criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. La Victima Frente al Sistema Jurídico-Penal. Barcelona: Serlipost, 1994.
- SCARANCA, Antonio Fernandes. O Papel da Vítima no Processo Criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. Processo Penal – Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TUCCI, Rogério L. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARTIGOS:

- ALMEIDA FILHO, Amaro Alves. “Probation System”. Apontamentos para uma Experiência Brasileira. São Paulo, *Justitia*, (85) : 339-349, Abr./Jun. 1971.
- GIBBENS, Trevor . A “Probation “ na Inglaterra Contemporânea . São Paulo, *Justitia*, (86) : 17-33, Jul./Set. 1974
- GOMES FILHO , Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose) . São Paulo, *Revista do Advogado*, (42) : 30, Abr. 1994.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Suspensão do Processo e “Vacatio Legis” . São Paulo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, (34) : 4, Out. 1995.
- MAIEROVITCH, Walter Franganiello. Presunção de não Culpabilidade. São Paulo, *Revista de Jurisprudência de Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo*, (126) : 23-25, Set./Out. 1990.
- MARTINEZ, Jose Henrique Sobremont. “Proyecto (1980) de Código Penal y las Penas Cortas de Prisión”. Barcelona, *Cuadernos de Política Criminal*, (18) : 1982.
- MIGUEL, João Manoel da Silva. Princípio da Oportunidade. *Revista do Ministério Público Português*, (4) : 71 e ss., Fev. 1990.

PARSONAGE, William H. "Probation, Parole & Corrections in a Changing Society Perspectives for Practice". Salvador, Ciência Jurídica (26) : 379-393, Abr./Jun. 1989.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Juizado Especial Criminal : Experiência que deu Certo. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, (12) : 18-123, Out./Dez. 1995.

SUSPENSÃO Condicional do Processo (A Revolução que tardava) . Folha de São Paulo, 23.09.1995, p. 3.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRICÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE e da Universidade Católica.

O Processo Civil – verdadeiro instrumento de pacificação social – é um complexo de atos, concatenados e interdependentemente praticados, uns causando outros, visando à obtenção de um provimento definitivo do órgão jurisdicional que acompanha o conflito intersubjetivo de interesses, mediante a aplicação, em concreto, do direito objetivo.

Esses atos processuais, ora são realizados pelas partes, ora são levados a efeito pelo próprio órgão da jurisdição ou pelos seus auxiliares.

Aqueles praticados pelas partes são tidos como postulatórios e dispositivos, subdividindo-se a esses últimos em: unilaterais, concordantes, contratuais, instrutórios e reais.¹

Já os emanados do poder judiciário, segundo a classificação contida no art. 162, CPC, são chamados de: despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos.

É correto afirmar que os atos processuais têm por finalidade ou consequência imediata – como quer Chiovenda – a constituição, a preservação, a modificação,

1 Segundo classificação dos atos processuais de Moacyr Amaral Santos, in "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 1ª vol., 14ª edição, Saraiva, obj. cit. págs. 279/284.

o desenvolvimento e a extinção ou cessação da relação jurídica processual², entendida essa última expressão (relação jurídica processual), como uma atividade complexa e dinâmica desenvolvida pelos principais sujeitos do processo (juiz e partes litigantes), destinada, em última análise, à consecução de uma sentença que resolva o litígio.

Assim, é sem esforço maior que se conclui, navegando as águas de Bülow³, pela existência de uma relação (vínculo), envolvendo os sujeitos do processo, que, uma vez constituída, evolui e se desenvolve progressivamente, marchando na busca de uma solução definitiva para o conflito de interesses.

Frise-se, por oportuno, que essa atividade fundamental desenvolvida pelas partes e pelo juiz deve manter-se dominada pelo manto da boa-fé e da lealdade, resultando de todo desprezível a idéia de que “o processo, destinado a desmascarar o dolo substancial, permeado pelo vício que pretende combater”.⁴

O fim do processo não é outro senão o de realizar a justiça; uma vez viciado com artifícios e maquinações, pode resultar prejudicada a idéia fulcral da justa composição do litígio.

Para inibir o comportamento inescrupuloso de qualquer das partes, ou de ambas, sempre voltado para perturbar o elevado desígnio do processo – que é a paz social, obtida através da justa composição da lide – criou-se a **teoria da responsabilidade processual civil**.

2 Apud Humberto Theodoro Júnior in “Processo de Conhecimento”, Tomo I, obj. cit. pág. 272, Forense, 1981.

3 Foi quem primeiro entreviu no processo uma relação jurídica entre o juiz, o autor e o réu, com a sua “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, de 1868. Apud Moacyr Amaral Santos, in “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 1ª Volume, 14ª edição, Saraiva, 1990, pág. 311.

4 ALBANESE, in “Il dolo processuale, Bidere, Nápoles, 1930. Apud FERNANDO LUSO SOARES, in “A Responsabilidade Processual Civil”, Almedina, Coimbra, obj. cit. pág. 33.

Existem, com efeito, dois tipos de responsabilidade processual civil:

- 1) a **objetiva**, que surge do risco próprio daquele que deu causa à propositura da ação, e tem como conseqüência a condenação nos consectários sucumbenciais consistentes no pagamento das custas e da verba honorária advocatícia (art. 20 CPC);
- 2) a **subjetiva**, que decorre do dolo praticado no processo, acarretando a aplicação – às vezes simultânea – da multa e da indenização por perdas e danos.⁵

Escusado seria assinalar que, de acordo com o art. 16, do Estatuto Processual Civil Brasileiro, todo aquele que postular em juízo de má-fé, como autor, réu ou interveniente, responderá perante a parte contrária por perdas e danos.

Os casos de lide temerária estão expressamente alinhados no art. 17 (I. Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei, ou fato incontroverso; II. alterar a verdade dos fatos; III. usar o processo para conseguir objetivo ilegal; IV. resistência injustificada ao andamento do processo; V. proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI. provocar incidentes manifestamente infundados, enquanto que as sanções aplicáveis em razão da má conduta ou do comportamento processual inadequado, encontram-se previstas no art. 18 do citado diploma legal.

5 Consulte-se, a respeito, o art. 811 CPC, cuja redação é a seguinte: “Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida”. Para comprovação do que foi dito, veja-se, também, o art. 17, da Lei nº 7.347, de 24.7.85 (LACP), onde está estabelecido que: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

Antes da reforma do Código de Processo Civil, a redação do art. 18 estava assim lançada:

“O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução”.

Com o surgimento da Lei nº 8.952, de 13.DEZEMBRO.1994, o caput e o § 2º, do aludido dispositivo legal, passaram a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

§ 1º omisís

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.”

Como se vê, o legislador de 1994 introduziu duas importantes e significativas alterações no mecanismo sancionador do art. 18.

Num primeiro passo, explicitou o dever de o juiz aplicar uma pena pecuniária, de ofício, à parte que se lança na litigância de má-fé, espancando, destarte, definiti-

vamente, qualquer dúvida a respeito da desnecessidade de requerimento expresso da parte interessada para ter lugar a aplicação da multa na pessoa de quem se utiliza do processo com deslealdade.

A propósito do assunto, sustenta Cândido Rangel Dinamarco – e com o habitual acerto – que essa providência “*compete tanto ao juiz singular em primeiro grau de jurisdição quanto às turmas julgadoras nos tribunais, em recurso ou processos de sua competência originária, a pedido ou de ofício (v. n. ant.). Ela poderá também ser imposta pelo relator, nos casos em que lhe compete julgar o recurso ou sua admissibilidade*”. (in “A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, 2ª edição, Malheiros, obj.; cit.; pág. 63).

Não colhe êxito, em meu sentir, o argumento – aliás, de frágil perspectiva persuasiva – segundo o qual, em sede de apelação, o tribunal só poderá impor a multa a qualquer das partes, em face da litigância de má-fé, quando a questão houver sido objeto da irresignação recursal, ante o princípio de que a extensão do efeito devolutivo mede-se pela extensão da matéria impugnada “(*tantum devolutum quantum appellatum*)”.

Na espécie, o conhecimento, pelo tribunal, da matéria relativa à lide temerária (ensejadora da aplicação da penalidade pecuniária) não está condicionado ao fato de haver sido decidida na sentença, nem tampouco depende de postulação pelo recorrente.

Isso porque, salta à evidência a conduta processualmente desleal do litigante, ao tempo em que atinge a parte contrária, atenta, também, contra a própria dignidade da justiça, sendo significativo sublinhar, nessa linha de idéia, que, tratando-se, como se trata, de matéria de ordem pública, o efeito devolutivo da apelação deve ser produzido, não apenas quanto à sua extensão, mas, no particular, também e fundamentalmente, quanto à profundidade, de

modo a oportunizar a fixação da multa de que trata o art. 18, independentemente da existência de pronunciamento a respeito, pelo grau inferior de jurisdição, e de pedido expresso na fase recursal.⁶

Ademais, é sempre bom lembrar, a litigância de má-fé pode ocorrer em razão do abuso do direito de recorrer, caso em que o tribunal deverá responsabilizar o recorrente, de ofício, pelo dano processual.

“Litigância de Má-Fé – Recurso Divorciado da Realidade Fática – Caracterização do Dano Processual – Condenação de Ofício. A parte que interpõe recurso alheiado da prova dos autos e da realidade fática é litigante de má-fé, devendo, por isso, ser responsabilizada, de ofício, por dano processual”. (TACSP Ap. Sum. 165009-6ª Câ. Rel. Juiz Macedo Cerqueira – j. 27.12.83).⁷

Num segundo passo, convém verificar que a nova redação dada ao § 2º, do prelado art. 18, permite que o juiz fixe, desde logo, o valor da multa em importância não superior a vinte por cento (20%) sobre o valor da causa, ou determine a apuração respectiva, através de liquidação por arbitramento.

Com isso quer dizer que, à luz do novo texto, constatada a litigância de má-fé, o julgador pode adotar as seguintes providências:

- a) fixar o valor da penalidade pecuniária dentro do limite legal;

6 “A condenação do litigante de má-fé pode ocorrer na segunda instância, quando o processo estiver em grau de apelação (RJTS 42/143)”. Apud Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in “Código de Processo Civil Comentado”, Revista dos Tribunais, 2ª edição, nota 11, ao art. 18.

7 No mesmo sentido: JTA (RT) 84/386; JTA (Saraiva) 72/225 (quanto ao fiador); JTA (Saraiva) 78/298.

- b) ordenar que o *quantum* da condenação seja apurado em liquidação por arbitramento.

Sustenta-se, no âmbito doutrinário, que o pedido de perdas e danos deve fundamentar-se não só na infração, como, também, na lesão, tudo de conformidade com o que está expresso no art. 1.092, do Código Civil Brasileiro (Agostinho Alvim, in “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, obj.; cit.; pág. 200).

Para Caio Mário da Silva Pereira, “são as perdas e danos, portanto, o equivalente do prejuízo que o credor suportou, em razão de ter o devedor faltado, total ou parcialmente, ou de maneira absoluta ou relativa, ao cumprimento do obrigado”. (cf. “Instituições de Direito Civil, vol. II/291).

Celso Agrícola Barbi, por seu turno, enfatiza a necessidade imperiosa de as perdas terem efetivamente acontecido, “pois não se indenizam danos meramente imagináveis” (in “Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I/182, T.I).

Os escólios são dignos de encômios, muito embora, na espécie, incidam, apenas, em parte do dispositivo “*in commento*”.

Explico. Em minha ótica, deve prevalecer o entendimento de que parte do art. 18, encerra, antes de qualquer coisa, a fixação de uma multa, de uma penalidade, pela litigância de má-fé. Cuido, desse modo, que a condenação nessa multa, de pronto, pelo órgão judicial, sem que haja necessidade de pedido expresso, em quantia não superior a 20 % sobre o valor da causa,

8 Com o objetivo de repelir, de uma vez, por todas, a deslealdade processual, e com as minhas energias todas voltadas para a moralização do processo civil, chego a admitir a acumulação da multa (em valor não excedente a 20% do valor da causa) com a indenização das perdas efetivamente acontecidas, estas a serem apuradas em liquidação por arbitramento.

independe de dano material efetivamente experimentado pela parte inocente, em razão da conduta ilícita do *improbis litigator*, sendo bastante, para tanto, a ofensa ao processo.

A hipótese, como já se afirmou alhures⁹, assemelha-se àquela referente ao “*contempt of court*”, que consiste na aplicação de multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601, do CPC).¹⁰

Se, ao contrário, a litigância de má-fé, além do dano processual, acarreta efetivo prejuízo material a qualquer das partes (desde que irretorquivelmente demonstrado no curso do processo de cognição), deverá o juiz, por ocasião da sentença, fixar o *an debeatur*,¹¹ remetendo a apuração do valor da indenização (*quantum debeatur*) para a liquidação por arbitramento.

Em face das modernas tendências da nossa doutrina, força é convir que o pensamento hoje dominante é no sentido de se admitir a sanção por litigância de má-fé com o caráter de pura penalidade e isso se dá exatamente porque o mencionado art. 18, do CPC, permite a sua imposição *ex officio*, genericamente, sem restrições, pelo órgão jurisdicional.

9 Conferir FRANCISCO CAVANCANTI, in “*Inovações no Processo Civil*”, obj.; cit.; pág. 21;

10 O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, vem decidindo no sentido de que “...Instrumento da Jurisdição e com escopos jurídicos, políticos e sociais, o processo contemporâneo, além de prestigiar a lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao juiz que o dirige prevenir e reprimir, de ofício, qualquer ‘ato contrário à dignidade da justiça’”. (Resp. nr 0036718/94, UF: RS, Turma S2, Embargos de Divergência no Recurso Especial, Fonte DJ Data: 13.02.1995, pág. 02195, Rel. Min. Cláudio Santos.

11 “Na sentença ilíquida, o momento declaratório é incompleto porque afirma a obrigação sem dizer o *quantum*, mas o momento sancionatório é como na condenação ordinária ou em qualquer condenação. O juiz aplica a vontade sancionatória em relação a uma obrigação cuja existência já fica declarada, apenas deixando de declarar o valor da obrigação”. In “*Execução Civil*”, de Cândido Rangel Dinamarco, Malheiros Editores, 5ª edição, 1997, obj.; cit.; pág. 518.

À guisa de ilustração, não se deve, contudo, olvidar, a lição do Des. JOÃO BATISTA LOPES, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo a qual há flagrante impropriedade na redação do art. 18, exatamente porque o legislador “*não faz distinção entre penalidade e indenização*”.

Segundo o eminente processualista, “*somente como penalidade se compreende a imposição de ofício de que trata a lei. Se se cuidar de indenização superior a 20%, terá de ser pleiteada pela parte prejudicada e observado o princípio do contraditório*”, tudo, aliás, como já ficou assentado no enunciado nº 32 do Centro de Estudos do 2º TACSP, *express verbis*:

“*a penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz, de ofício, respeitado o limite de 20% do valor atualizado da causa, mas a indenização dos prejuízos, excedente desse limite, depende de pedido expresso da parte, submete-se ao princípio do contraditório e é liquidável por arbitramento*”.¹²

Parece-me de todo recomendável, para conciliar os conceitos de penalidade e indenização – respeitados os traços diferenciadores sobremodo marcantes que os institutos apresentam – a adoção do critério estabelecido pelo aludido enunciado.

Com efeito, não há a menor dúvida de que, para a aplicação da penalidade (multa não excedente a 20% sobre o valor emprestado à causa), o órgão jurisdicional independerá de qualquer provocação da parte inocente, bastante a caracterização da litigância de má-fé, isto para

12 V. “*O Juiz e a Litigância de Má Fé*”, de JOÃO BATISTA LOPES, Des. do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, artigo publicado na Revista da Escola Paulista da Magistratura, Ano 01. Nº 01. Setembro-Dezembro. 1996, 53/58.

salvaguardar o interesse público, consubstanciado no exercício da função jurisdicional do Estado.

Aliter, se se tratar de indenização por perdas e danos, pois em casos que tais, é imperioso reconhecer a necessidade da formulação de pedido expresso e da demonstração inequívoca dos prejuízos efetivamente sofridos, tudo em razão do princípio da demanda – também chamado dispositivo – previsto nos arts 2^o e 262, ambos do Estatuto Processual Civil, que, na espécie, tem incidência quiçá indesejável, porém inevitável, diante da imprescindibilidade de as perdas terem efetivamente ocorrido, em razão da má-fé, sem se esquecer, outrossim, do fato de que à parte inocente – e somente a ela – titular que é do direito à indenização, cabe a iniciativa de perseguir a condenação respectiva.

Para que se conceda o ressarcimento por perdas e danos, pois, torna-se necessário que o credor efetivamente tenha experimentado prejuízo.

E mais: a reparação da perdas e danos, como é sabido, abrangerá a restauração do que o credor perdeu (*damnum emergens*) e a composição do que deixou razoavelmente de ganhar (*lucrum cessans*), o que faz revelar a indispensabilidade do requerimento e da demonstração pela parte-vítima.

“Dano emergente é o déficit no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (*quantum mihi abfuit*). Lucro cessante é o que ele razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (*quantum lucrari potui*) (in “Curso de Direito Civil”, Direito das Obrigações, 1^a parte, 13^a edição, Saraiva, 1977).

O ideal seria que o legislador tivesse explicitado a possibilidade de o juiz cumular a multa com a indenização; mesmo admitindo poder estar incorrendo em equívoco –

que seduz – de interpretação, não hesito em defender a acumulação, e o faço com convicção e veemência.

Aliás, nesse sentido é o comando do art. 17, da Lei nº 7.347, de 24.JUL.1885, que trata da Ação Civil Pública, onde está expresso que a condenação na verba honorária e no “décuplo” das custas judiciais, não impede que o litigante de má-fé seja igualmente compelido a indenizar a parte inocente nas perdas e danos.

Uma coisa é a fixação da multa (pena pecuniária), outra é a imposição da condenação em perdas e danos, já que, para aquela, o órgão jurisdicional não depende de requerimento da parte interessada, enquanto que, para esta, não há como se admitir o pronunciamento do juiz sem o expresso pedido formulado por quem sofreu uma real diminuição no patrimônio e, eventualmente, a privação de um ganho que tinha fundadas esperanças de auferir.

Em homenagem ao princípio moralizador que deve nortear a atividade dos sujeitos processuais, e ousando avançar no particular, sustento a possibilidade de o julgador acumular (se restarem comprovadas as perdas e danos), a multa com a indenização, já que a conjunção alternativa “ou”, constante no § 2^o, do art. 18, do Estatuto de Rito, não tem o condão de impedir esse proceder, precisamente porque a penalidade (multa) não pode ser confundida com a providência indenizatória essa indicativa do ressarcimento dos prejuízos realmente suportados pela parte inocente, ao passo que aquela decorre da infringência à norma que tutela interesse público, sobre o qual as partes não têm o poder de dispor, em razão da litigância de má-fé.

O fato gerador da responsabilidade processual civil subjetiva está na ação dolosa, de má-fé tendente a fraudar o mecanismo da atividade jurisdicional, cujo fim é a justa composição do litígio.

Convenço-me de que tal comportamento, uma vez caracterizado, deve ser sancionado com multa e indenização (aquela de aplicação oficiosa, esta mediante requerimento).

A responsabilidade do litigante de má-fé compreenderia, desse modo, a prevalência da idéia ora defendida, além da fixação de multa (esta necessária, que vale como sanção ou castigo pessoal), uma condenação à parte contrária (esta eventual, que depende, fundamentalmente, de requerimento e demonstração dos prejuízos efetivamente suportados).¹³

Ainda sobre o tema *sub examine*, duas observações mostram-se necessárias:

Primeiramente, tenho que a obrigação de lealdade processual é imposta não só às partes originárias, como também aos intervenientes (terceiros, oponentes, nomeados, denunciados à lide, chamados ao processo), com as sanções aplicáveis indistintamente ao vencedor ou vencido, e independentemente do resultado do processo.¹⁴

- 13 O Código de Processo Civil de Portugal, no seu art. 456, 1, não discrepa dessa linha de entendimento ao estabelecer que: "Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada em multa e numa indenização à parte contrária, se esta a pedir".
- 14 Sobre o assunto, lembro-me da precuciente lição do processualista português Fernando Luso Soares, para quem o dolo da parte pode ser: 1ª) *unilateral singular*: aqui, um só dos litigantes age de má-fé. "Só a ele é imputável o *animus dolosus* e assim, como caracteriza o Professor Paulo Cunha, ele procede 'de conta própria', com o fim precisamente de prejudicar a outra parte". 2ª) *unilateral bissingular (dolo unilateral cruzado ou recíproco)*: nesse caso, a má-fé apresenta-se em "fogo cruzado", vale dizer, a contraparte é também *improbis litigator*, mantida a unilateralidade. "Cada maléfico trabalha por 'conta própria', com vista a prejudicar o outro. Sendo assim, deparamos com o encontro de dois dolos que nada têm a ver com o dolo bilateral. Com efeito, enquanto este é uma forma de acordo, o dolo unilateral recíproco dir-se-á, muito ao contrário, a forma mais acabada do desacordo. Em vez de conluio, é antes má-fé contra má-fé". 3ª) *unilateral plural complexo*: na espécie, a unilateralidade plural pode ser de autores ou de réus. "Em ambas as hipóteses trata-se de litigantes de uma má-fé entre si convencionada". 4ª) *unilateral misto*: no dolo da parte unilateral plural misto há um só litigante de má-fé. "A pluralidade, porque precisamente mista, resulta neste caso da convivência do litigante doloso com outros: a) com o juiz; b) com o seu mandatário; c) com o mandatário da parte

Acresça-se a isso a circunstância de que os advogados não estão desobrigados do dever de lealdade processual (veja-se o caput do art. 14), pelo que, em tese, pode-se configurar a litigância de má-fé com a concorrente deslealdade processual do advogado da parte, conduta que, por certo, deve ser comunicada à Ordem dos Advogados para as providências de cunho disciplinar, já que a construção jurisprudencial tem-se firmado no sentido de inadmitir a aplicação da regra do art. 18 ao advogado, mas, somente à parte.

Isso não retira, no entanto, a possibilidade de ser apurada a responsabilidade do advogado, pelos atos que praticar, com dolo ou culpa, no exercício profissional, sendo que, na hipótese de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, tudo a ser examinado em ação própria (v. art. 32, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado)).

contrária; d) com um funcionário judicial; e) com um auxiliar do processo; f) com um terceiro". 5ª) *bilateral ambissingular*: "em cada pólo da relação processual situa-se um agente doloso. Esse preceito comporta, no entendimento mais geral, o chamado processo simulado e o processo fraudulento" (...) "A diferença está nisto: no processo simulado as partes estão conluídas para obter determinado resultado aparente no processo; no processo fraudulento há coincidência entre o objectivo real e o objectivo aparente, mas as partes usam de fraude à lei para conseguirem esse objectivo". 6ª) *bilateral uniplural complexo*: "Esse dolo é bilateral porque tem sujeitos activos e passivos, sendo unipessoal por um dos pólos e plural complexo pelo outro". 7ª) *bilateral uniplural misto*: esse dolo das partes configura-se assim: "a) os sujeitos activos e passivos da relação jurídica processual estão conluídos; b) porém, só um deles é plural; c) e intervêm como coniventes, ou o juiz (caso de dolo total), ou os mandatários das partes, ou um funcionário judicial, ou ainda um auxiliar do processo". 8ª) *bilateral ambiplural complexo*: "caracteriza-se "por duas pluralidades de sujeitos activos e passivos..." (...) "E os dois problemas que quanto a este caso se podem especificamente colocar respeitam à possibilidade de, quer num pólo quer no outro, haver integrantes de boa-fé e de má-fé". 9ª) *dolo total perfeito*: é aquele em que todos os intervenientes na relação processual, como juizes e partes, estão conluídos entre si. 10ª) *Dolo total imperfeito*: o que caracteriza o dolo total imperfeito é a circunstância de, sendo plurais ambas as partes, pelo menos um dos seus integrantes está de boa-fé. Cf. in "A Responsabilidade Processual Civil", obj.; cit.; págs. 269 a 286.

Por último, defendo que a aplicação da multa poderá ser levada a efeito em qualquer fase do processo, interlocutoriamente, porém, a condenação do litigante de má-fé a indenizar o litigante inocente pelos prejuízos que este sofreu, ao contrário do que pensa o eminente proces-sualista Sérgio Bermudes,¹⁵ só poderá ocorrer por ocasião da prolação da sentença, ou do julgamento do recurso, isso porque não se pode cogitar de condenação por perdas e danos através de decisão interlocutória, muito menos liquidação que não seja de pronunciamento judicial definitivo (Arts. 603 a 611, CPC).

15 in "A Reforma do Código de Processo Civil", Editora Saraiva, 2ª edição, 1996, obj.; cit.; pág. 4.

LA FUNCION DE LA CRIMINOLOGIA CON RESPECTO A LA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL

Günther Kaiser
Diretor do Instituto Max Plank –
Friburgo – Alemanha.

I

Al analizar la relación entre la criminología y la política legislativa penal, deben plantearse las siguientes **preguntas: hasta qué punto influyen en la política criminal los resultados criminológicos?** y más allá de esto, **hasta qué punto las decisiones del legislador, en materia de política criminal están abiertas a la fundamentación, a la determinación y al control científicos?** Aclarar este conjunto de problemas presupone un consenso previo, respecto a lo que se entiende o puede entenderse, por criminología y política legislativa penal.

II

La **criminología**, como ciencia empírica interdisciplinaria, se ocupa del crimen, del infractor y del control de la conducta socialmente notoria. También forman parte de tales objetos el conocimiento de los intereses de la víctima y la prevención criminal. Son funciones primordiales de la criminología, la observación continua de tales fenómenos, la ampliación del conocimiento, así como también las investigaciones en torno al control de los resultados y a la **modernización del derecho penal**.

Partiendo de esta pluralidad de funciones, se puede hablar de una criminología **como ciencia** básica, y de una criminología como ciencia **aplicada**, dependiendo de su orientación. Esta última es de particular interés en este contexto temático, ya que podemos esperar que sea la más indicada para tratar de aclarar y contestar la pregunta planteada inicialmente, respecto a la influencia de la criminología en la política legislativa penal.

III

Independientemente del momento y del lugar en el que se sitúe el inicio de la criminología, la orientación hacia la aplicación de la ciencia siempre ha tenido importancia de acuerdo con la hipótesis fundamental de "mayor conocimiento – mejor acción – mejor vida!" Por ello la criminología se critica como "**ciencia correcionalista**". Esto se aplica a Lombroso, Ferri o von Liszt de la misma manera que se aplicaba a Beccaría cien años atrás. Así encontramos la "duda que ilustra" al principio de todos los caminos que llevaron a la vinculación lingüística de ciencia pragmática a crimen. Es la respuesta a una época que recién había quemado las últimas brujas y que había abolido la tortura; para ser más prudentes y exactos, habría que formularlo de la siguiente manera: "...que había desechado la tortura como instrumento aceptado para averiguar la verdad en el proceso penal". No obstante, no fue sino hasta los años ochenta en que la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo Europeo sintieron la necesidad de realizar sus respectivas convenciones para la prevención de la tortura y de establecer una comisión para que se cumplieran¹. De ello se desprende que los ideales de la ilustración aún no se han cumplido.

1 Texto de la Convención publicado en la "Revista sobre Derechos Fundamentales Europeos" 16 (1989), 502-504.

Independientemente de que se trate de "combatir", "controlar" o "administrar" la criminalidad, la reflexión político-criminal, desde sus inicios en el siglo dieciocho, se ha centrado sobre todo en la política legislativa penal. A esto subyace la expectativa de llevar a la práctica la solución óptima de los problemas de la política criminal a través de la discusión y el manejo racionales, creando, dentro de lo posible incluso "algo mejor" que el derecho penal. Sin embargo, las tendencias más recientes del llamado abolicionismo que no están encaminadas al mejoramiento sino a la "abolición" del derecho penal y que buscan alternativas superiores, se topan con demandas contrarias que exigen una mayor participación del derecho penal en ámbitos públicos tales como la protección ambiental, la economía, la política antidrogas el fumar en lugares públicos en el ámbito personal, como ante la "violencia en la familia" o el acoso sexual.

IV

Sea como fuere, al menos un resultado de esta evolución es la indudable humanización de la justicia criminal en los últimos doscientos años (tendencia a la abolición de la tortura y la pena capital, limitación de la pena privativa de la libertad, ampliación de los servicios sociales de las autoridades judiciales, mejoramiento del régimen penitenciario, etc.). Lo que ha cambiado es el ímpetu; la ingenuidad de la primera fase de la investigación criminológica que un cambio de la situación por la mera observación del crimen y del criminal, ha cedido a una postura más crítica, al percatarse de lo complejo de la conducta criminal y su tratamiento. Evidentemente, es más difícil llevar los conocimientos científicos a la práctica, de lo que se suponía en algún momento. Los resultados no siempre son unívocos, ya no hablemos de

las conclusiones que se derivan de ellos. A esto se suman valoraciones teóricas y culturales. De acuerdo con lo anterior, los resultados empíricos son sólo “un argumento entre argumentos”². La generalización teórica y el análisis casuístico se contraponen de manera brusca y prácticamente irreconciliable. A veces se tiende a suponer casi una “ruptura de la racionalidad” entre la teoría y la práctica. Ya no se destacan las **posibilidades de colaboración** entre la criminología y la justicia criminal, sino la **discontinuidad en la manera en que se plantean los problemas** en ciencia y práctica³. No hay duda de que también en esto, además de la desilusión ante los triunfos escasos de la ingeniería social y la propia impotencia frente a la práctica, se hacen patentes las objeciones de la teoría crítica ante la tecnología social, las ideas críticas del poder de *Foucault* respecto al “control y al castigo”⁴, así como a las tendencias abolicionistas de otro origen. Por consiguiente se objeta que el conocimiento podría reducirse, cada vez más, a cuestiones de interés para el legislador penal y la administración judicial con la que trabaja mano a mano. Se impugnan la supuesta determinación de la criminología desde afuera, por no decir su subordinación a la práctica, su adscripción al

2 Scüler-Springorum, H.: Zum Verhältnis von Kriminologie und Kriminalpolitik. En: Publicación en memoria de P. Noll. Zürich 1984. 141-156 (149); Heinz, W.: Kriminalpolitische Modellprojekte. Planungen, Funktionen, Wirkungschancen. En: Dokumentation der 13. Bundestagung der Deutschen Bewährungshilfe e. V. Bonn 1990, 241-275 (258,261).

3 Lösel, F.: Kriminologische Wissenschaft und Praxis: Probleme und Chancen aus empirisch-sozialwissenschaftlicher Sicht. En: Jehle, J. – M. (Ed.): Anwendungsbezogene Kriminologie zwischen Grundlagenforschung und Praxis. Wiesbaden 1986, 71-85 (74 en adelante); Dolde, G.: Praxisforschung zum Strafvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Kriminologischen Dienstes. En: Feltes, Th. (Ed.): Kriminologie und Praxisforschung: Probleme, Erfahrungen und Ergebnisse. Bonn 1988, 187-206 (197); Macke, K.: Effizienzforschung in der Bewährungshilfe – eine Möglichkeit, berufliches Handeln zu verbessern. En: Feltes (Ibid.), 257-273 (270).

4 Foucault, M.: Überwachen und Strafen. Frankfurt/M. 1977.

derecho penal; el enfoque funcionalista y el ansia de explotación de corto aliento, así como el procedimiento pragmático y carente de la teoría de la criminología, orientada a la aplicación; el temido recorte de recursos para los criminólogos que investigan de manera independiente; la desnaturalización de la ciencia para convertirse en una ciencia al servicio de instituciones, en breve, la relevancia de la criminología que según los críticos resulta casi alarmante.⁵

Ha de presentarse entonces al criminólogo como crítico del poder y del derecho penal o bien llamándolo un científico de la legitimación? Como es de esperarse, de un autoentendimiento y un entendimiento ajeno divergentes resultan **conflictos en los roles**, así como múltiples dificultades para la traducción del conocimiento, empírico a la decisión político-legislativa o práctico-judicial. Los críticos del poder al menos también participan en el discurso del poder en el sentido de que desean que sus análisis se entiendan como “retos” al derecho penal estatal. Indudablemente son para tomarse en serio los peligros y las preocupaciones destacados por la crítica, pero, si se ven más de cerca, resultan infundados para el presente y el futuro previsible. Las objeciones indican más bien una difusión de los roles y problemas de identidad de los críticos, así como una relación alterada con la práctica, más que un desarrollo fallido de la criminología o incluso un “pecado original”, proque no es posible imaginar una mayor racionalidad y humanidad sin científicación⁶. La historia, por lo menos a partir de los reclusorios de Amsterdam del siglo dieciséis, ha demostrado que es justamente el manejo experimental de alternativas, o sea el ensayo de caminos nuevos, los que a largo plazo, provocan el proceso de humanización, contribuyendo con ello a la civilización del poder estatal.

5 Cf. Kaiser, G.: Kriminologie. Heidelberg 1989, 833 y sigs.

6 Véase también Heinz, W.: Kriminalpolitische Projekte. Planungen. Funktionen. Wirkungschancen. Bewährungshilfe e. V. Bonn 1990, 244 y sigs.

V

Si bien la historia de la criminología orientada a la aplicación permite observar **cambios considerables**, siempre se encuentra en el centro de atención la asistencia resolutoria mediante diagnóstico y pronóstico para una selección racional-funcional de las estrategias y sanciones político-criminales. Consecuentemente, en épocas recientes han **cobrado importancia creciente los controles del éxito a través de la investigación de la evaluación y la implementación**. La evaluación fomenta la presión ejercida a favor de las argumentaciones raciono-funcionales, particularmente en el proceso resolutorio político-criminal, y de la transparencia necesaria de éste. Además, como consecuencia de los procesos de transformación social y técnica, la carga de problemas que aumenta vertiginosamente a nivel internacional exige una retroalimentación ("feedback") cada vez más rápida a través de la intervención del estado. Por ello, la evaluación como instrumento de verificación y control está cobrando creciente interés en la política legislativa penal y en la administración judicial.

Sim embargo, se ha vuelto cuestionable el enfoque derivado de la llamada "investigación política" ("policy research") que establece que primero se dan los problemas y su definición y después, las soluciones. Los problemas no sólo quedan **a menudo sin resolver**, sino que se redefinen constantemente de acuerdo a las intervenciones que se van suscitando y los efectos de estas (ejemplos: criminalidad reincidente, postergamiento o denegación de un menor rigor en la ejecución de la sentencia, problemas relacionados con estupefacientes, redefiniciones y graduaciones en la criminalización). Muchos de los efectos se encuentran sólo en un plano simbólico; consecuentemente se habla también del "derecho penal simbólico"⁷. Resulta

7 Hassemer, W.: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. München 1990, 71 y sigs.

evidente que ahí, donde los problemas no sólo quedan sin resolver sustancialmente, sino que se redefinen, los procesos de verificación y la medición del éxito se ven confrontados con dificultades adicionales. Teniendo en cuenta los modestos mecanismos de acción del derecho penal, acaso es posible, todavía, establecer relaciones causales o funcionales que puedan interpretarse como éxitos?

VI

En los últimos ciento cincuenta años se han desarrollado formas definidas de la orientación en que se aplica la investigación en las ciencias humanas, aparentes, sobre todo, en la **relación del experto médico con el juez y el fiscal**. Si bien no es indisputado, el papel tradicional del experto forense es prácticamente el **modelo de una colaboración establecida** entre la ciencia empírica y la política criminal. A esto se debe también el que los expertos tengan voz en el proceso legislativo a través de la llamada audiencia (hearing). Naturalmente, en el momento de seleccionar al perito criminológico ya se está tomando una decisión previa respecto a cierto tipo de conocimiento que se preguntará o que incluso se espera. Los procedimientos de audiencia en las fases previas a la legislación penal nos proporcionan ejemplos claros. Asimismo destacan la delicada problemática que radica en dejar a criterio de la administración judicial o del legislador penal, el establecer la relación con la práctica, dejándole escoger de los resultados de la investigación lo que resulte pertinente para ellos y siguiendo así el modelo de la rigurosa separación de lo que es y lo que debe ser. Sin embargo, tal concepto, modelo de colaboración entre ciencia y práctica resulta cuestionable; se basa en la hipótesis de que la ciencia y la política son culturas distintas que sólo pueden comunicarse precariamente -

si es que acaso – a través de la discontinuidad o de la “ruptura de la racionalidad”. Pero el criminólogo no pueda librase de su responsabilidad respecto a las consecuencias de sus actos alejándose a hurtadillas, porque naturalmente, aquí también, se institucionaliza el “conocimiento del éxito”. Por lo demás, no es posible tener en cuenta, ni la responsabilidad científica ni las necesidades polífticocriminales, si cada legislador penal escoge o debe escoger lo que le parezca de los resultados elaborados científicamente, y que entonces el criminólogo incluso se sienta “orgulloso” de que, de sus resultados, se puedan sacar conclusiones polífticocriminales totalmente distintas. Aquí existiría el peligro de que los resultados empíricos no cumplirían más que una función de hoja de parra o de coartada, aún si el legislador penal no hiciera uso de ellos. Al menos podría alegar haberse cerciorado del status quo de la investigación criminológica. Sin embargo, si el conocimiento empírico lleva a una mayor racionalidad, ésta debería pasar a la práctica, es decir, debería hacérsela llegar al legislador penal. La práctica, entonces, debería llegar al legislador penal ! El recomendar a encargar a los no científicos y con ello al legislador penal que establezcan ellos mismos la relación entre el conocimiento científico y la práctica a través de su activa participación en la producción y regeneración de resultados, puede satisfacer las necesidades puristas de algunos científicos, ya que de lo contrario temerían por la pureza de su doctrina; pero tal postura, al final de cuentas, tiene que capitular ante la demanda de una científicización y humanización de la legislación penal, revistiéndola con ello de mayor racionalidad.

En épocas más recientes han llegado a ocupar un primer plano formas alternativas de organización en la cooperación entre ciencia y legislación penal, aparte del modelo básico planteado. Al modelo decisionista, con su

total separación de conocimiento científico y resolución legislativa, se contraponen el modelo tecnocrático, que señala un fuerte vínculo y una marcada dependencia del legislador pragmático que prevee la colaboración de las partes mediante la comunicación correlativa. Este último modelo es ampliamente favorecido, a pesar de sus deficiencias, en cuanto a su definición concreta. Esto muestra claramente que la separación tradicional entre lo que es y lo que debe ser, formulada en los términos del derecho romano como “*da mi factum dabo tibi jus*”, ya no existe de manera inquebrantable. Más bien ha demostrado ser un recurso eficaz, la posibilidad de integrar desde un principio, las necesidades del legislador en la investigación orientada a la aplicación. Naturalmente presupone la disminución de los problemas de comunicación y de las barreras lingüísticas, la disponibilidad de información, así como también la intensificación del diálogo.

VII

Tal y como es de esperarse, son múltiples las **posibilidades de aplicación** de la investigación criminológica. Pueden determinarse **según** las estructuras y los procesos del control social del derecho penal. En particular habría que pensar en las **obligaciones de la criminalización** y descriminalización, así como modificaciones en el sistema de sanciones, del derecho penal formal (proceso penal) y de la ejecución de la pena, incluyendo el sistema penitenciario. Los campos de aplicación podrían señalarse brevemente mediante los términos prevención, implementación, sanción, evaluación y reforma.

La prevención de ninguna manera se agota con el entendimiento jurídico de prevención general y especial,

sino que abarca también, en un sentido más extenso, los campos de la prevención primaria y de la prevención técnica, siendo ésta última de particular relevancia para las autoridades policiales. Como es de esperarse, las aplicaciones prácticas de la criminología se concentran en lo complejo de la determinación de sanciones, ya que abarca tanto la renuncia a la sanción en un sentido amplio, dentro del marco de las estrategias de diversión, como también las consideraciones pronósticas y la selección y determinación de sanciones en el marco de la graduación de la pena. También se incluyen el cumplimiento de la pena – en el marco de la ejecución de la sanción – menor rigor en el sistema penitenciario, la libertad condicional y la confirmación legal. Debido a que las sanciones no se encuentran aisladas en el mundo, sino que están referidas a ciertas personas y tienen que ser supervisadas y aplicadas por instituciones determinadas, también tienen que ser incluidas en el marco de la investigación. Finalmente, esto también se aplica a las víctimas de los crímenes, ya que una política de sanciones que se reduce a un tratamiento adecuado de los delincuentes, sin tomar en cuenta a las víctimas, hoy en día, prácticamente, ya no resulta convincente.

Sin embargo, hay que admitir, que las **tareas y los proyectos de investigación emprendidos concretamente**, por lo general poco dependen de consideraciones estratégicas y conceptos trascendentes, o sea que son determinados independientemente de las demandas cotidianas. Esto puede resultar poco satisfactorio en términos sistemáticos, pero el procedimiento está dictado por las necesidades agudas de la práctica y es comprensible. Por ello, en los últimos veinte años han cobrado importancia temas de investigación de actualidad, tales como asalto y seguridad bancarios y posibles cambios en

la criminalidad; implementación del derecho reformado, en materia económica, ambiental y de estupefacientes; estrategias de diversión, particularmente en el derecho penal juvenil; el papel de la fiscalía, las estructuras de las averiguaciones y los juicios; sesiones de “mesa redonda”, así como terapia social, cadena perpetua, reeducación de aquellos que cometen delitos de tráfico en estado de ebriedade, sistema de días multa, trabajo para la comunidad y experimentos en la compensación delincuente-víctima⁸. El grupo objetivo está formado por, sobre todo, la administración judicial o policial, así como por el legislador. Dependen en primera instancia de la experiencia sistematizada en la ciencia para poder incrementar la racionalidad legislativa. Además es importante el conocimiento empírico para la opinión pública cuando se refiere a obediencia a las normas y la aceptación de la justicia criminal.

Pero incluso cuando los científicos y los profesionales de la práctica involucrados se atienen, de manera homogénea, al modelo de la colaboración entre las partes, **se evalúan de manera distinta las posibilidades y el resultado de la investigación orientada a la práctica**. Lo que el legislador y la administración judicial parecen celebrar, sólo resulta ser una carga para aquellos que están inmersos en la práctica, sin encontrar algún beneficio o mayor racionalidad en su trabajo. Como ejemplo cabe señalar la captación de delitos económicos mayores, realizada a nivel nacional y de acuerdo con criterios uniformes. Lo mismo se aplica al análisis de expedientes para el decomiso de utilidades generales por actividades criminales; el rendimiento puede motivar al legislador, pero sólo representa una carga para la persona que lleva a

8 Cf. Kaiser (nota 5), 841; Heinz (nota 6), 245 y sigs.

cabo la evaluación de tales expedientes. Algo comparable se puede señalar con respecto a las diferentes necesidades en cuanto a investigación dentro del sistema penitenciario. La necesidad de un respaldo científico se observa principalmente en los funcionarios de los niveles más elevados, un hecho que seguramente también se relaciona con la presión y la crítica de la opinión pública y la subsecuente necesidad de contar con un fundamento científico para las acciones personales. En cambio, los funcionarios que trabajan dentro de los reclusorios, por lo general no se muestran nada contentos (esta situación era distinta hasta principios de los años setenta). Los resultados científicos parecen producirles cierta inseguridad y consideran que la investigación criminológica constituye una carga adicional a sus obligaciones profesionales existentes⁹.

VIII

Analicemos más de cerca la **relación** que existe entre la **investigación** orientada a la aplicación y la **administración judicial o la legislación, respectivamente**. Seguramente es a este nivel o en este plano de comunicación, donde se encuentra el mayor número de proyectos de investigación referidos a la aplicación. También es probable que aquí se inviertan los mayores recursos de investigación asignados a un fin específico. En este contexto no se ha de pensar sólo en el apoyo del legislador nacional; también el Consejo Europeo, cuyas actividades incluyen, entre otras cosas, la política criminal, recurre a los resultados de las investigaciones crimino-

9 Rotthaus, K.-P.: Kriminologische Forschung und Strafvollzugspraxis. En: Jehle (nota 3), 105-113 (109); Lösels (nota 3), 74, 78; Dolde (nota 3), 197; Macke (nota 3), 270.

lógicas para respaldar las teorías criminales y las actividades del gobierno¹⁰. Así, por ejemplo, la convención europea contra la tortura que se mencionó anteriormente y que entró en vigor hace poco, se debe, entre otras cosas, a iniciativas y apoyo científicos. La actividad criminológica recibe un apoyo especial del Consejo Europeo a través de becas de investigación y de la publicación de un boletín internacional para el intercambio de información, respecto a los proyectos de investigación criminológica que se llevan a cabo en los estados miembros del Consejo Europeo¹¹.

Si en la opinión pública y en los procesos legislativos a nivel nacional se destaca, una y otra vez, que las decisiones en materia de política criminal, que a menudo son costosas, deben tener un fundamento científico, el ministerio de justicia tiene la obligación de reducir, en la medida de lo posible, el déficit de información criminológica para las decisiones político-criminales¹².

Para los proyectos legislativos en materia de derecho penal, esto significa aclarar previamente, la situación real que impera en el ámbito a regular y realizar controles de éxito, después de concluidos tales proyectos, para verificar si se lograron las metas político-criminales planteadas. Son ejemplos de lo anterior, la lucha contra los delitos económicos mayores; las medidas no institucionales y las estrategias de diversión en el derecho penal juvenil; el manejo de la prisión preventiva, así como el decomiso de utilidades generadas por actividades criminales, al análisis

10 Tsitsoura, A.: The role of the Council of Europe in the field of crime policy. En: Council of Europe: 4th Conference on Crime Policy. Conference report. Strasbourg 1991, 20-30 (21, 24 y sigs.).

11 Tsitsoura (nota 10), 26.

12 Vease Hobe, K.: Kriminologie im Bundesministerium der Justiz. Inédito. Hannover 1986, 1; vease también Heinz (nota 6), 249 y sigs.

de perfiles sociológicos y de motivación de delincuentes terroristas de izquierda o de derecha y la documentación crítico-analítica del status quo de la investigación con respecto al proceso penal. Asimismo cabe destacar los numerosos experimentos que se han realizado en materia de diversión y en relación con la compensación delincente-víctima, que también fueron propuestos, apoyados y seguidos en el interés del legislador, entre otros.

IX

Desde los años ochenta ha cobrado gran interés la idea de la **compensación delincente-víctima** y de la **reparación del daño** en el contexto de las sanciones alternativas. Los debates al respecto constituyen prácticamente el núcleo de la discusión internacional en materia de política criminal¹³. El legislador alemán no ha estado ocioso; dentro del marco de la determinación y la graduación de sanciones ha creado una reglamentación – tanto en el derecho penal adulto como en el juvenil – que trata de tomar en cuenta el esfuerzo del delincente por resarcir el daño, sea suprimiendo o atenuando la sanción. Es obligación del criminólogo realizar las investigaciones concomitantes y notificar al legislador y a los profesionales de la práctica de su evolución y de los resultados obtenidos¹⁴. Los conocimientos adquiridos hasta ahora en este campo indican que la compensación delincente-víctima cumple una función conciliadora y que además

13 Hirsch, H. J. : Zur Stellung des Verletzten im: Straf- und Strafverfahrensrecht, Über die Grenzen staatlicher Aufgaben. En: Publicación en memoria de A. Kaufmann. München 1989, 699-721; Eser, A. : Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen. En: Publicación en memoria de A. Kaufmann (Ibid.). 723-747.

14 Albrecht, P.-A. : (Ed): Enformalisierung des Rechts. Berlin et al. 1990, 43 y sigs.

se disminuye y satisface la necesidad de compensación y de castigo de la población a través de las modalidades de indemnización. Por otro lado, los primeros análisis respecto a la implementación de las disposiciones de la llamada ley para la protección de la víctima, demuestran que en la práctica forense ha cambiado poco en cuanto a la situación de la víctima y que aparentemente no se satisface la necesidad de información del lesionado.

X

Resumamos las consideraciones:

Primero: La criminología sólo puede volverse activa en la política legislativa penal si al menos se la entiende orientada a la práctica y si, además, el legislador penal está dispuesto a aceptar los resultados criminológicos y a integrarlos a la práctica legislativa. En ocasiones, el conocimiento empírico en el proceso de formación de voluntad del legislador quizá sólo cumpla una función formal, ya que tienen prioridad otros intereses y otras evaluaciones. Influencias de un Zeitgeist (opinión de una época?) contraria, convicciones de naturaleza metaempírica o el siempre disponible argumento de las presiones de naturaleza fiscal, en ocasiones, llegan a tener mayores consecuencias que el respaldo de la ciencia empírica. Por lo tanto, la investigación criminológica sólo puede constituir una fuerza motriz, en la formación de voluntad dentro del proceso legislativo.

Segundo: La criminología referida a la aplicación es importante, pero también es problemática, porque las tareas y funciones de la ciencia y la práctica son distintas. Las dificultades que resultan se consideran tan trascendentes, en ocasiones, que la función de la criminología

como ciencia aplicada casi se llega a desechar por considerarla ilegítima e inadmisibles. Pero incluso si se atuviera uno a la crítica, dejando a criterio del profesional o político-criminal el hacer uso o no de los resultados empíricos, el científico no podría librarse de su responsabilidad. Aparentemente hay divergencia en la manera de percibir la discontinuidad que existe en la problemática de ciencia y práctica o la llamada ruptura de la racionalidad entre ambas culturas. A raíz de las diferentes formas de cooperación a lo largo de los años, los psiquiatras, psicólogos y juristas parecen poder colaborar más fácilmente que los sociólogos y los profesionales de la práctica.

Terceiro: Debido a que en la política criminal práctica muchas funciones son determinadas por las necesidades de la política cotidiana, es difícil que una investigación criminológica que ha de ser a largo plazo sea fecunda, porque no puede resolver con suficiente rapidez los temas de investigación dictados por las necesidades del momento. Para reducir el tan lamentado déficit de información criminológica, para las decisiones en esta materia, se requiere una investigación a largo plazo, prácticamente de reserva, a cuyos resultados se pueda recurrir cuando sea necesario. Sin embargo, teniendo en cuenta de que, aún con una previsión bien informada, no siempre se pueden anticipar y satisfacer los requerimientos de investigación de los años noventa, siempre habrá que tomar decisiones en la práctica político-criminal con base en información parcial o incompleta. Aquí, una investigación referida a la aplicación sólo puede volverse activa a posteriori, a saber, a través de la investigación de la implementación y la evaluación ya mencionada que desde una perspectiva empírica al menos permite estimar el éxito.

Cuarto: Debido a que el sistema del derecho penal se encuentra en constante cambio, hecho ilustrado por la plétora de leyes, la investigación casi siempre está a la zaga de la realidad. Por esa única razón existe una necesidad aparentemente infinita de conocimiento empírico con respecto a la situación de la justicia criminal vigente en este momento.

Quinto: Los resultados criminológicos, por ambiguos que sean, y por equivocados que se consideren, han desempeñado, al menos, un papel nada despreciable en la discusión político-criminal de las últimas décadas. Las correlaciones significativas entre la investigación científico-pragmática y la decisión jurídico-penal radican particularmente en la influencia que recibe el derecho penal de los nuevos avances en los campos de la biología y la medicina, en lo que respecta el principio y el final de la vida, así como la admisibilidad de las intervenciones biotecnológicas. Otro caso de aplicación es la influencia de los resultados criminológico-victimológicos en la legislación para la protección de la víctima. Asimismo, la criminología ha llamado la atención sobre una serie de restricciones y prejuicios de la política criminal tradicional. Sobre todo en la criminalidad de "saco y corbata" en la cifra oscura y en los procesos de selección y estigmatización, así como en la posición deficitaria de la víctima, ha destacado las restricciones a la igualdad y la justicia – si bien no intencionales, pero empíricamente comprobables – que han surgido en la práctica penal tradicional. La detección de la orientación jurídico-penal de las consecuencias, así como de las desigualdades en la graduación de sanciones y en los trámites informales se debe, en primera línea, al análisis de orientación empírica; fue antes de que estos aspectos se incluyeran en el acervo de conocimientos de la política criminal. Una comparación

del derecho y la realidad después de la reforma del derecho penal, así como un control del programa de resoluciones legales y su implementación, no serían factibles sin la aportación científico-empírica. Por lo tanto, en términos generales, la orientación empírico-racional ha logrado imponerse. Es lógico suponer que las convergencias entre la criminología, el derecho penal y la política legislativa penal, hoy en día son mayores que en cualquier otro momento de la historia.

DA IGUALDADE

Hélio Ourem

Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMape. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco. Colaborador do "Bureau" Jurídico. Juiz Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Delegado eleito pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na Associação Nacional dos Juizes Federais - AJUFE (1996/1997).

SUMÁRIO

1- Introdução. 2- Critérios relevantes. 2.1- Proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei. 2.2- Dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva. 2.2.1- Confisco e capacidade contributiva. 2.2.2- Família e capacidade contributiva. 2.3- Atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade dos tributos. 2.4- Afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação (benefícios, isenções/extrafiscalidade) que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento. 3- A igualdade e os seus "contraprincípios". 3.1-Praticabilidade. 3.2- Seletividade. 4- Fixidez dos tributos e graduação segundo a capacidade contributiva. 4.1- Espécies tributárias em geral. 4.2- Contribuições. 4.3- Empréstimos compulsórios. 5. Igualdade: um princípio de mão dupla. 6- Anotações. 7- Referências bibliográficas.

1- Introdução

Dizia Aristóteles que "o injusto é o desigual e o justo é o igual"⁽¹⁾.

Mas a dificuldade reside em saber quais os critérios que devem ser empregados para se decidir o que é igual.

Chaim Perelman afirma que qualquer concreto conceito de igualdade implica uma concepção particular de mundo, o que deriva de uma questão axiológica⁽²⁾.

Não nos esqueçamos que para Aristóteles as mulheres, as crianças, os escravos e os bárbaros eram inferiores (redução especial do critério do mérito) aos cidadãos gregos, sem que com isso houvesse quebra do princípio.

Montesquieu, invocando a igualdade, buscou manter os tribunais especiais para os nobres. Pois dizia: o menor dos cidadãos, em um Estado livre, deve ser julgado por seus pares. Suas palavras: “Embora em geral o poder de julgar não deva estar unido à parte legislativa, isto está sujeito a três exceções fundadas sob o interesse particular daquele que deve ser julgado. A proteção dos nobres é a primeira dessas exceções”⁽³⁾.

A Corte de Cassação da Bélgica, afastou (decisão de 11.11.1889) a condição de advogado de “uma mulher belga, doutora em Direito e preenchendo todas as condições requeridas”, sob a seguinte justificativa: “se o legislador não exclui por uma disposição legal formal as mulheres do tribunal é porque ele tomou como axioma tão evidente que não era necessário anunciar que o serviço da justiça era reservado aos homens.”

E não menos espantoso: Robespierre, Fabre, D'Eglantine eram contrários à progressividade na tributação e à isenção do mínimo indispensável à vida⁽⁴⁾.

Nos EEUU, a cortejada Corte, em nome do princípio da igualdade, admitia escolas públicas apenas para os brancos. Afinal, o princípio restava observado se, em escolas de negros, todos os negros fossem tratados igualmente. (Plessy versus Ferguson).

Foi só em 1954 que aquela Casa alterou este entendimento. (Brown versus Board of Education)⁽⁵⁾.

Outros exemplos poderiam ser apresentados, mas estes satisfazem.

Se a igualdade é una, assim o é para o seu tempo e espaço.

Só a história futura dir-nos-á se, no Brasil, os desdobramentos desse princípio serão tão-somente aparentes.

Mas, certos contrastes nos fornecerão indícios mais ou menos seguros de que ela não vindo a ser razoavelmente observada provocará revolta e delito, inclusive o fiscal.

Sabendo-se que a miséria enfraquece o consumo e limita o crescimento econômico e a riqueza da nação, mesmo aos mais ricos, não deve ser de interesse aprofundá-la.

Ao Direito Tributário não cabe um papel isolado, mas a ele comporta uma parcela de cumprimento juridicamente possível em um Estado Democrático de Direito (arts. 1./3. Const. Rep. /88).

Para tanto, é necessário a escolha de critérios de comparação, que serão relativos, pois apenas se compara o que não é absolutamente igual em todos os aspectos.

O que deve ser desprezado e o que deve ser levado em conta? Quais as características relevantes?

Perelman, em seus estudos sobre a questão da justiça formal, observa que mesmo diante da mais profunda divergência escondem-se pontos comuns.

Partidários do critério do mérito, ou das necessidades de cada um, ou das situações sociais, ou de raças etc. , estariam a defender “um princípio de tratamento, de acordo com o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira e modo”⁽⁶⁾. Um conceito de justiça formal.

É de se concluir que, pela escolha do que é relevante, jamais se entraria em conflito com uma igualdade de natureza meramente formal.

Esta pressupõe:

1. dessemelhança “relativa” entre os seres;
2. possibilidade de comparação através de critérios;
3. variação histórica, de carácter axiológico, dos critérios.

Entendemos que será a Constituição de cada país que elegerá os seus critérios. E serão os seus intérpretes a quem caberá a missão de lhes conferir aspectos concretos.

Em um Estado democrático e social, os direitos fundamentais não permanecem sendo vistos como limitações às ações do Estado, mas devem assegurar a dignidade dos indivíduos e o desenvolvimento de suas personalidades. E tudo isso passa por uma prioridade pela educação.

Esse Estado não se contenta com programas descumpridos, mas exige a efetividade.

Naturalmente que devem sofrer a interpretação do princípio da igualdade essas influências e as conseqüências dessa evolução.

Por essa linha de raciocínio, não cabe invocar a igualdade em defesa da manutenção da desigualdade quer de origem, quer de sexo, quer de raça etc. .

A reação aos privilégios a que se propôs a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, merece uma leitura cada vez mais aprimorada.

De um Estado neutro do liberalismo econômico (Estado policial) partimos para um Estado democrático e social.

Do realce aos aspectos negativos do princípio à sua efetividade positiva, nesse caminho, iremos nos encontrar com a generalidade, com a universalidade, com a capacidade contributiva, com a seletividade, com a progressividade (V. inc. I, par. 2., art. 153; par. 1., art. 145; inc. III, par.2 e al. "g", inc. XII, par. 2., art. 155; par. 1., art. 156; inc. II, par. 4., art. 182, Const. Rep./88). (1-n).

Abandonando a igualdade formal de um liberalismo clássico, impulsionamo-nos para uma igualdade de carácter econômico-material.

Com isso não se renuncia às clássicas conquistas, mas há a proposta por conciliar a liberdade com a solidariedade.

2. Critérios relevantes

É a nossa própria Constituição que os elege.

Origem, raça, sexo, cor, idade, por serem considerados discriminatórios, desde logo são afastados. (inc. IV, art. 3.).

Os critérios de contraste são:

1. proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei;
2. dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva;
3. atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade dos tributos;
4. afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação (benefícios, isenções/extrafiscalidade) que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento.

Todos eles são elementos de possível aplicação em um mesmo momento histórico e em um mesmo Estado. A adequabilidade de seus efeitos dependerá, em muito, do grau cultural da coletividade.

A educação é a pedra de toque contra o arbítrio disfarçado.

2.1. Proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei

Estado Democrático de Direito e segurança jurídica não se chocam.

A igualdade perante a lei (art. 5., "caput" Const. Rep./88) é antes de mais nada a exigência de lei que não consagre o arbítrio e de uma aplicação que não se colha em zigue-zague.

Não nos abatem com o argumento de uma “ciência”, se caso pretenda-a “pura”. Não fugimos à história e aos seus valores.

Vários são os instrumentos que se nos põem a serviço (art.5. Const. Rep./88): petição aos poderes públicos e obtenção de certidões sem o pagamento de taxas (inc. XXXIV); ubiqüidade da justiça (inc. XXXV); inexistência de júzo ou tribunal de exceção (inc. XXXVI); devido processo legal e devido procedimento administrativo (incs. LIII/LV); assistência judiciária integral e gratuita aos mais pobres (inc. LXXIV) etc.

Como se vê, hoje, se é intensa a responsabilidade de todas as autoridades públicas, merece destaque a importância da atuação das judiciais. Mais tímidas, esconderão, com interpretações restritivas, a plena efetividade constitucional.

Sendo o ato de aplicação das normas não um mero momento lógico, mas dotado de um evidente cunho axiológico, cada vez mais se torna necessário a mais ampla publicidade dos atos das autoridades que têm por missão aplicá-las e, sobretudo, das judiciais.

Será pela motivação pública que se saberá se é momento de não distinguir.

E não cabe discricionariedade que não possa ser fundamentada em público.

Em direito tributário, que não é afenso ao que acabou de ser dito, encontramos traços que lhe são mais marcantes.

Considera a Constituição:

1. a igualdade entre as pessoas políticas da Federação (União, Estados, Municípios). art. 18, “caput”; art. 151 e incs., art. 152 Const. Rep./88.
2. a igualdade entre os contribuintes dotados da mesma capacidade econômica, sendo irrelevantes raça, sexo, cor, idade, ocupação profissional

ou função exercida (parlamentares, militares, magistrados etc.), inc. III, art.

3. c/c inc. II, art. 150; par. 1., art. 145 Const. Rep./88.

E não será demais lembrarmos de que a Revolução Francesa de 1789 também foi inspirada no fato de os nobres, o clero e os militares não pagarem impostos.

De há muito foi superada a resposta do Bispo de Sans de que o costume antigo era que o povo contribuísse com os seus bens, a nobreza com o seu sangue e o clero com suas preces. Não será preciso um novo apelo de um Richelieu.

Finalmente, para colimar o tópico que enfrentamos, buscamos o auxílio das rápidas, mas precisas, conclusões do notável trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, em vez de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não-residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo”- que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III – a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator discrimenes adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimenes, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita”.⁽⁷⁾

2.2. Dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva

Entre os critérios comparativos é o da capacidade contributiva, em direito tributário e especialmente para os impostos, o principal. Logo, a despeito de não ser o único, é o que deve ser aplicado como regra.

Já tendo estado presente de maneira expressa na Constituição de 1946 o art. 202, e sido considerado implícito na Constituição de 1967/69, ressurge em nossa Constituição vigente.

Um sacrifício o mais possível igual para todos.

Isso chega a ser tão importante que a própria Constituição, em respeito a critérios outros que não o da capacidade econômica, predica diretamente certas imunidades, (inc. VI, art. 150; par. 2, inc. II e par. 4, art. 153; par. 2, inc. X, als. “a” e “b”, art. 155; par. 5, art. 184, etc. Const. Rep./88).

Assim, entendeu a nossa Constituição que pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos com renda exclusiva de trabalho; ou que pequenas glebas rurais exploradas por proprietário que não possua outro imóvel, embutiam uma importância superior à da obediência estrita à capacidade contributiva.

Mais: se este raciocínio foi considerado plausível de maneira expressa, entendemos, nesta mesma linha, que de maneira implícita ficava a extrafiscalidade, desde que não destoante com os fundamentos e objetivos da República (arts. 1./3. Const. Rep./88), consagrada.

Em uma construção adequada da igualdade, é possível conviverem em um mesmo sistema normas que predicam o resguardo do mínimo indispensável a uma existência digna para o contribuinte e sua família e a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País (inc. I, art. 151 Const. Rep./88).

O que não comporta isenções que outro fundamento não tenham senão o de mero pretexto.

Direito violado não deve ser direito modificado. Que se combata a violação.

Ademais, a obediência à capacidade contributiva de modo algum poderá prejudicar a possibilidade de investimentos pelos contribuintes, o desenvolvimento do exercício pleno e social de suas atividades econômicas; pois ao contrário, isso vem implícito no próprio princípio e foi, exatamente este, o motivo que levou à rejeição várias emendas apresentadas ao Projeto da atual Constituição, que buscavam deixar ainda mais clara essa evidência. (EMENDA n. 14.325, apresentada aos 13.08.87, Autor: Olav Pires-PMDB.RO; Emenda n. 17.278, apresentada aos 13.08.87, Autor: Paulo Roberto Cunha-PDC.GO; EMENDA n.19.897, apresentada aos 13.08.87, Autor: Roberto Balestra-PDC.GO; EMENDA n. 30.082, apresentada aos 04.09.87, Autor: Roberto Balestra, PDC-GO; EMENDA n. 31.208, apresentada aos 04.09.87, Autor: Paulo Roberto Cunha- PDC.GO, etc.)

2.2.1. Confisco e capacidade contributiva

Merece destaque que, se ao defendermos a capacidade contributiva, estaremos, também, defendendo a vedação ao confisco; ao defendermos, por si só, a vedação ao confisco não estaremos com isso propugnando pela obediência à capacidade contributiva.

A vedação ao confisco não compara; enquanto a graduação pela capacidade contributiva toma assento na comparação.

A vedação ao confisco, posta isoladamente, apenas atende aos intentos de um liberalismo anacrônico.

Um Estado democrático e social não se contenta com isso. Vai além. Vai em busca do cumprimento da função social da propriedade. Vai em busca das possibilidades de cada cidadão em contribuir com o Estado.

2.2.2. Família e capacidade contributiva

Foi a nossa vigente Constituição que determinou a existência de um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família (inc. IV, art. 7).

A isto, acresceu a irredutibilidade do salário (inc. VI, art. 7.)

Deu a família a especial proteção do Estado (art. 226).

Determinou a lei que facilitasse a conversão do concubinato em casamento (par. 3, art. 226).

Ratificou o dever de assistência aos filhos pelos pais (art. 229).

Determinou que o planejamento familiar ficava à livre e consciente decisão do casal (par. 7, art. 226).

Ora, diante de tudo isso, temos por coerente e lógica a conclusão de que o fato de se ter família, e constituída por casamento, não serve nem pode servir para agravar a carga tributária.

No entanto, por projeto de lei complementar encaminhado ao Congresso Nacional em março de 1990, constava que, se no regime de comunhão de bens, os cônjuges seriam tributados em conjunto.

Dessa forma, pela progressividade das alíquotas do imposto de renda, poder-se-ia chegar ao absurdo do desprestígio ao casamento delineado pelo Estado. Um constrangimento ao concubinato ou ao divórcio como forma de atenuar a progressividade do imposto.

Mais: o só fato de a Constituição apresentar tais regras, parece ter servido como estímulo para que a lei viesse a reduzir a progressividade, pois assim procedeu quando desconsiderou encargos pessoais e familiares de um modo geral.

A lei do imposto de renda não pode limitar o número de deduções por dependente, nem ignorar os gastos com educação e plena assistência devida aos filhos, por exemplo. Nem tampouco diferir no tempo o exercício do direito de dedução. Ao contrário, deve assegurá-lo sem rodeios, por maior que seja a sede fiscal.

Imposto de renda objetivo é um “*non sense*”. (2-n).

2.3. Atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade dos tributos

Progressividade:

Há mais de dez anos, quando começou o questionamento das práticas adotadas pela Receita Federal, o colunista conheceu um jurista, de nome Henry Tilbery, apresentado a ele por um colega de escritório que tratava como a um mestre.

Através da leitura dos livros de Tilbery, tomou contato com as discussões teóricas sobre justiça tributária que acabaram permitindo à cultura universal e à ciência tributária incorporar um conceito de profundo conteúdo ético, chamado de progressividade dos tributos.

Coloquem-se duas pessoas com fome frente a um prato cheio de rodelas de pão, dizia o exemplo. As duas primeiras rodelas servirão para saciar sua fome. As rodelas seguintes, para degustação. Se houver mais rodelas no prato, sua importância será mínima, possivelmente ficarão no prato ou serão servidas ao cachorrinho da família.

Como as primeiras moedas de um renda servem para satisfazer necessidades básicas, tem que sofrer uma tributação mais baixa. À medida que a renda aumenta, as moedas seguintes passam a ser cada vez menos essenciais, ficando expostas a uma tributação progressivamente maior.

Essa discussão subverteu completamente o conceito convencional de igualdade, ajudando a conferir conteúdo ético e legitimação social aos sistemas tributários sem retirar eficiência da economia.

O colega de escritório, a quem até hoje o colunista é grato por ter-lhe proporcionado o indizível prazer de conhecer as idéias e a pessoa de Henry Tilbery, era o advogado Ives Sandra da Silva Martins” (LUIZ NASSIF, Folha de São Paulo – Dinheiro. 04.06.92. p. 2-3).

Proporcionalidade é um princípio neutro. Próprio a um liberalismo econômico. É fixada uma alíquota uniforme que permanece a mesma ante as distintas forças econômicas.

“*Leave them as you find them*”. A tributação deixando as pessoas tais quais as encontrou. Nada se altera.

Como se vê, em regra, a proporcionalidade contende com um Estado democrático e social, pois assegura a neutralidade diante das injustiças sociais. Neste, mesmo admitindo-se a distância entre o ideal e o real, emprega-

se o direito tributário como um meio, em que pese condicionado e limitado, de redução de déficit de justiça⁽⁸⁾.

Logo, é pela progressividade que se inclina essa nova concepção de Estado.

À medida que vai aumentando a capacidade econômica, a demonstração de riqueza, também, elevam-se as alíquotas.

Obviamente, não se está falando de uma progressão infinita, que acarrete desestímulo e decréscimo de produtividade.

Além do mais, caberá ao cidadão impor-se em seus direitos; pois do contrário, os novos preços transferirão, integralmente, a carga tributária.

Na progressividade, também não devem ser desconsiderados aspectos como os que se seguem:

- a) a renda fruto do esforço do homem, do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras por exemplo;
- b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;
- c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias devem ser consideradas de um modo especial; pois em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.

Quanto ao imposto de renda, entre nós, a opção progressiva, já perfeitamente apresentada em via implícita, veio a ser, por uma questão de segurança que combate o receio da desobediência, redundantemente disposta (par., inc. I, art. 153 Const. Rep./88).

E já era observado, em face do sistema tributário italiano, por Biscaretti di Ruffia: “é informado por critérios de progressividade, já que a igualdade, entendida

corretamente, impõe, precisamente, que aquele que goza de rendas mais elevadas deve contribuir aos gastos públicos com uma percentagem progressivamente mais alta do que os que gozam de rendas exíguas”⁽⁹⁾.

Enfim, entendemos: “sempre que possível” os impostos (patrimônio e sucessão) e, não apenas o imposto de renda, deverão ser progressivos.

Evidentemente que a progressividade não deve invadir a esfera do confisco, mas deste só se poderá falar quando cumprida a função social da propriedade.

Quanto à progressividade e às necessidades de família, assunto há pouco comentado, apenas acrescentamos a atitude tomada pelo Tribunal Constitucional espanhol (20.02.1989), munindo-nos do raciocínio de que, se o casamento e a família estão sob a especial proteção do ordenamento jurídico, é inconstitucional a incidência de alíquotas progressivas geradas por essas circunstâncias.

Aquele Tribunal declarou inconstitucional a lei do imposto de renda que obrigava a tributação conjunta dos cônjuges, tendo por fundamento o princípio da igualdade, o direito à intimidade e a obrigação de proteger a família.

E, como consequência, adveio uma nova lei que tratou de reparar o equívoco de constitucionalidade. (Lei de Adaptação n. 20/89).

No Brasil, a lei “ainda” faculta a tributação em separado dos cônjuges no imposto de renda.

2.4. Afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação (benefícios, isenções/extrafiscalidade) que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento

“... o sistema tributário – enquanto o tributo continua sendo basicamente fonte de ingresso – deve responder fundamentalmente ao princípio da capacidade contributiva”.

Então esclarece, referindo-se à extrafiscalidade:

“Porém, pode ser utilizado com outras finalidades e estabelecido com vista a outros critérios, desde que tais fins e critérios não conculquem a Constituição, ou melhor, sejam por ela protegidos.”

(LAPATZA, Ferreiro, *Curso de Derecho Financiero Espanol*, 7. ed., Madrid, 1971, p. 451 apud SIARDINO, Cleber e ATALIBA, Geraldo. Itributabilidade das Correções Monetárias/Capacidade Contributiva in *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*, p. 144).

Sem que se afaste a natureza de critério básico da justiça tributária à capacidade contributiva, é necessário que se reconheça que, em certas situações, devem ser declinados outros critérios.

Foi a própria Constituição que, no Brasil, determinou isso.

Falamos sobre a existência das imunidades tributárias que atende a critérios como os da harmonia entre os entes políticos de nossa Federação, liberdade de crença, organização político-partidária e sindical, manifestação do pensamento. (als. “a” / “d”, inc. VI. art. 150 Const. Rep./88). A esses, acrescentemos o da busca por uma maior competitividade para a exportação de manufaturados (inc. III, par. 3., art. 153; al. “a”, inc. X e al. “e”, inc. XII, art. 155; inc. II, par. 4, art. 156 Const. Rep./88) e o do interesse social pela transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (par. 5., art. 184 Const. Rep./88).

Ou mesmo a progressividade como uma forma de se assegurar o cumprimento da função social da propriedade (par. 1, art. 156 Const. Rep./88).

Ora, poderíamos continuar no garimpo de exemplos, mas esses nos bastam para concluir: critérios, que não o

geral, o da capacidade contributiva, existem e foram consagrados na Constituição. E sempre sob a consideração dos objetivos e dos fundamentos da República. Logo, a extrafiscalidade foi expressamente admitida no Texto Constitucional.

Com ela não se almeja, prioritariamente, o provimento, com meios financeiros, dos cofres do Estado, mas a atenção a outras circunstâncias que venham a ser mais importantes.

Dáí o estímulo ou o desestímulo de comportamentos, através de uma tributação regressiva ou progressiva, é inclusive pela concessão de imunidade e isenções.

Pela extrafiscalidade, em nome dos superiores interesses sociais ou econômicos da coletividade, é justificada uma maior ou menor agressividade fiscal.

Mas, contra a revanche dos interesses particulares não se contrapõe a insuficiente educação dos cidadãos.

Portanto, não é sempre tão simples distinguirmos os desvios dos fins fiscais, dos fins extrafiscais, sobretudo no Brasil.

Somos do entendimento de que só a existência efetiva dos chamados planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento é que nos fornecerão uma maior consistência na verificabilidade. (inc. IV, art. 48; pars. 4. e 6., art. 165; par. 1., art. 174 Const. Rep./88). Uma difícil, mas necessária missão a ser cumprida pelo Congresso Nacional.

Não haverá chance, a mais remota, de um desenvolvimento nacional equilibrado sem um planejamento e anual acompanhamento dos efeitos das isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

Mas, nem a “comunidade jurídica” cumpre o dever de cidadania que, consiste no acompanhamento de tais questões.

Sobre isto pouco se discute, pelo menos entre os “desinteressados”. Seria chato e enfadonho (...).

Se, hoje, nem mesmo importa a elaboração de um plano diretor municipal (par. 1., art. 182; inc., art. 20; inc. I, art. 24; inc. VIII, art. 30 Const. Rep./88), parece estarmos distantes do dia em que o planejamento regional e nacional trará algum interesse. E com isso a igualdade provável, cada vez mais, fica distante de uma igualdade possível.

Assim, os critérios de comparação extrafiscais chegam, por evidência, a uma muito complexa aplicação, sem desvios.

“Igual tratamento para seres da mesma categoria essencial”. Mas como encontraríamos esses novos critérios senão com uma melhor atenção educacional à nossa população?

Enquanto isso: isenções, anistias, remissões, subsídios, benefícios, o que vem, apenas, provocando o Planejamento Tributário das empresas, quer diretamente (impedindo, retardando ou reduzindo o ônus financeiro do tributo), quer indiretamente (aumentando a carga financeira de um tributo que seja dedutível, ou creditável contra outro tributo).

3. A igualdade e os seus “contraprincípios”

Tipke afirmou: “Assim, o princípio da igualdade “proíbe” ao legislador adotar a lógica da valoração nula (sem efeito), pois no mínimo ele precisa justificar-se por meio de um outro princípio (contraprincípio ou exceção)”⁽¹⁰⁾.

A praticabilidade e a seletividade podem ser admitidas como atenuações, previstas constitucionalmente, à igualdade.

Vejamos cada uma delas.

3.1. Praticabilidade

Trata-se de um princípio jurídico que, não encontrando formulação expressa em norma escrita, achase difuso no ordenamento jurídico. Na literatura nacional, dele pouco se fala. Apenas são feitos comentários sobre economicidade, utilidade e exequibilidade. Mesmo na literatura estrangeira, não vem sendo alvo de estudos sistemáticos, com raras exceções⁽¹¹⁾.

É por essa denominação que se chamam os meios e técnicas utilizáveis para tornar simples e viável a aplicação das leis.

Não é exclusiva do direito tributário, porquanto atenda ao direito de uma forma geral. É afeta ao Poder Legislativo, por conseguinte, para a elaboração das normas, ele se utiliza de abstrações generalizantes, conceitos e esquemas. Assim procede não apenas por razão de segurança, mas para viabilizar a execução de sua atividade demiúrgica.

Com isso se evita a investigação exaustiva do caso isolado, reduzindo os custos para a aplicação da lei. E se dispensa a colheita de provas difíceis ou impossíveis no caso concreto.

Presunções, ficções e quantificações legais, tributação na fonte, eleição de responsáveis e substitutos tributários, são maneiras de demonstrar a existência do princípio da praticabilidade.

Servindo à uniformidade (não discriminação), pode não servir à graduação econômica do tributo em face de cada contribuinte, ou mesmo não servir à justiça.

É por isso que, de regra, são relativas as presunções, admitindo-se prova em contrário.

Afeta, também, o Poder Executivo, possibilitando a execução em massa das leis. O lançamento para a cobrança de tributos é um exemplo.

Decretos regulamentares e outros atos administrativos servem ao princípio da praticabilidade, quando buscam soluções mais simples, cômodas e econômicas.

Um raciocínio “tipificante.”

Sendo administrar, aplicar a lei de ofício, é, algumas vezes, necessário aplicá-la em massa.

E na busca da não-discriminação, surgem os tipos e conceitos de presunção.

Tabelas ou pautas de valores (IPVA, IPTU, etc.) são fixadas pelo Poder Executivo com a estimação de um preço médio de mercado. Não descendo inteiramente às possíveis distinções do caso concreto, fixa um padrão.

No entanto, este padrão, em nome do princípio da verdade material, tem o valor processual de uma presunção legal relativa.

“Regras de experiência” não devem revestir-se de presunção legal absoluta (certeza jurídica a algo que é provável) ou de ficção legal (a ficção dá como certo algo que se sabe não sê-lo).

Possível até a implantação de pautas, plantas ou mapas de valores genéricos que, por decreto, viessem a funcionar como piso mínimo para móveis e imóveis. Permitindo-se ao contribuinte declarar um valor inferior que entendesse como o real. Nesse caso, procederia a Administração à investigação exaustiva.⁽¹²⁾

Senão nestes termos, vemos a praticabilidade como atenuação inconstitucional da igualdade.

3.2. Seletividade

Trata-se de um desdobramento do princípio da praticabilidade.

Diante da seletividade não se pode falar com respeito à capacidade contributiva em sentido pleno, pelo menos não de uma capacidade contributiva pessoal-individual.

Nem tampouco de igualdade proporcional, pois os gêneros de primeira necessidade, se isentos, também serão adquiridos pelos mais ricos (3-n).

A Constituição Federal vigente, reconhecendo as dificuldades da aplicação de princípios como o da capacidade contributiva, diante de impostos que são suportados pelo consumidor final, pois transferidos por industriais e comerciantes os encargos tributários, tratou de expressamente dispor da técnica da seletividade para o IPI e para o ICMS (inc. I, par. 3., art. 153; inc. III, par. 2., art. 155).

E, nessa situação, é que Fritz Neumark chegou a distinguir uma capacidade contributiva pessoal-individual, de outra, genérico-objetiva.

O que mereceu de Gunter Schmolders críticas a este “sacrifício objetivo” do indivíduo. Comenta: “Essa tese decorre manifestamente da suposição de que certos objetos, por causa de seu específico valor, incorporam “em si” uma certa capacidade que se deixa justamente transparecer na aquisição, propriedade ou consumo”⁽¹³⁾.

Assim, em sentido impróprio, é que caberia falar em capacidade contributiva objetiva. Nesse sentido, seria a capacidade contributiva extensível à seletividade.

Pela seletividade é possível que se eleve, substancialmente, a carga tributária sobre produtos de luxo ou supérfluos. De tanto, seria reduzido o mercado consumidor em função do produto.

4. Fixidez dos tributos e graduação segundo a capacidade contributiva

4.1. Espécies tributárias em geral

Ensinou Hensel: “à medida que melhor se aplica à capacidade contributiva é o valor, dado que essa, mais do que qualquer outra, toma em consideração a capacidade oferecida pelo objeto taxado de suportar o tributo”.⁽¹⁴⁾

Já vimos que nos impostos, sendo a pessoalidade de inviável aplicação, impõe-se a consideração do valor em sua base de cálculo.

Também nas taxas e contribuições de melhoria deve-se ter em conta o custo-valor da atuação do Estado, dividindo-o segundo o grau de utilização ou vantagem econômica decorrente da obra para o imóvel do contribuinte.

Disso retiramos a conclusão de que, em regra, nenhum tributo deve ser fixo, em que pese a existência de taxas sem alíquota (pedágio, certidões, etc.).

Outra questão é a de saber se todos os tributos podem ser graduados segundo a capacidade contributiva.

Entre nós, há norma expressa para os impostos (par. 1, art. 145 Const. Rep./88).

Mas, sirvamo-nos do auxílio do direito comparado e verifiquemos como se comporta diante dessa questão.

Na Itália (art. 53), o princípio constitucional da capacidade contributiva não encontra extensibilidade expressa apenas aos impostos. Entretanto, grande parte da doutrina italiana defende essa restrição.

Na Alemanha (arts. 104/115), a doutrina em geral age de uma mesma maneira.

No Brasil, entretanto, não são raros os que defendem a aplicação desse princípio a todos os tributos.

Nesse sentido, destacaremos a opinião de Sampaio Dória.⁽¹⁵⁾

Ele exemplifica serem legítimas: taxas de registro graduadas em razão do valor dos documentos; custas judiciais variáveis proporcionalmente ao valor da demanda; taxas sanitárias ou de coleta de lixo graduadas pela testada do imóvel; taxa calculada de acordo com o percentual progressivo sobre o capital das empresas; taxas de pedágio variáveis segundo o tipo ou o peso dos veículos que trafegam por estradas públicas.

E são, inclusive, estes exemplos que atestam a extrema dificuldade técnica de graduação das taxas segundo uma capacidade contributiva pessoal.

Como as bases de cálculo das taxas mensuram a atuação estatal (serviço público específico e divisível ou exercício de poder de polícia), devem corresponder ao custo desta atuação.

Ora, as bases de cálculo das taxas não devem ser as mesmas dos impostos (par. 2., art. 145 Const. Rep./88).

Taxa com base de cálculo de imposto, é imposto. O que acarretaria pluritributação e questão de invasão de competência.

Capital de empresas ou valor de documentos aferem fatos que não se confundem com a atuação estatal. Logo, não podem servir de hipótese para a incidência de taxas.

Em contrapartida, se o peso do veículo ou a testada do imóvel vierem a ser entendidos como fatores de maior desgaste das estradas; ou de um mais elevado custo, por sua maior área, para com a limpeza pública, não parece que estaríamos diante de uma graduação pela capacidade de contribuir, mas de um outro critério de manifestação do princípio da igualdade.

Assim, voltamos àquela afirmação de que, a despeito de o principal, não é a capacidade econômica critério que esgote a igualdade.

Com isto não estamos a dizer que não seja possível a isenção de certas taxas para os mais pobres, cujo fundamento está na incapacidade contributiva.

O que se encontra em perfeita sintonia com a não-incidência de taxas sobre os que comprovam insuficiência de recursos, o que vem a acarretar a gratuidade da assistência jurídica, do registro civil, da certidão de óbito. (incs. LXXIV e LXXVI, art. 5. Const. Rep./88).

Também seriam contestáveis as taxas exorbitantes que viessem a promover tributação desmedida sem o amparo de uma razoável motivação extrafiscal.

Mesmo diante das chamadas tarifas de serviços públicos, em um Estado Democrático de Direito, não se pode desconsiderar a absoluta incapacidade de pagamento, e com isso privar um cidadão e sua família de serviços públicos essenciais, tais como água, esgoto, energia elétrica, desde que não ultrapassem a tarifa mínima estabelecida (4-n).

Um compromisso da sociedade para com o indivíduo, mas também deste para com aquela.

Porém, se há o dever do legislador de graduar as taxas pela divisibilidade do serviço prestado, parece-nos não ser adequado, dada a distinção técnica entre as espécies de tributos e a rigidez do nosso Sistema Tributário, falarmos quanto às taxas em graduação segundo a capacidade econômica do sujeito passivo.

Apenas se viéssemos a cogitar de capacidade contributiva objetiva, incidente sobre determinados serviços, e com isto adotando o sentido impróprio, é que poderíamos admitir a sua aplicação às taxas.

Entendemos que o mesmo não ocorre quanto à contribuição de melhoria (5-n).

Não deve ser qualquer obra pública imposta como o seu fato gerador. É necessário que da obra decorra valorização imobiliária. É necessário que se respeite o limite de valorização individual que dela seja proveniente. (inc. III, art. 145 Const. Rep. c/c art. 81 Código Tributário Nacional).

Logo, tem o legislador o dever de graduá-la segundo um teto obtido pelo acréscimo de valor do imóvel.

E é disso que retiramos a conclusão de que tendo havido aumento de riqueza, submete-se o tributo à capacidade contributiva pessoal.

Isso não indica que não se sujeite, também essa espécie tributária, ao mínimo necessário para a manutenção do contribuinte e de sua família. Se isso puder vir a

ser perturbado pela imposição tributária, ela será indevida, pois objetivo fundamental da República é o de erradicar a pobreza e não os pobres. (inc. III, art. 3. Const. Rep.).

No Brasil, o Poder Judiciário, para dimensionar o mínimo necessário, deverá lançar mão do critério da razoabilidade e de provas técnicas (p.ex. aferição de cesta básica, de aluguel médio em bairros populares na região, de valor médio com gastos de transporte, de material escolar despendido com membros da família etc. Ver inc. IV, art. 7. Constituição da República).

Finalmente, vale observar, por exemplo, que, em Pernambuco, no Município de Rio Formoso, há no Distrito de Tamandaré, onde casas luxuosas de veranistas convivem com toscas moradias dos nativos, a possibilidade de isenção, em se tratando de contribuição de melhoria. Tributo de complexa e pouco explorada aplicação no Brasil.

Muitos indícios não encontram amparo na realidade (6-n).

4.2. Contribuições

Entendemos que este tema, no direito nacional, foi exposto, com forte poder de convicção, por Geraldo Ataliba.

Diz este autor, após conceituar o que chama de “verdadeira” contribuição como sendo o tributo em cuja materialidade de sua hipótese de incidência encontra-se uma atuação estatal mediata ou indiretamente referida ao obrigado: “Por isso, um tributo, designado contribuição, no Brasil (salvo a de melhoria), pode ser efetivamente uma contribuição entendida como espécie de tributo vinculado, dotada de hipótese de incidência típica – ou pode ser imposto; quer dizer: o que constitucionalmente é designado por contribuição, no Brasil, pode ter hipótese de incidência de verdadeira contribuição ou imposto.

Neste último caso, submete-se ao regime jurídico-constitucional do imposto (...)”⁽¹⁶⁾

Resta então indagar sobre as considerações que faz o mesmo autor a respeito do que chamou de “Regime de imposto.”

São as seguintes: “Difícilmente surgem contribuições cuja hipótese de incidência corresponde ao exato conceito técnico-jurídico da espécie. Salvo a “de melhoria”, no Brasil, todas as contribuições têm tido hipóteses de incidência de imposto, na configuração que o imaginoso – mas sem técnica – legislador lhes tem dado.

A esse propósito é imprescindível considerar que a adoção, pelo legislador ordinário federal, de hipóteses de incidência de impostos que têm regime especial – por força de preceitos constitucionais – obriga-o (o legislador) a respeitar esse regime. E se ele o não fizer, o intérprete assim interpretará a lei, em acatamento à Constituição. Se isso não for possível ao intérprete, então a lei deve ser considerada inconstitucional.

Assim, se a lei adotar, para a mesma contribuição a hipótese de incidência do IPI (art. 153, IV), o tributo será “não cumulativo e seletivo” (art. 153, par. 3.); se adotar a hipótese de incidência do imposto de renda, aplicam-se as deduções e abatimentos gerais (art. 150, II) etc.

Sim, porque os valores constitucionais protegidos por esses preceitos específicos, tipificadores desses regimes especiais, não podem ser contornados, superados, nem violados, em nenhuma hipótese. (...)

Em conseqüência, as entidades imunes – **ex vi** do art. 150, VI do Texto Magno – não poderão ser sujeitos passivos de contribuição que tenha hipótese de incidência traduzida num fato qualquer não consistente em atuação estatal. Entender o contrário seria admitir que – mediante o expediente de batizar de “contribuição” um imposto – a União pudesse contornar o regime das imunidades e

postergar os princípios constitucionais fundamentais que estão em sua base".⁽¹⁷⁾

E se acrescente: sendo imposto, à contribuição aplicar-se-á o critério da capacidade contributiva, o que nos parece indiscutível.

Dito isto, e sem nos esquecermos desses raciocínios, passamos a abordar duas inquietantes contribuições e, a despeito do contagioso estímulo intelectual, de uma forma que não é nem submissa nem tampouco passiva.

Contribuições: da seguridade social e das categorias profissionais ou econômicas

Passemos, então, às contribuições para a seguridade social - INSS e às de interesse de categorias profissionais ou econômicas - OAB, etc. (art. 149 Const. Rep./88).

Seguridade Social

Até há pouco tempo, alguns tributaristas, em se tratando das contribuições recolhidas ao Instituto Nacional de Seguridade Social, ou aos que ele veio a substituir, vinham entendendo que esta espécie de contribuição era bifronte.

Taxa, para o segurado; imposto, para o empregador (7-n).

Hoje, para aqueles que as entendiam, em relação aos segurados, dado o seu caráter contraprestacional, com a natureza da taxa, adveio uma redução no apelo argumentativo, isso porque, atualmente, por a seguridade social abranger, inclusive, a assistência social (art. 194 c/ c art. 203 Const. Rep./88), que deve ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, já se pode vir a entendê-las como um imposto de destinação específica.

Esta conclusão veio a ser autorizada pelos fundamentos que se seguem:

- a) não constitui taxa nem tampouco contribuição de melhoria;
- b) admite a Constituição a Teoria dos tributos vinculados e não-vinculados / para resolver o problema da repartição de competências, o que justifica, até por questão de coerência lógica, que se tenha fechado na concepção tripartite, pois são apenas três os tributos reconhecidos por essa Escola.

Contra isto se pode aduzir:

- a) aos impostos é vedada a vinculação a órgãos, fundos ou despesas (art. 167, inc. IV, da Const. Rep./88).

Ora, no próprio inc. IV são apresentadas três exceções. Esta seria apenas mais uma dentre as exceções.

- b) o CTN determina que fato gerador de imposto é situação independente de qualquer atividade estatal específica (art. 16).

A isto se responda que os conceitos dos tributos são extraídos diretamente da Constituição, não sendo a norma constitucional condicionada, mas condicionante da inferior.

- c) um outro contra-argumento é o de que a natureza jurídica de um tributo tem por irrelevante a destinação legal do produto de sua arrecadação. (inc. II, art. 4. Código Tributário Nacional).

A resposta ao contra-argumento parece satisfatória. Pois os tributos, repetimos, teriam os seus conceitos extraídos diretamente da Constituição. Logo, não seria o CTN que poderia afastá-los.

Além do que a norma do art. 4., do CTN há de ser compreendida nos seus devidos termos. Mesmo que em mais um razoável exercício exegético conclua-se que as normas que cuidam da destinação a ser dada aos recursos arrecadados não integrem o regime jurídico do tributo, ainda assim seria um imposto.

A destinação específica não seria decorrente do Direito Tributário, mas do Direito Constitucional e do Financeiro.

E a possibilidade de imposto com destinação específica teria sido firmada pela Constituição (8-n).

Para nós, como a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade (art. 195 Const. Rep./88), e também pela universalidade de suas prestações, temos esta “contribuição” como imposto.

Fica impossível a identificação da divisibilidade do serviço (salvo cobrança no momento de sua utilização) ou a referibilidade da atuação estatal. E estes são elementos indispensáveis às taxas, pois o art. 145, inc. II, da Const. Rep./88 exige para a geração deste tributo a existência de um serviço público específico e divisível.

Beneficiados com a assistência social somos todos nós. Há universalidade e indivisibilidade.

E não esqueçamos ter sido garantido, independentemente de contribuição, um salário mínimo de benefício mensal a deficientes e idosos que não possuam meios de prover ou de ter provida por suas famílias as próprias subsistências. (inc. V, art. 203 e art. 230 Const. Rep./88).

Mas isto nos termos da lei (9-n).

Contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas

As contribuições para os Conselhos Profissionais, inclusive para a OAB, têm a natureza jurídica de taxa.

São taxas de polfícia.

Nessa condição, não se sujeitam a uma capacidade contributiva subjetiva.

Apenas em sentido impróprio, capacidade contributiva objetiva, é que elas se adequariam a esse princípio.

Sendo taxa, possui caráter remuneratório, o que exige uma imediata correlação entre a ação do Estado e a pessoa chamada a contribuir.

É sob esse último ângulo que entendemos seja oportuno lançarmos mão de um exemplo que ocorre generalizadamente pelo País. Ele diz respeito às leis de custas judiciais.

É de rotina que elas estabeleçam percentuais a serem destinados a associações recreativas e de repouso para servidores de justiça, membros do Ministério Público, magistrados etc. .

Ora, não havendo relação imediata entre os seus contribuintes e o destino que é dado a tais importâncias (recreação e lazer), entendemo-las dotadas de forte suspeição de inconstitucionalidade, pois não sendo pagas sob a referibilidade de um serviço público, admite confronto em aberto com o art. 145, inc. II, da Const. Rep./88.

O custeio dessas associações particulares deve ser arcado, voluntariamente, pelos próprios sócios.

4.3. Empréstimos compulsórios

Diz Amílcar de Araújo Falcão, em sua Tese de concurso para a cátedra da Faculdade Nacional de Direito, *Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório* (R.J., 1964, p. 39): “Empréstimo compulsório é a prestação em dinheiro que o Estado ou outra entidade pública de direito interno coativamente exige, nos termos da lei, para custeio de suas próprias atividades, daqueles que possuam determinada capacidade contributiva denotada por fatos geradores legalmente previstos, condicionando-se o seu

pagamento à promessa de ulterior restituição em prazo certo ou determinado (amortizável ou perpétuo) e, eventualmente, de fluência de juros.”

E Ricardo Lobo Torres, in Tratado de Direito Tributário, vol.2, T. II, págs. 425-6: “Empréstimo compulsório é o dever fundamental consistente em prestação pecuniária que, vinculada pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva do princípio constitucional da capacidade contributiva, com a finalidade de obtenção de receita para as necessidades públicas e sob promessa de restituição, é exigida de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência especificamente outorgada pela Constituição.”

Como se pôde observar, é mais um tributo que, embora tenha os seus recursos vinculados à despesa que fundamentou a sua instituição (art. 148, Par. Un., Const. Rep./88), deve ficar submetido ao princípio da capacidade contributiva, pois devendo decorrer de uma situação do contribuinte traz fortes traços de imposto.

Não é incomum que ele venha mascarado, isto com a finalidade de manipular a categoria tributária a qual pertence.

Tal ocorre, às vezes, quando se torna obrigatória a antecipação de tributos que não devem ser pagos antecipadamente; em outras palavras, pelo exagero da carga tributária, ou mesmo fracionando uma tributação que com isso, ao menos formalmente, deixa de ser encarada por inteiro.

5. Igualdade: um princípio de mão dupla

Para encerrar este título, temos de afirmar que sendo a relação jurídica tributária, antes de tudo, uma relação jurídica, ou de direito, há de merecer a mais profunda reflexão a desigualdade que favorece o Fisco, prejudicando a parte passiva.

Entendi necessária a realização deste comentário, pois vem sendo matéria bastante comum de discussão em Juízo o fato de o Fisco, embora não permitindo a correção monetária dos seus débitos, vir exigindo os seus créditos com valores atualizados.

Nisso, há uma quebra do princípio constitucional da isonomia.

6. Anotações

1-n. A citação feita à generalidade, à universalidade, à capacidade contributiva, à seletividade e à progressividade, caminhos que devem ser percorridos pelo Estado Moderno, no direito tributário, implicará análises específicas, quanto aos três últimos institutos jurídicos, ao longo de nossa exposição.

Desde já, porém, explicamos: ao mencionar os critérios de generalidade e da universalidade como informadores do imposto de renda (inc. I, par. 2., art. 153 Const. Rep./88), entenda-se:

1. *generalidade*: todos os que auferem renda, nos termos da lei, devem se sujeitar à tributação. A existência de exceções, que devem atingir a todos os que se encontrem em situações equivalentes, devem ser informadas pelos critérios que serão expostos como relevantes, sob pena de inconstitucionalidade.
2. *universalidade*: toda renda ou provento deve ser objeto do imposto, apenas podendo, por justificativa que se compatibilize com os critérios a serem expostos, haver a exclusão de determinadas categorias.

2-n. “A L. n. 7.713/88, pretextando transformar o imposto de renda das pessoas físicas num imposto real, isto é, preocupado exclusivamente com o *quantum* a arrecadar, deixando para trás as suas tradicionais

características de imposto pessoal, moldado às condições individuais de cada contribuinte.

Por outro lado, embora a L. n. 8.134/90 tenha restabelecido algumas deduções de despesas importantes para o cômputo da renda líquida dos contribuintes (v.g., a dedutibilidade das despesas de saúde e de previdência oficial e das necessárias à manutenção da fonte produtora, como o livro-caixa dos profissionais sem vínculo empregatício), não restabeleceu as demais deduções e, inconstitucionalmente, diferiu no tempo (para 1992) o exercício do direito de deduzir o que acabara de reconhecer.

Se era clara a inconstitucionalidade da L. n. 7.713/88, por impedir deduções, mais evidente agora é a inconstitucionalidade da L. n. 8.134/90, ao procrastinar o exercício de direito que foi levado a reconhecer” (*Princípios Constitucionais Tributários, Aspectos Práticos-Aplicações Concretas*) V Congresso Brasileiro de Direito Tributário. IDEPE-Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial. Separata da Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, págs. 225-6 (Autor: José Marcos Domingues de Oliveira).

3-n. Alfredo Augusto Becker (*Teoria Geral do Direito Tributário*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1972, págs. 452-57) defendeu a inconstitucionalidade da tributação dos gêneros de primeira necessidade.

Cf. José Marcos Domingues de Oliveira (*Capacidade Contributiva-Conteúdo e Eficácia do Princípio*, Rio de Janeiro: Renovar, 1988, págs. 49 e 70); Sainz de Bujanda, in *Hacienda Y Derecho*, vol. III (1963), p. 197; Griziotti, in *Principios de Ciencia de las Finanzas*, trad. argentina, Ed. Depalma, 1949, p. 167; Baleeiro, in *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 1989, p. 259.

São imunes à tributação a aquisição de produtos de

alimentação básica, de vestuário, de higiene e de saúde; pois, do contrário, restaria violado o princípio da capacidade contributiva.

4-n. A região de limite entre a taxa e o preço público já foi chamada de “triângulo das Bermudas do direito tributário”. (DENARI, Zelmo. *Curso de Direito Tributário*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 105).

Sobre a matéria o STF, na Súmula n. 545, afirmou: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

A despeito disso, continua bastante vulnerável a distinção, sobretudo se se considera que as tarifas cobradas pelas entidades da Administração indireta ou por concessionárias de serviços públicos não são de pagamento optativo, pois o mercado é coativo e compulsório.

Daf, parecer pertinente a afirmação de Geraldo Ataliba (in *Hipótese de Incidência Tributária*, 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 171) que diz ser precária a jurisprudência do STF, arrematando com uma citação de Greco e Souza:

“(…) Destarte, na Constituição vigente, o critério para identificar a taxa e o preço não é mais a compulsoriedade ou a facultatividade, mas o tipo de atividade exercida. Se for uma atividade econômica, tal como definida no Título III da Constituição Federal, haverá preço; se for uma atividade própria do Estado, teremos taxa.
64.5.15. Pondo esta corretíssima conclusão em termos da Constituição de 1988, impõe-se afirmar que:

Se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspectivo será taxa (art. 145, II); se se tratar de

exploração de atividades econômicas (art. 173) a remuneração far-se-a por preço”.

Ainda sobre a diferença entre a taxa e preço público, tem-se como conclusão do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, o seguinte quadro diferenciativo:

Taxa.

1. temos a Taxa: pelo exercício do poder de polícia; – pela utilização efetiva ou potencial de Serviço Público.
2. remunera serviços públicos (são serviços públicos aqueles inerentes ao Estado, denominados essenciais, além daqueles cuja atividade econômica não compete originalmente à iniciativa privada).
3. os serviços públicos ínsitos à soberania do Estado e essenciais ao interesse público, inconcessíveis, são remunerados por taxas.

Preço Público.

1. remunera os demais serviços que não têm a natureza de públicos.
2. a atividade monopolizada está sujeita à cobrança de Preço Público.
3. serviços tidos como não-essenciais, que admitem a concessão, se remuneram por Preços Públicos.

(apud CASSONE, Vittorio. Direito Tributário. 2. ed./2 t., São Paulo: Atlas, 1990, p. 53).

Finalmente, sobre um assunto que é um verdadeiro sorvedouro de Teses, destacamos a posição de Sacha Calmon Navarro Coêlho:

“Agora as razões pelas quais não estamos convencidos de que é impossível às pessoas políticas cobrarem pelos serviços que prestem, através de instrumentalidades organizadas empresarialmente e pois sujeitadas ao direito privado (Direito Societário) e ao direito do trabalho, ainda que em regime de concessão de serviço público. No art. 150, par. 3. a CF/88 ao dispor sobre a não extensão da imunidade intergovernamental recíproca, às empresas concessionárias de serviço público, depois de estendê-las às Autarquias e fundações públicas, dispõe:

I-par. 3. A vedação do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

É dizer, o Estado, além das atividades econômicas exercíveis em lide concorrencial, pode, mediante instrumentalidades, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários. Não fora assim, teria sentido cuidar de imunidade de impostos entre pessoas políticas, suas instrumentalidades, prejudicando a exclusão daquelas que cobram preços ou tarifas? O art. 175 completa a ordenação da matéria e o parágrafo único dispõe:

“A lei disporá sobre:

- I – o regime de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

Só resta mesmo editar a lei requerida pela Constituição, necessária a uma segura política tarifária, em prol dos usuários.

Particularmente, entendemos que se um serviço está sujeito a um regime de direito público, o que é tarefa do legislador fixar, ele não se vende nem se compra, ao menos licitamente.

5-n. Sobre a permanência ou não, em face do Texto Constitucional de 1988 (art. 145, inc. III), dos limites total e individual que balizam a contribuição de melhoria: “(...) implicitamente tais limites permanecem, porquanto se o poder público cobrar além do ressarcimento do gasto da obra pública, além de ferir as regras relacionadas coma base de cálculo, estará, também, desvirtuando a própria espécie tributária da contribuição de melhoria. Também, no que se refere ao limite individual da valorização ou do benefício decorrente de obras públicas, se houve a tributação de uma obra que traz desvalorização imobiliária ou que traz incômodos e não benefícios, estar-se-á ferindo o princípio da capacidade contributiva, com possibilidade de se tornar a tributação inconstitucional na forma do art. 145, par. 1. , da CF (...)” (ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 1990, págs. 80-1)

Em síntese, foram recepcionados os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional. V. tb. os arts. 1.; 2.; 4. e 12, do Dec. lei n. 195/24.02.67 (Dispõe sobre a cobrança da contribuição de melhoria).

Ainda sobre a compatibilidade do princípio da capacidade econômica com a contribuição de melhoria, vê-se que, no processo constituinte, vários foram os Parlamentares que disto estavam convictos. Apenas como exemplo, registramos:

EMENDA n. 764, apresentada aos 09.08.87, Autor: Afif Domingos-PL.SP;

EMENDA n. 4.650, apresentada aos 02.07.87, Autora: Sandra Cavalcanti-PFL-RJ;

EMENDA n. 4.307, apresentada aos 02.07.87, Autora: Sandra Cavalcanti-PFL-RJ etc.

A justificativa para as rejeições, além de aspectos nebulosos (incompatibilidade com o Sistema Constitucional), costumava afirmar que a fixação de um limite individual tornava inviável a aplicação do tributo.

6-n. I – O exemplo do Distrito de Tamararé nos demonstra que o conceito de capacidade contributiva objetiva é, de ordinário, superado pela realidade.

Mais: “presunção absoluta” de capacidade contributiva, porquanto exclua da apreciação do Poder Judiciário o caso concreto, entendemos que não tenha amparo constitucional. Ademais, é a incapacidade contributiva real uma espécie de imunidade tributária. Uma limitação ao poder de tributar.

II – Quando da Emenda n. 23/83 à Constituição 67/69, não foi o fato de apenas constar em expreso referência a limite total que fez a doutrina e a jurisprudência de maior apuro abdicarem da permanência do limite individual. V. Luiz José Mesquita, in *Contribuição de Melhoria*, Ltr., n. 59/86, págs. 285/316. V. acórdãos publicados na Revista dos Tribunais n. 596/133 e Boletim ADCOAS sob os ns. 109.992 e 110.134.

III – Rubens Gomes de Sousa (*Compêndio de Legislação Tributária*, 1. ed. , Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, p. 438) chegou a entender que a contribuição de melhoria “aproxima-se dos impostos porque incide sobre a valorização, que é um índice de capacidade contributiva.”

V – tb. Gilberto de Ulhôa Canto (*A Causa da Obrigação Tributária*, verbete para o Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, par. 75).

7-n. “O FINSOCIAL, não obstante rotulado de contribuição social no D.L. n. 1.940/82, é, hoje, considerado como sendo um tipo de imposto, em decorrência de interpretação definitiva fixada sobre a sua natureza jurídica pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. (...)” (AMS n. 90.05.01146-7, Rel. José Delgado, dec. un., DJ 07.06.91 AMS n. 90.05.02988-9, Rel. José Delgado, dec. un., DJ 07.06.91; AMS n. 90.05.04463-2, Rel. José Delgado, dec. un., DJ 07.06.91 etc.).

A conclusão de todas essas decisões do TRF-5. R. foi no sentido de que o FINSOCIAL poderia continuar a ser exigido, sem qualquer modificação posterior à Constituição da República, até que lei viesse a dispor sobre o art. 195, inc. I, CF.

A Lei Complementar n. 70/30.12.91, que institui contribuição para o financiamento da Seguridade Social, elevando, ainda, a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, já começa a ser atacada.

Argumenta-se:

I – é inconstitucional, pois o seu sujeito ativo é a União, conquanto “a lei que quiser atribuir a titularidade da exigibilidade de um tributo a outra pessoa que não a competente para instituí-lo, deverá ser expressa, designando-a explicitamente...” (cf. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, págs. 177 e ss.) o que não foi feito.

Violados estariam os arts. 165, par. 5., inc. III; 194, Par. Un., inc. VII; 195 e incs. e 195, par. 2., todos da Constituição da República; pois nas contribuições sociais,

ao contrário do que ocorre quanto aos demais tributos (art. 4. CTN), a finalidade do emprego do seu produto e a caracterização do sujeito ativo como sendo a autarquia gestora dos recursos arrecadados, é relevante para a sua caracterização;

II – caso seja considerada como um imposto de competência residual, também nesta hipótese seria inconstitucional; pois violaria o art. 154, inc. I da Constituição da República, que prescreve a não cumulatividade, bem como fato gerador e base de cálculo próprios.

E teria havido coincidência entre a base de cálculo desta contribuição e a do ICMS (venda de mercadoria) ou a do ISS (venda de serviços). Cf. Dec. lei n. 406/68.

Acrescenta-se, ainda, ser o faturamento base de cálculo do PIS. (L. Complementar n. 07/70 c/c art. 239 da Constituição da República), e o amparo recebido pelo art. 56 ADCT CF/88 não se estenderia à nova exação;

III – é inconstitucional por ser hipótese de confisco (art. 150, inc. IV, Constituição da República);

IV – é inconstitucional, pois a Lei Complementar n. 70/91 foi votada por “acordo de lideranças partidárias”, o que violaria o art. 69 da Constituição da República, que exige “quorum privilegiado” de maioria absoluta.

NOTA:

a) verificar decisões do STJ, onde se admite a inclusão “na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL” a parcela relativa ao ICMS. (R. Esp. n. 0014467. UF: MG, T. 01, dec. un. 27.11.91, Rel. Min. Gomes de Barros);

b) nos termos da Lei n. 8.212/24.07.91 (Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências), art. 11, Par. Un., als. “d” e “e” c/c art. 33., “caput.”

Art. 11. (...)

.....
 P. Un. Constituem contribuições sociais:

(...)

- d) as das empresas incidentes sobre faturamento e lucro;
 e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.”
-

“Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal (DRF) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “d” e “e” do parágrafo único do art.11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.”

8-n. “No que tange aos impostos, verifica-se nos diversos sistemas jurídicos que uns são destituídos de afetação, i.e., inexistem previsões legais determinando o emprego do produto da sua arrecadação em certos fins. Outros, ao revés, são afetados a finalidades específicas, como por exemplo a seguridade social. Isto é algo que depende do direito positivo de cada povo. Aqui e alhures, inobstante, muita gente confunde fato gerador do tributo com o destino e o emprego da arrecadação do tributo.

Há sempre a tentação de dizer que os fatos geradores dos impostos-para-a-seguridade são benefícios que o sistema de seguridade presta aos cidadãos, em lamentável erronia. Ora, a contribuição social sobre folha de salários

pagos, a cargo do empregador, por exemplo, tem por fator gerador “pagar salários” (imposto sobre a renda consumida em despesa salarial).

Que o dinheiro arrecadado vá ter às burras da previdência, já é outra coisa. Trata-se de destinação do produto da arrecadação, “*ex lege*”. Que com esse dinheiro sejam prestados benefícios às mais diversas pessoas, igualmente, constitui outro fato, o do mero emprego do produto arrecadado.

Aqui já não se cuida da receita nem do Direito Tributário, mas da despesa (Direito Financeiro). É precisamente por isso que o destino da arrecadação bem como o nome do tributo são irrelevantes para a determinação da sua natureza jurídica específica (ser imposto ou taxa) como predica o CTN (artigos 3, 4 e 5) que é Lei Complementar material da Constituição.

Seria, todavia, erro rotundo, não levar em conta o destino da arrecadação (mormente quando constitucionalmente fixado) no momento do exame jurídico-positivo das “contribuições sociais”, que são, alfim, impostos afetados a finalidades específicas, a teor da Constituição brasileira”. (COELHO, Sacha Calmon Navarro. VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário (set. 92/SP). Separata da Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1992, págs. 97-8).

NOTA: mesmo aqueles que não pensam ser as contribuições especiais incluídas no gênero imposto, vêm, expressamente, admitindo que sobre elas incida o princípio da capacidade contributiva.

E o que se demonstra em seguida:

“A nova Carta evoluiu largamente nesse campo dos direitos sociais, substituindo o anterior conceito da previdência social como contraprestação bilateral e sinalagmática, pelo princípio da universalidade do atendimento com a solidariedade no custeio.

Há, pois, no Texto Maior, a diretriz da participação de todos em condições de contribuir, para realizar “o bem estar e a justiça sociais” (art. 193).

E mais. O art. 195, ao especificar os destinatários da imposição das contribuições sociais, elencou os “trabalhadores” (inciso II). O conceito, amplo da etimologia do vocábulo e na semântica da Constituição, abrange, isto posto, todos os que trabalham, os que realizam trabalho pessoal, com o vínculo de empregados ou sem ele.

No conceito, há que incluir, assim, os trabalhadores autônomos, os administradores de empresa (empregados ou não), os trabalhadores avulsos, e todos os que, com seu esforço e labor pessoais, exerçam atividade remunerada.

Esse entendimento tem sido acolhido predominantemente pela jurisprudência (TRF, 1. e 5. Regiões), e o que melhor atende ao princípio da capacidade contributiva, que é explicitado quanto aos impostos (art. 145, par. 1.), mas insito na Constituição quanto aos demais tributos.” (VIEIRA, Eugênio Doin, VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário (set. 92/SP). Separata da Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 36).

Pessoalmente, pensamos não constituírem entraves os arts. 159 e 167, inc. IV CF para aplicarmos o regime jurídico dos impostos às contribuições.

Afinal, os fundos de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como o de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que devem ser repassados pela União, salvo hipótese excepcional (Par. Un., art. 160), são compostos pelo Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza e pelo Imposto sobre Produtos Industrializados, que são figuras típicas que, constitucio-

nalmente, não se confundem com as contribuições de afetação especial.

Logo, a elas, evidentemente, não se aplicaria a repartição de receita.

Ademais, quanto à vedação contida no inc. IV, do art. 167 (vinculação de receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa), é fácil se observar que o próprio dispositivo encaminha três exceções. Ora, a existência de outras exceções, desde que fixadas constitucionalmente, por certo não seria obstada pelo tosco critério topográfico.

Assim, as contribuições constituiriam, apenas, exceções ao lado das topicamente indicadas naquele mandamento.

Matéria, aparentemente, mais complexa diz respeito ao confronto que se deve fazer entre o art. 195, par. 4 CF, quando afirma ser aplicado às outras fontes da Seguridade o disposto para a competência residual da União (art. 154, inc. I), mediante o que vem prescrito no art. 157, inc. II, CF, ao se prever que 20 % do produto da arrecadação de impostos residuais pertencente aos Estados e ao Distrito Federal.

A questão é resolvida pela negativa do repasse, em se tratando das contribuições para a Seguridade, pois, nos termos do Par. Un. do art. 149 CF, aos Estados e ao Distrito apenas cabe o custeio da Seguridade dos seus próprios servidores.

Ora, o exarado no par. 4., do art. 195 é estritamente conectado com a previsibilidade de extensão da Seguridade em sentido mais amplo, o que atinge a toda a sociedade nacional, e não apenas a alguns curtos estamentos.

Sendo por isso que se justifica a declarada exclusividade da União no previsor do art. 149 CF.

9-n. Diz a L. n. 8.213/24.07.91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências), em seu art. 139:

“Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

par. 1. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao maior de 70 (setenta) anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir qualquer rendimento superior ao valor de sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, desde que:

I- tenha sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não;

II- tenha exercido atividade remunerada, atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não;

III- ou se tenha filiado à antiga Previdência Social Urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

par. 2. O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta Lei, será de 1(um) salário mínimo.

par. 3. A Renda Mensal Vitalícia será devida a contar da data de apresentação do requerimento.

par. 4. A Renda Mensal Vitalícia não pode ser acumulada com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social Urbana ou Rural, ou de outro regime”.

7- Referências bibliográficas

1. ARISTÓTELES. *Etique à Nicomaque*. Trad. J. Tricot, 2. ed., Paris, L. Philosophique Vrin, 1967, v. 1., p. 213.
2. PERELMAN, Chaim. *Egalité et Valeurs, in L'Egalité*. v. 1., Etudes publiés par Henri Buch et al ii. Bruxelles, Emile Bruylant. 1971, p. 319.
3. MONTEQUIEU. *De L'esprit des Lois*. LXI, Ch 6, Paris, Bib. de la Pléiade, 1951, p. 404.
4. UCKMAR, Victor. *Princípios de Direito Constitucional Tributário*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1. ed., 1976, p. 73.
5. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 37.
6. Cf. “*Über die Gerechtigkeit*”, Munchem, Verlag C. H. Beck, 1980, p. 28.
7. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2. ed., São Paulo: RT, 1984, pp. 59-60..
8. TIPKE. *Steuerrrecht*, 9, Koln, p. 53.
9. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Instituições de Direito Público*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 529.
10. TIPKE. ob. cit., p. 26-7.
11. VERLAG, Peter Deubner. *Praktikabilitat und Effizienz*. Koln, 1983, p. 07.
12. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 1988, pp.. 283-4.
13. Cf. *Leistungsfähigkeit, in Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*, 2, A. Munchen, C. H. Beck sche, 1981, pp. 962-3. “Apud” Princípios Constitucionais Tributários (Aspectos práticos/Aplicações concretas). V Congresso Brasileiro de Direito Tributário (Coordenadores: Geraldo Ataliba e A.R. Sampaio Dória). IDEPE-Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial. Separata da Revista de Direito Tributário. Temário: Princípio da Igualdade no Direito

- Tributário e suas Manifestações (Autora: Misabel Abreu Machado Derzil), pp. 187-8 e 194).
14. HENSEL. *Direito Tributário*. Trad. Dino Jarach, 1. ed., Milano, Giuffrè, 1956 p. 77.
15. DÓRIA, A. R. Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of law"* Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 152.
16. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 202.
17. ATALIBA, Geraldo. ob. cit., p. 214-5.

CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS

Ivan Lulz da Silva

Defensor Público Federal em Recife. Advogado.
Aluno da Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Breves comentários sobre criminalidade. 2.1-Conceito de criminalidade. 2.2 – Classificação. 3 – Conceito de crime organizado. 4 – Comentários criminológicos. 4.1 – Características. 4.2 – Modalidade de crime organizado. 4.3 – Crime organizado e impunidade. 4.4 – Crime organizado x Estado. 5 – Déficit conceitual. 6 – Notas conclusivas. 7-Bibliografia.

1 – Introdução

O exacerbamento da criminalidade, hodiernamente, é um fato que tem preocupado e aterrorizado a sociedade. No entanto, essa criminalidade mostra-nos uma característica inédita em sua forma atual de manifestação: a associação de criminosos para a consecução de seus objetivos ilícitos. Percebe-se, então, que a prática do crime modificou-se desde a data de promulgação do Cód. Penal (1940), ou seja, os criminosos abandonaram a atividade individual e associaram-se em organizações criminosas com vista a, primeiramente, atuarem na nova ordem social reinante e a obterem maior segurança e rendimentos em suas atividades. A criminalidade organizada, nesses termos, passou a ser a tônica do crime nesse final de século.

Objetivando enfrentar essa tendência da criminalidade foi editada a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, denominada lei de combate ao crime organizado, a qual regula o uso dos meios operacionais para investigação e controle do crime organizado. No entanto, tal instituto penal não resolveu de maneira satisfatória a problemática atinente à conceituação do que seja crime organizado, incumbindo ao aplicador da lei penal resolver essa questão, o que não é uma técnica das mais felizes.

2 – Breves Comentários sobre Criminalidade

Combater a criminalidade organizada, que se incrustou no seio da sociedade, tem sido o grande desafio do Estado, embora, muitas vezes, este se encontre imobilizado para tal tarefa porque sua estrutura está infiltrada por “sócios” dessas “empresas criminais”. Isso se torna ainda mais difícil quando não se tem uma percepção do que se está enfrentando, acarretando a ineficácia das medidas de controle. Com base nesse raciocínio, concluímos que é por demais necessário analisar a criminalidade em sua acepção genérica para, então, fazer uma abordagem da criminalidade organizada, que vem a ser espécie.

“Não se pode analisar a criminalidade e tentar contê-la sem considerar o momento histórico que investiga e as condições em que o fenômeno se dá, tendo como referência, pelo menos, o momento imediatamente precedente. Se não se fizer isso, incorrer-se-á sistematicamente no erro de tentar soluções caducas para situações novas e, mais que novas, radicalmente dessemelhantes” (Jorge da Silva, 1990, p.3). É força reconhecer a procedência e exatidão da explanação supracitada pelas virulentas críticas que tem sofrido a Lei nº 9.034/95, a lei brasileira para o controle do crime

organizado; isso ocorre porque o legislador redigiu uma norma jurídica em que ficou claro o seu desconhecimento do fenômeno social da criminalidade organizada. Sem embargo, *“o ponto de partida está em conceber que a criminalidade é um problema social e comunitário que está presente na vida de todos e em todas as classes sociais”* (Gomes, 1995, p.33). Partindo desse pressuposto poderemos determinar o tipo de criminalidade, baseando-se nas peculiaridades culturais de cada sociedade, pois é patente que determinadas sociedades desenvolvem formas próprias de organizações criminosas conforme sua herança cultural, como vemos, v. g., nas diferentes máfias existentes: italiana, japonesa, russa etc.

2.1. Conceito de criminalidade

A definição do conceito de criminalidade, em sua acepção genérica, apresenta-se imprescindível para delimitar a criminalidade organizada e, conseqüentemente, adotar a reação estatal adequada para controlá-la, alcançando destarte a segurança e a paz social desejadas. Apresentamos, então, o conceito elaborado por Roberto Lyra (1992, p.23): *“Criminalidade é o conjunto dos crimes socialmente relevantes e das ações e omissões que, embora não previstas como crime, merecem a reprovção máxima”*. Desse conceito inferimos que não são só os fatos tipificados na Lei Penal que podem levar à criminalidade, outras condutas perniciosas à sociedade podem ensejar o cometimento de delitos para satisfazer àquelas necessidades, v. g., alcoolismo, prostituição etc.

2.2. Classificação

Apresentada a conceituação genérica de criminalidade, devemos nos ater à classificação desse fenômeno, para determinação de suas modalidades, objetivando desenvolver medidas de controle eficazes a

cada tipo de criminalidade. Nessa linha de raciocínio encontramos a opinião de Gomes : “*É preciso distinguir a criminalidade de alta reprovação, que (ainda) merece pena de prisão, da criminalidade pequena ou média (que deve dispensar na sua quase absoluta totalidade, tal pena). Quanto a esta última faz-se necessário que se adote o sistema “consensual”, permitindo a transação penal (nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal), que deve ser celebrada dentro de um procedimento sumaríssimo e oral. Nas infrações menores (constitucionalmente denominadas “de menor poder ofensivo”), o fundamental não é a aplicação de uma pena de prisão que nunca é executada, mas a conciliação (transação) que permite a aplicação de penas alternativas exequíveis e socialmente muito mais úteis”* (Gomes, 1995, p.31). Não se ocupando com essas questões, as quais serão resolvidas celeremente, o Poder Judiciário usará melhor todo o seu poder, pois “*sobrará tempo para que toda estrutura da Justiça possa cuidar com mais atenção da criminalidade grave (violenta), graúda (crimes econômicos que provocam grave repercussão social) e da organizada*” (Gomes, 1995, p.31).

No que tange a esse posicionamento, podemos afirmar que ele já é uma realidade dentro do ordenamento penal e processual penal, porquanto foi promulgada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Civil e Criminal), a qual trata do processo e julgamento das infrações penais “de menor potencial ofensivo” que constituem a criminalidade pequena.

Ao tratar das modalidades de criminalidade não poderíamos esquecer a classificação elaborada por Scarance (1995, p.31), a nosso ver a melhor criminologicamente elaborada até agora, pois nos oferece uma completa visão do fenômeno e suas modalidades. Sendo sua classificação assim disposta:

- a) Criminalidade de bagatela – são os crimes considerados leves. Devem ser eliminados do sistema ou transformados em infrações administrativas.
- b) Criminalidade comum – são aqueles crimes que devem ficar sob um sistema acusatório progressivo de pena e prisão processual excepcional.
- c) *Criminalidade grave ou organizada – comporta esta, ainda, uma subdivisão:*

I – Criminalidade grave, violenta e não organizada que causa danos ao indivíduo: o homicídio, o roubo, o estupro;

II – Criminalidade grave, nem sempre violenta, não organizada, que atinge grupos de pessoas ou a coletividade: o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros;

III – Criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas mas que se manifestam no mundo através da “máfia”, dos cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, dos grupos que atuam no tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres, de crianças.

Pode-se, também, classificar a criminalidade em convencional e em não-convencional (Silva, 1990). “*A criminalidade convencional é aquela que aterroriza a sociedade, por ser formada por crimes violentos e de sangue. Há uma preocupação absoluta com esta*” (Silva, 1990, p.6). É denominada “microcriminalidade “ (Juary C.Silva in Silva). “*A não-convencional é aquela que desperta uma preocupação relativa na sociedade. São os crimes que não envolvem violência, pelo menos aparente* (Silva, 1995, p.8). “*Uma característica funda-*

mental da criminalidade não-convencional é que esta muitas vezes se confunde com a criminalidade oficial” (Lopez Rey in Silva). “São crimes perpetrados por agentes isolados ou por organizações criminosas, chama-se macrocriminalidade.” (Juary in Silva, 1990, p.8).

Urge analisar esses aspectos gerais da criminalidade, para se poder separar bem o objeto deste estudo: o crime organizado, do gênero ou de outra espécie desse fenômeno social; isso porque *“o campo mais problemático para o legislador e para a doutrina é o da criminalidade grave ou organizada, em que as soluções e propostas são as mais variáveis. Têm os países dificuldade em enfrentar essa criminalidade. Não sabem mesmo como criar um corpo legislador que, permitindo eficácia ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias dos indivíduos, assegurados nas Constituições e Convenções de Direitos Humanos. Enquanto isso, o crime violento ou organizado cresce assustadoramente, alastrando o medo e a insegurança entre os cidadãos”* (Scarance, 1995, p.32). Concluímos que, partir da conceituação de criminalidade, é a melhor abordagem do crime organizado e o modelo adequado que deve o legislador adotar para controlar esse mal social. Isso é forçoso dizer porque a busca de um modelo ideal para a contenção da criminalidade, que campeia no território pátrio, passa, inexoravelmente, por uma investigação e análise do fenômeno social da criminalidade em sentido genérico.

Sendo assim, aliamo-nos aos ensinamentos dos mestres supracitados no sentido de que se deve separar ou classificar a criminalidade conforme seu potencial ofensivo à sociedade para, dessa maneira, conhecer melhor o que pretendemos controlar e, não só isso, implica também o desenvolvimento de medidas de controle eficazes contra o crime organizado. Nesse palmar, preferimos adotar a classificação elaborada por Scarance

(1995, p.31), por nos parecer, *data venia*, com os demais mestres, a que melhor apresenta uma sistematização criminológica, imprescindível para desenvolver medidas de controle adequadas para cada tipo de criminalidade. Assim, a classificação de Scarance dá-nos um referencial seguro para conhecer que tipo de criminalidade estamos enfrentando e quais as medidas eficazes a serem aplicadas.

3 – Conceito de crime organizado

Vistas algumas notas introdutórias sobre a criminalidade, em termos genéricos, e sua classificação conforme seu potencial ofensivo à sociedade, iremos, agora, ater-nos, mais detidamente, no conceito de crime organizado.. Vale ressaltar, desde já, que o aspecto conceitual ainda não alcançou univocidade e unanimidade em sua definição; assim, é forçoso reconhecer que ainda não há um conceito satisfatório e bem delimitado pela doutrina.

Com o objetivo de se obter um conceito Gomes (1995, P.69) indaga: “Que devemos entender, afinal, por crime organizado?” Ainda conforme o referido autor, pode-se dizer que são os crimes que decorrem de uma atividade ilícita organizada, i. e., crime organizado é o produto da atividade das organizações criminosas. No entanto, por simples que é, esse conceito necessita de complemento no que tange à definição de organização criminosa. Relatando ser por demais difícil precisar o que seja crime organizado e organizações criminosas, apresenta este posicionamento:

“Uma visão aproximativa do fenômeno do crime organizado somente se pode encontrar em sucessivas etapas de penetração na análise, passando pelo estudo estratégico da ameaça que representam em seu respectivo setor as organizações delitivas e suas atividades e

vulnerabilidade” (Lupsha in Cervini, 1992, P.500). Aproveitando-se dessa orientação metodológica Cervini (in Gomes, 1995, p.70) elenca algumas etapas necessárias à elaboração do conceito de crime organizado:

1. avaliação de quanto suas atividades (do crime organizado) custam à coletividade;
2. identificação de suas operações;
3. avaliação de seu espírito inovador e suas tendências expansionistas;
4. descoberta de seu emaranhado de ligações, associações e conexões, principalmente com o Poder Público;
5. constatação dos pontos débeis e de vulnerabilidade desses grupos.

Como a Lei Penal brasileira não emitiu nenhum conceito explícito de crime organizado, teve ela, então, de se apoiar em outros elementos que delimitassem este, ou seja, adotou a noção de quadrilha ou bando para configurar o que seja associação ilícita organizada e em decorrência determinar o que seria crime organizado. Assim, a associação ilícita organizada é aquela estável e permanente; com a exclusiva finalidade, por parte de seus associados, de cometimentos de crimes.

Várias críticas são tecidas por Gomes a essa forma adotada pelo legislador brasileiro. Pois, para se fazer uma lei de combate ao crime organizado seria preciso partir de sua conceituação, o que não foi feito, uma vez que esse difere totalmente da figura penal do art. 288 do CP (quadrilha ou bando). Há, assim, o *déficit* conceitual de crime organizado. No entanto, tomando-se por base a sistemática da Lei 9.034/95, o conceito de crime organizado compreenderia tanto a organização criminosa em si, como os delitos resultantes dela. “*Há, destarte, o crime organizado por natureza (que consiste na*

associação de quatro ou mais pessoas, de modo estável e permanente, para cometer crimes, de modo organizado, isto é, sofisticado; assim como o crime organizado por extensão (que é o decorrente ou resultante de ação da organização criminosa” Gomes (1995, P.77). faz-se, também, segundo o referido autor, adicionar um *plus* caracterizador a essas associações, cujo elenco é citado em sua obra.

O aspecto conceitual de crime organizado, segundo Scarance (1995, p.36), pode ser apresentado sob três vertentes doutrinárias e legislativas. *In verbis*:

- 1ª – Parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização;
- 2ª – Parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado definindo-o em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e normalmente, incluindo-se entre os seus componentes os seus componentes o fato de pertencer a agente a uma organização criminosa;
- 3ª – Utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema penal e acrescentam-se outros, considerado-os como crimes organizados.

No pertinente à primeira exposição adota-a Hassemmer (in Scarance, 1995), sendo que a organização criminosa caracterizar-se-ia pelo seu poder de corrupção junto ao Poder Público. Assinalada a associação, o resultado de sua atividade seria, conseqüentemente, alçado à condição de crime organizado. Não nos parece ser a melhor posição, pois poderia “etiquetar” como crime organizado crimes, e até contravenções, que não merecem tanto rigor repressivo.

A segunda linha de raciocínio é a base para a aproximação conceitual usada por Franco (in Scarance), em que são elencados e comentados os dados essenciais caracterizadores do crime organizado:

“o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões em outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado (Hassemer in Scarance, 1995, p.174).”

Essa conceituação parece-nos estar entre as mais completas, diante das outras já elaboradas pela doutrina. Define, essa postura conceitual, diretamente o crime organizado através de seus dados essenciais; deixando, implicitamente, a entender que esses decorrem de agentes que fazem parte de uma associação criminosa. No entanto, ressaltamos, conforme Gomes, que no termo associação criminosa possam atuar apenas duas pessoas, porquanto, hodiernamente, face o instrumental tecnológico é possível a estes atuarem como uma empresa criminal. Não necessitando, assim, do mínimo legal exigido para o crime de quadrilha ou bando: quatro agentes.

A terceira posição é a seguida por Caffaro (apud Scarance). Faz-se um rol das condutas as quais constituem crimes organizados. Apresentam-se insuficientes por serem restritivas. Porquanto condutas que possam ser consideradas crimes organizados se não estiverem elencadas não serão assim caracterizadas. O legislador não é onisciente.

Apresentadas as correntes conceituais afirmamos que a Lei 9.034/95, não seguiu nenhuma delas; preferindo, como diz Scarance (1995, P.38), deixar os tipos penais abertos, admitindo que sejam considerados organizados se decorrerem de ações de quadrilha ou bando.

Ainda com base nisso Scarance contrapõe Gomes no sentido de que a Lei 9.034/95, não guindou o crime de quadrilha ou bando à condição de mínimo para se caracterizar a organização criminosa; ao contrário, considera toda quadrilha ou bando como organização criminosa.

Apesar de expormos acima as principais linhas de aproximação conceitual e suas respectivas definições sobre o crime organizado, salta-nos aos olhos a carência de uma definição precisa e clara para esse fenômeno criminal. Isso resulta do fato de que os estudos doutrinários e normativos encontram-se em estágio exordial, apesar do fenômeno não ser recente; porém, só contemporaneamente é que essa tendência à organização criminal nos moldes empresariais mostrou-se veementemente. Nesse sentido encontramos o entendimento de Ribeiro Lopes (1995, p.174): *“Não existe um conceito satisfatório para o crime organizado mesmo porque constitui este um fenômeno ainda pouco estudado tanto sob a perspectiva criminológica quanto sob o ponto de vista normativo. Na verdade, inexistente qualquer rigor científico nessa expressão, que é mais uma figura de linguagem do que um conceito jurídico ou sociológico.”*

Em uma primeira abordagem, Ribeiro Lopes (1995, p. 174) afirma ser crime organizado qualquer estrutura organizacional com fins lucrativos, decorrentes da prática de ilícitos penais, em que a consecução desses é previamente estabelecida. Não obstante, considerando que tais características aderem, grosso modo, à criminalidade moderna, sugere que se deve usar a expressão “criminalidade organizada” apenas “quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido e paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais.” Sob essa perspectiva, observamos que o crime organizado tem como necessidade e característica a manutenção de uma relação visceral com o Poder Público; pois o citado mestre ensina-nos: “somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado. Neste momento confundem-se os limites entre criminalidade e combate à criminalidade que constituem um Estado de Direito.”

Faz-se imperativo apresentar o conceito de Ribeiro Lopes (1995, p. 177): *Poder-se-ia dizer que a criminalidade organizada é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada; que compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; que intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações; que possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos; que dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.*

A abordagem fenomenológica adotada por Ribeiro Lopes para a formulação do conceito de crime organizado se não exaure a matéria, mostra-se como a que melhor atende ao conceito de crime organizado, porquanto consegue separar as organizações criminosas e os crimes que compõem a criminalidade organizada daquelas organizações que não estão inseridas nessa e que constituem apenas ajuntamentos de criminosos sem a essência organizacional nos moldes empresariais.

Em nossa percepção é a melhor linha de raciocínio a se seguir; pois deixa bem claro em que consiste a criminalidade organizada e, conseqüentemente, o crime organizado.

4 – Comentários criminológicos

Apesar de não ser um fenômeno recente no seio da sociedade, o crime organizado ainda é fenomenologicamente pouco estudado; o que torna premente uma abordagem criminológica de sua natureza sócio-jurídica, colimando explicitar sua realidade, que até pouco tempo albergava-se sob o manto romântico das sociedades secretas.

É curial, no entanto, mencionarmos a distinção existente entre criminalidade organizada e a criminalidade de massa. No que se refere àquela ressaltamos que sua conceituação já foi exposta acima. Já sobre a criminalidade de massa podemos afirmar ser ela decorrente da ação de quadrilhas e bandos que constituem a criminalidade não-organizada, violenta e abrangida pelo artigo 288 do Cód. Penal. Essa distinção é de suma importância porque “a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: a criminalidade de massas” (Ribeiro Lopes, 1995, p.172). Isso porque

essa modalidade tem como característica ser visível e violenta; enquanto a criminalidade organizada caracteriza-se por ser pouco visível, embora possa ser tão violenta quanto aquela, segundo Ribeiro Lopes.

4.1. Características do crime organizado

Determinar os caracteres mais marcantes da criminalidade organizada é o meio ideal para se conhecer sua essência criminosa, desenvolvendo-se, com base nisso, medidas de controle mais eficazes levando-se em conta seu maior ou menor potencial de ofensividade à sociedade.

As organizações criminosas caracterizam-se por serem “associações delinqüenciais complexas, com programa permanente e infiltrações no Estado-legal. Contam com agentes armados e algumas com código de honra. Atuam com o objetivo de o Estado-delinqüencial absorver o Estado-constitucional. Mencionadas associações caracterizam-se pela intimidação, interna e difusa, pelo indissolúvel vínculo hierárquico e pelo silêncio solidário” (Maierovitch in Gomes, 1995, p.56). Inferimos nessa primeira exposição alguns elementos essenciais que as caracterizam: estrutura organizacional, permanência, estabilidade, infiltração no Estado e forte poder de intimidação. São caracteres presentes na essência da criminalidade organizada os quais a distinguem da criminalidade não-organizada ou de massa.

Hassemer (apud Gomes, 1995, p.56) apresenta mais algumas características inerentes a esse fenômeno: *é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados vem como por um novo **modus operandi** (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de ‘gente insuspeita, métodos sofisticados etc.).* Em síntese essas características são: molde empresarial, violência e vítimas difusas e maqueamento dos danos provocados.

Abordando as características do crime organizado, Mingardi (apud Gomes, 1995, p. 57) faz uma síntese dessas: “o crime organizado caracteriza-se pela previsão de lucros, hierarquia; planejamento empresarial, divisão de trabalho, simbiose com o estado, pautas de conduta estabelecidas em códigos, procedimentos rígidos, divisão territorial etc. Configura um verdadeiro e próprio contrapoder criminal em concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado.”

Para completar o rol de características acima expostas é mister acrescentar duas outras que nos parecem ser muito importantes na atividade de identificação do crime organizado. Essas são apresentadas por Ribeiro Lopes (1995, p.174): a primeira é a “multiplicidade da atuação criminosa”, há uma diversificação de campos: tráficos de drogas, usura, prostituição, jogo, extorsão; a segunda, aliás muito marcante, é a “impessoalidade da organização”, aproximando-se da sociedade anônima. Nas palavras do professor citado: “o moderno crime organizado não apresenta contornos definidos no que concerne a seus integrantes, e exatamente por isso é que se diz que é organizado, dado que sua estrutura não é discernível por fora, senão apenas internamente.”

A determinação das características desse fenômeno criminal ensejaria uma melhor aplicação das sanções penais, evitando-se o erro judicial na dosagem da pena; pois estar-se-ia ciente em que consistia o crime organizado, contribuindo para melhorar a repressão a essa instituição criminosa.

4.2. Modalidades de crime organizado

Com fulcro em estudos, pode-se afirmar que o crime organizado comporta uma divisão em modalidades, segundo a atuação criminosa e suas peculiaridades decorrentes de sua origem sócio-cultural.

Consoante Lopez-Rey (apud Ribeiro Lopes, 1995, p.177): “existem duas modalidades de crime organizado: a norte-americana-italiana, que tem uma certa categoria internacional, e a mais modesta, de índole regional ou local, que pode florescer em qualquer país.” Esse entendimento aproxima-se da unanimidade, já que é patente a aproximação desse com o “conceito de Juary Silva, que visualiza a máfia ítalo-americana como a grande forma de crime organizado. A primeira das formas, ressalta Luiz Flávio Gomes, caracteriza-se, principalmente, por uma organização bastante rígida, uma certa continuidade dinástica, pelo afã da respeitabilidade de seus dirigentes, severa disciplina interna, lutas imensas pelo poder, métodos poucos piedosos de castigo, extensa utilização de corrupção política e policial, ocupação tanto em atividades lícitas como ilícitas etc.” (Ribeiro Lopes, 1995, p.177). No que tange à de índole regional, ressalte-se que apresenta as mesmas características, porém sem o poderio e alcance transnacional da ítalo-americana. Destarte, não é menos perigosa ou cruel, uma vez que usa o mesmo instrumental criminoso daquela. É a modalidade predominante no Brasil.

Não obstante, essa divisão não exaure a matéria, sendo necessário apresentar mais uma modalidade: “Há, de outra parte, uma subespécie de organização criminosa que possui peculiaridades próprias: segue o denominado **método mafioso**, isto é, além de reunir as características gerais das organizações criminosas, faz constante apelo à intimidação e à violência, forja o clima de medo, o silêncio, adota regras internas extremamente rígidas (sic), código de honra etc” (Pinho Candeloro in Gomes, 1995, p. 57). Essa distinção justifica-se pela exacerbação no uso dos instrumentos de violência, continuando, todavia, a ser parte da criminalidade organizada. “Urge destacar

ainda que dentre as organizações criminosas há as do tipo mafioso, que são as mais sofisticadas e temíveis e, destarte, as que possuem maior poder de vulnerabilidade” (Gomes, 1995, p.68).

4.3. Crime organizado e impunidade

A associação dos criminosos em empresas criminosas não teve, apenas, por fito desenvolver condições para sua atuação na complexa sociedade contemporânea; objetivou, por outro lado, criar uma espécie de rede protetora para seus associados que, devido à extensão e complexidade da estrutura criminosa, proporcione a impunidade para seus participantes. Outros fatores ajudam a aumentar essa impunidade, tais como inexistência de legislação específica, difícil configuração do delito, meios altamente sofisticados etc.

Gomes (1995, p.64) salienta que o crime organizado está fora do controle penal; e isso ocorre em função da inexistência de uma legislação precisa para o entendimento do que ele seja. Todavia, mesmo havendo uma respectiva legislação penal, fica muito difícil a configuração do delito porque os mafiosos usam um instrumental tecnológico altamente sofisticado, como microfones parabólicos de escuta a distância, computadores de última geração, TV privada, laboratórios portáteis sofisticados etc. Isso impossibilita a apuração dos fatos através dos meios usados pelo Poder Público, que estão em grande parte ultrapassados.

4.4. Crime organizado x Estado

Enfatizamos, desde o início, que o elemento essencial do crime organizado é a sua infiltração no Poder Público. Essa disseminação busca beneficiar o crime organizado à medida que este se utiliza da máquina estatal para obter lucros ilegais através de ações criminosas ou

da interferência em negócios, a princípio, legais. Agravando-se essa relação pela paralisação do poder punitivo do Estado; resultando na impunidade dos participantes das organizações criminosas.

Sobre essa promíscua relação há a lição de Gomes (1995, p.73): *“Conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com agentes do Poder Público. O crime organizado, não raramente, tudo dependendo do seu grau de desenvolvimento, acaba por formar uma simbiose como o Poder Público, seja em virtude do seu alto poder de corrupção, seja em virtude do seu alto poder de influência. Pode dar-se que da própria estrutura da organização tomem parte agentes do Poder Público. Pode ocorrer, de outro lado, que seu funcionamento seja favorecido pelo Poder Público. Em ambas as hipóteses temos um sinal patente de organização criminosa, que para alcançar a impunidade busca a todo custo união com os poderes estabelecidos (políticos e/ou jurídicos). Uma das formas mais comuns de se estabelecer essa união de interesses consiste na ajuda financeira para campanhas eleitorais. Alcançando-se esse nível é evidente o risco da constituição de uma Anti-Estado, seja pela impunidade que resulta garantida, seja pelas atividades tipicamente estatais que a organização passe a desempenhar.”* Vemos, então, que a criação de vínculos com o Poder Público é uma condição para o crime organizado se implantar e desenvolver-se em determinada região, pois uma vez infiltrado no Estado, utiliza-se dos meios estatais para alcançar mais lucros e certeza de êxito em suas atividades, tentando sempre obter a impunidade de seus asseclas.

O ambiente político e público preferencial são regimes políticos democráticos que possuem sociedade aberta, pluralista e economicamente evoluída, que permitam a criação de atividades econômicas paralelas à

economia normal, segundo Ribeiro Lopes (1995, p.178). Outro fator é o sistema de direitos e garantias individuais que baliza essas sociedades politicamente abertas. Por outro lado, os regimes totalitários e as economias planificadas não favorecem ao crime organizado porque há uma centralização da produção e circulação de bens nas mãos do Estado. Porém, esses regimes possam desenvolver outras formas de criminalidade.

5 – O déficit conceitual

Concernente ao conceito de crime organizado já nos pronunciamos acima sob a perspectiva de várias correntes doutrinárias e suas respectivas definições sobre esse fenômeno criminal. Porém, naquela oportunidade enfatizamos, também, não haver predominância de nenhuma corrente, porque a Lei 9.034/95 não foi feliz na tipificação do crime organizado; uma vez que se omitiu sobre seu conceito, dando-nos apenas um mínimo legal para sua configuração, são sendo o melhor cominho a ser adotado. Nesse entendimento encontramos o parecer de Gomes (1995, p.67): *“uma das mais clamorosas omissões da recentíssima Lei 9.034/95, de 3.5.95, reside em não ter explicitado o conceito autônomo de ‘crime organizado’ ou de ‘organização criminosa’. (...) Foi elaborada uma lei de ‘combate (essa é a expressão utilizada pelo art.4o. da Lei) ao crime organizado sem identificá-lo inteiramente, isto é, continuamos legislativamente sem saber o que é que devemos entender por crime organizado (stricto sensu), dentro da extensa realidade fenomenológica criminal. O legislador, optando por não individualizar tal realidade criminológica, mencionou, no artigo 1o., o delito de ‘quadrilha ou bando’ para firmar o objeto da lei.”* Ressalte-se, contudo, que o crime do art.288, do CP, não pode ser confundido com o crime

organizado, porque crime organizado é uma coisa e quadrilha ou bando outra totalmente distinta.

“O legislador brasileiro, ao não definir o que devemos compreender por “organização criminosa”, criou seríssimos embaraços para a interpretação e aplicação da Lei 9.034/95 (arts. 2o. a 11), que a ela fazem referência ou estão conectados” (Gomes, 1995, p.69). Isso porque seria injusto apenar quadrilhas ou bandos como organizações criminosas, quando em sua grande maioria não o são.

Observa-se, então, que esse déficit conceitual pode levar a uma série de injustiças, o que desvirtuaria a natureza da lei de combate à criminalidade organizada. Urge, portanto, eliminar essa omissão, fornecendo-se um conceito legal de crime organizado ou, no mínimo, elementos essenciais melhores do que os atuais, para que o intérprete doutrinário possa determinar-lhe sua definição, visto que o caminho adotado pela lei vigente, tecnicamente, não é o melhor.

6 – Notas conclusivas

Em face da análise dos dispositivos legais acima, podemos entender porque a LCCO tem recebido tantas críticas à sua vigência; não faltando quem peça a sua abrogação e elaboração de uma nova lei. Não foi feliz o legislador, em seu escopo de combater o crime organizado, quando editou o texto legal citado, uma vez que esse peca por omissões em sua função conceitual. *Ab initio*, a técnica escolhida para identificar o crime organizado não é das melhores: através dos requisitos do crime de quadrilha ou bando, porque é confusa e complicada, bem como ampliativa e restritiva, como diz Scarance.

Por força desses argumentos, aliamos-nos ao coro da grande maioria dos juristas, que condenam a elaboração

e vigência da Lei 9.034/95, por ser inadequada e precisar de uma melhor técnica legislativa. Sendo necessário que faça-se uma nova lei de combate ao crime organizado com base em dados científicos decorrentes de estudos criminológicos e político-criminais.

7 – Bibliografia

- CERVINI, Raúl. “Análise criminológica do fenômeno do delito organizado”, em *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, org. por J. M. de Araújo Júnior, Forense, Rio de Janeiro, 1992.
- _____. *Los procesos de decriminalización*, Ed. Universidad, Montevideo, 2ª ed., 1993.
- _____. Raúl Cervini et alli. *Curso de Coperación Penal Internacional*, Carlos Alves Editor, Montevideo, 1994.
- DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, Freitas Bastos, 1996.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*, 3ª edição, (art. 213/259 CPP), Forense, 1981.
- GOMES, Luiz Flávio, Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídicos (Lei 9.034/95) e política criminal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- LYRA, Roberto et al. *Criminologia*, 2ª. ed. Atual, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MAIEROVITCH, Walter F. “A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso”, em *Revista dos Tribunais*, v. 694, 1993.
- PINHO CANDELORO, Ana Paula. “A economia italiana de 1950 a 1990 e a difusão do fenômeno mafioso como contrapoder”, em *Revista Forense*, v. 316, (s/d).
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. (1994). “Constituição da República, Código de Processo Penal e sua reforma”, em *Justiça*

- Penal – Críticas e Sugestões*, coord. Jaques de C. Penteado, RT, SP, 1994.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio, in *Justiça penal: críticas e sugestões*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, Jorge da. *Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, RT, SP, 1980.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de Direito Penal*, Saraiva, SP, 1986.
- _____. *Crimes hediondos*, 3ª ed., RT, SP, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) – ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO*

João Alfredo dos Anjos

Advogado, Historiador e Diplomata de Carreira.

A História. Antes de 1919

Três grandes revoluções são consideradas fundamentais quando se trata do avanço dos direitos civis e políticos na idade moderna, os hoje chamados Direitos Humanos de primeira geração: a Revolução Parlamentar Inglesa em 1640, a Independência norteamericana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789. Esta última foi a responsável pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco na evolução dos direitos individuais. Tanto assim que é convencional em História utilizar o ano de 1789 como marco inicial da chamada idade Contemporânea.

Se essas revoluções tiveram sua importância inegável no campo dos direitos civis e políticos, uma outra, sem data fixa, mas caracterizada por uma combinação entre o avanço tecnológico e a produção em massa foi responsável, ainda que um século mais tarde, pelo surgimento dos chamados direitos sociais e econômicos, ou de segunda geração. A Revolução Industrial não teve uma data única, mas caracterizou-se, em concordância com a definição mais estrita do que seja uma revolução,

* Este artigo não exprime necessariamente a posição do Itamaraty acerca dos pontos abordados

por ser um processo contínuo, iniciado em algum momento do século XVIII e considerado, por alguns especialistas, como ainda em andamento.

Trata-se de um processo que veio mudar profundamente as relações entre as pessoas e entre as nações. O seu centro irradiador inicial, a Inglaterra, lançou padrões de produção na área de manufaturados, principalmente têxteis e fundição, que exigiam abastecimento contínuo de matérias-primas a baixo custo e mercados cativos para o excedente da produção, além de mão-de-obra abundante e barata. Foi a produção de manufaturados que marcou o início das trocas chamadas desiguais entre as nações, uma vez que esses são intensivos em mão-de-obra e agregam o valor da matéria-prima, gerando um diferencial constante em prol das nações que passaram a ser chamadas industrializadas.

O século XIX na Inglaterra, França, Alemanha e tardiamente nos Estados Unidos e Japão, caracterizou-se por uma crescente e selvagem exploração da mão-de-obra operária, incluindo mulheres e crianças. Não só os relatos históricos, mas relatos literários clássicos, como as obras de Charles Dickens, demonstram o terror que era viver em bairros operários na Inglaterra naquele momento.

Por um lado, teóricos como Adam Smith e seu estudo sobre a origem da riqueza das nações e Ricardo com sua teoria sobre a importância da agricultura como base para o crescimento industrial e, por outro lado, o movimento dos socialistas chamados utópicos e depois, já virada a metade do século, Marx e sua interpretação do funcionamento do sistema capitalista, indicam o tema das grandes batalhas ideológicas que se travariam no século XX.

Apesar das guerras napoleônicas no início do século, das revoltas de 1848 e da comuna de 1871, em Paris, o oitocentos caracterizou-se por ser um período de domínio

quase que exclusivo de uma só nação, a Inglaterra. Se para Estados Unidos e Japão, este depois da Revolução Meiji, a modernização industrial pôde ocorrer sem maiores traumas naquele momento, para Alemanha e Itália a luta pela unificação e em seguida por novos mercados para onde expandir seu comércio, significou o enfrentamento bélico. Em princípio o contencioso entre França e Alemanha e, já no século XX, a Primeira Guerra Mundial.

Durante todo o século XIX, entretanto, foi se organizando nos países mais desenvolvidos um movimento operário cada vez mais ativo e influente, atraindo a atenção para os problemas decorrentes da relação trabalhista no mundo industrial. Desde a iniciativa do industrial inglês Robert Owen, ao enviar memorial aos plenipotenciários da Santa Aliança, em 1815, sugerindo a regulamentação internacional do trabalho, até os primeiros encontros de trabalhadores na segunda metade do século, muitos advogados, economistas, industriais e intelectuais manifestaram sua preocupação com as consequências da política liberal do *laissez-faire* sobre a coesão das nações, principalmente européias.

Em 1848, com o manifesto comunista de Marx e Engels, surge um novo modo de ver o indivíduo em sua relação com a sociedade, tendo como objetivo de obter o controle sobre os meios de produção e instituir a ditadura do proletariado. Em 1864 é fundada por Marx e Engels, em Londres, a Primeira Internacional Comunista, sob o argumento de que a Europa havia desenvolvido sua produção e seu comércio, mas não seus padrões de vida. Duas conclusões foram resultado do encontro:

1. que todo desenvolvimento econômico obtido sob o capitalismo só agravaria os contrastes sociais;
2. que isso ocorreria pela ausência de organização dos trabalhadores.

Diante de grandes divergências internas não pôde a Primeira Internacional manter-se unida e encerrou suas atividades em 1872.

A iniciativa, contudo, havia gerado frutos e, em 1889, forma-se a Segunda Internacional. O grande tema agora seria o destino a ser dado à sociedade industrial: reforma ou revolução? Nasce o pensamento social-democrata, reformista e de grande penetração na Alemanha, onde Bismarck implanta um dos mais avançados sistemas de proteção social, incluindo seguros contra desemprego, doença, invalidez e, ainda, aposentadoria.

É no final do século que se formam os primeiros sindicatos e, ao contrário do que ocorria na Segunda Internacional, onde os participantes não representavam necessariamente organizações, reúne-se, em 1902, a primeira conferência internacional de sindicatos. Nasceu, naquele momento, organização que ficaria conhecida, em 1913, como *International Federation of Trade Unions* (IFTU), com sede em Berlim e tendo como Secretário Geral Carl Legien. O Governo Suíço, por seu turno, constatando a proliferação de legislações nacionais em matéria trabalhista sugere, em 1880, reunião internacional para discutir a adoção de uma possível legislação internacional do trabalho, o que na época não foi realizado. Em 1897, ocorre, contudo, por iniciativa dos governos belga e suíço, o *International Congress of Civil Social Reformers*, em Bruxelas, cuja proposta final indicou a criação de uma associação internacional para promover a proteção ao trabalho. Em 1900, em Basiléia, é fundada a *International Association for Labour Legislation*, com o objetivo de exercer um papel educativo e político sobre os governos no sentido da adoção de legislação trabalhista própria. Esta associação, além de promover um congresso internacional em Berna, em 1905, realizou estudos

técnicos sobre o efeito do trabalho noturno para as mulheres e sobre a indústria de fósforo branco e chumbo.

Outras iniciativas, como o Instituto Internacional de Agricultura, fundado em Roma em 1906, indicam a crescente preocupação dos governos e das associações de trabalhadores em relação à necessidade do estabelecimento de padrões internacionais de proteção ao trabalho aceitos e consagrados juridicamente.

A Europa entre na I Grande Guerra, todavia, dividida em relação às questões trabalhistas: de um lado a Segunda Internacional e a IFTU, que, embora divididas, aceitavam buscar os avanços sociais dentro da estrutura capitalista, de outro lado, a Terceira Internacional, fundada por Lenin, em 1914, que não aceitava o reformismo das outras duas organizações, buscando a via rápida para a mudança: a Revolução. A esse panorama europeu deve-se somar o trabalhismo americano, fortalecido pela criação de sindicatos e pelo crescimento econômico dos Estados Unidos, em grande parte decorrente da guerra.

A Conferência de Versalhes

Em Versalhes, os países vitoriosos consideravam já como essenciais as questões relativas à legislação trabalhista. Em primeiro lugar, porque a Revolução Russa, ainda que incipiente naquele momento, dava mostras do que pretendia não só no campo econômico, senão também no social. Em segundo lugar, porque a miséria causada pela guerra fez com que movimentos revolucionários espocassem pela Europa, fazendo-se necessário apresentar realizações palpáveis no campo social como forma de conter a insatisfação generalizada. Por fim, tinha-se já àquela época a noção de que legislações trabalhistas nacionais divergentes representavam um modo de tornar mais avançada do que a que havia antes da guerra, mas também de que essa legislação fosse adotada pelos países concorrentes em comércio internacional de manufaturas.

O Tratado de Versalhes, portanto, não só previu a criação de uma organização para tratar de assuntos trabalhistas, mas listou os princípios que norteariam a legislação internacional sobre a matéria. Associava-se a paz universal à justiça social. Sem esta não haveria aquela.

A chamada Carta do Trabalho, parte do Tratado que se dedicava aos princípios trabalhistas que deviam ser seguidos pelos membros da recém-criada Liga das Nações, consagrava os seguintes princípios:

- I. o trabalho não deve ser visto como mero produto ou artigo de comércio;
- II. direito de associação;
- III. o pagamento de um salário adequado à manutenção de padrão de vida razoável;
- IV. oito horas de trabalho por dia, quarenta e oito horas, por semana;
- V. descanso semanal de pelo menos vinte e quatro horas;
- VI. abolição do trabalho infantil;
- VII. igual pagamento por trabalho igual;
- VIII. tratamento econômico igual para todos os trabalhadores num país (imigrantes e nacionais devem ser tratados igualmente);
- IX. sistema de verificação do cumprimento das leis de proteção ao trabalho.

O Tratado previa, ainda, que a primeira conferência da recém-criada organização deveria ocorrer em Washington.

A Conferência de Washington

Trinta e nove delegações compareceram ao encontro que fundou a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Pontos fundamentais foram decididos então, como

a divisão dos votos e da representação, a qual seria composta, pela primeira vez na história das organizações internacionais, por membros não-governamentais representando os empregadores e os empregados. A IFTU queria que os votos fossem divididos igualmente (1-1-1) e o critério fosse de maioria simples para aprovação de resoluções. Prevaleceu a proposta inglesa que dava aos governos representação igual à representação das outras partes (2-1-10, além de estipular a necessidade de maioria qualificada para as decisões da organização (2/3).

Estabeleceram-se também os instrumentos básicos de ação da organização: as convenções, a serem aprovadas nas conferências anuais e com a obrigação pelos Estados-Membros de apresentação para ratificação pelos parlamentos nacionais no prazo de um ano; as recomendações, que não teriam força de trabalho, mas deveriam ser consideradas na formulação das legislações nacionais sobre relações trabalhistas e as resoluções, de caráter interno. Criaram-se o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho, órgão executivo dirigido por um diretor-geral.

Apesar de ter se realizado em Washington, a convite do Presidente Wilson, o encontro não contou com a participação dos Estados Unidos. Dividido entre o isolacionismo e o internacionalismo, o país optou naquela época por não ratificar o Tratado de Versalhes e conseqüentemente não participar do sistema da Liga das Nações sob a justificativa de que ela seria, predominantemente, controlada pela Europa.

Os primeiros anos (1919-1922)

A partir da Conferência de Washington, a OIT passou a produzir Convenções e Recomendações abundantemente com o objetivo de realizar o mais breve possível a internacionalização dos padrões de proteção

ao trabalho. Neste primeiro período a organização aprovou 34 acordos internacionais versando sobre as mais diversas matérias, tais como horas de trabalho na indústria (8/48), trabalho noturno, idade mínima para o trabalho e proteção à maternidade. Dirigida pelo socialista francês e ex-ministro de Munição da França durante a Guerra, Albert Thomas, a OIT passou a enfrentar problemas a partir de 1922 por duas razões:

- 1) a crise econômica e o desemprego cresceram no pós-guerra e muitos países passaram a ver a legislação internacional do trabalho como um empecilho à redução dos custos do trabalho;
- 2) a quantidade de instrumentos aprovados pela organização era maior do que podiam os parlamentares nacionais dar contra, acumulando-se o número de convenções por ratificar.

Foi nesse contexto que o Governo francês fez consulta, através da Liga das Nações, à Corte Permanente de Justiça Internacional, sobre a pretensão da OIT de tratar de temas ligados à agricultura. O argumento básico da consulta era o de que a parte do Tratado de Versalhes que versava sobre a OIT falava em trabalho na *indústria* e não na agricultura. Esclareceu-se que a palavra *industry*, empregada em inglês no texto original, engloba também o trabalho no campo e nesse sentido decidiu a Corte.

O avanço do totalitarismo (1922-1933)

As tentativas de limitar a ação da OIT ganharam reforço a partir de 1922, com a ascensão de Mussolini na Itália. O governo facista passou a perseguir, com o apoio da alta burguesia e do clero, a *Confederazione Generali del Lavoro* (CGL), de linha socialista e que contava com 2,2 milhões de associados. Assim, duas associações foram

criadas pelo governo (a *Confederazione Generale dell'Industria* e a *Confederazione delle Corporazione Sindicali Fascisti*) e reconheceram-se reciprocamente como representantes dos empregadores e empregados, excluindo a CGL interna e externamente, já que a Itália não contaria mais com representante na OIT que não fosse aprovado pelo governo facista.

Apesar das reações internacionais, inclusive da IFTU, o Governo italiano manteve sua linha e passou a obstruir decisões que lhe fossem contrárias na OIT, já que tinha assento permanente e direito de veto no Conselho Administrativo.

Nesse mesmo período, obteve-se uma decisão limitando a dotação orçamentária anual destinada à OIT, a qual permaneceu no patamar dos 4,4 milhões de dólares durante todo o período entre-guerras.

Em 1933, chega ao poder na Alemanha Adolf Hitler com o propósito de reverter as decisões tomadas em Versalhes. Em 1934, a Alemanha se retira da Liga das Nações e da OIT. O Japão inicia sua corrida expansionista na Ásia pela Manchúria, entrando em guerra com a China, o que lhe valeu a condenação na Liga e levou a sua retirada, primeiro da Liga e em seguida da OIT.

A grande depressão

Por outro lado, a segunda-feira negra, 29 de outubro de 1929, não significou apenas a falência para milhares de acionistas norte-americanos, mas o início de um período dos mais graves neste século. A atividade econômica nos centros de produção industrial entrou em colapso e países como o Brasil passaram a exportar menos os seus produtos agrícolas e matérias primas, levando a problemas de balança de pagamentos e à diminuição da capacidade para importar. Inicia-se, então, para o país o

período conhecido como de substituição de importações, que levou a processo de industrialização nos anos seguintes.

Países como a Alemanha, que além de enfrentarem a crise de reconstrução tinham de cumprir compromissos de reparação estabelecidos em Versalhes, foram os mais atingidos. Nos Estados Unidos, a eleição de Franklin Roosevelt, em 1932, e a adoção do *New Deal* representaram uma tentativa de saída para a crise. A eleição de Roosevelt significava, ademais, uma aproximação com a OIT, na época dirigida por Harold Butler, um dos autores da sua constituição e colaborador desde 1919. A relação entre Butler e Roosevelt foi grande responsável pela entrada, em 1934, dos Estados Unidos na OIT, mesmo sem fazer parte da Liga das Nações.

A OIT, em sua Conferência de 1932, sugeriu ao Secretário Geral da Liga as seguintes medidas para enfrentar a crise econômica iniciada em 1929:

- I) realizar levantamento de obras públicas nacionais e internacionais, destinar recursos para apoiá-las e iniciá-las sem demora;
- II) reavaliar as reparações de guerra pendentes e outros débitos políticos;
- III) realizar gestões conjuntas para enfrentar os problemas de crédito e moeda;
- IV) examinar os problemas relacionados à produção e ao comércio internacional e propor soluções em conjunto com organizações de patrões e empregados.

A OIT via, portanto, na cooperação, reavaliação das dívidas de guerra e, sobretudo, na intervenção do Estado por meio da realização de obras públicas uma saída para a crise iniciada em 1929.

A Conferência de Santiago

Durante a XIX Conferência Anual, em 1935, o Governo chileno convidou o Diretor Geral, Harold Butler, para participar de um encontro de âmbito regional a se realizar em Santiago, com o apoio de todos os governantes latino-americanos. A primeira Conferência Regional do Trabalho, realizada nos moldes estabelecidos pela OIT, inclusive com representações tripartites, ocorreu em Santiago, de 2 a 14 de janeiro de 1936, com a participação de todos os Estados do Continente, à exceção de Honduras. O Uruguai, apoiado pelo México, sugeriu a criação de organismo regional independente da OIT para tratar de assuntos trabalhistas no continente americano. A proposta, que havia apresentada também na VII Conferência Panamericana, em Montevidéu, em 1933, foi rejeitada.

A Conferência reconheceu as dificuldades enfrentadas pelos governantes para adotar a legislação trabalhista nos moldes estabelecidos pela OIT em razão da grande diversidade de estágios de desenvolvimento dos países do Continente. Foi tomada Resolução requerendo que o Conselho de Administração da OIT solicitasse aos governos do Continente informações acerca dos problemas econômicos e sociais que afetavam a vida das populações indígenas. Tratou-se, do mesmo modo, de questões como o desemprego, custo de vida, descanso semanal e seguro social, entre outras.

É bom salientar que, em 1938, dois anos a Conferência de Santiago, o Brasil havia ratificado apenas 4 convenções da OIT, enquanto o Chile aprovara 11; a Argentina, 7; o Peru, 28 e Cuba, 6. Essa Conferência, contudo, foi a primeira de uma série de outras regionais, sobre matéria trabalhista, no âmbito da OIT; na Ásia em 1947, na Europa em 1955 e na África em 1960.

A segunda grande guerra e a criação da ONU

Com a invasão da Polônia pela Alemanha de Hitler o inevitável ocorreu. A II Guerra Mundial trouxe consigo não só a morte e a destruição, mas também a desorganização das instituições internacionais.

A OIT, dirigida à época por John Winant, ex-governador de New Hampshire e primeiro diretor do *United States Security Board*, foi removida de Genebra para Montreal, onde poderia continuar suas atividades sem as ameaças da guerra.

Na América pôde a OIT convocar e promover a Conferência Anual de 1944, em Filadélfia, nos Estados Unidos. Essa Conferência e sua Declaração final foram decisivas no período de reorganização das instituições internacionais que já se iniciavam.

Os chefes de Estado dos países aliados já se encontravam seguidamente e em 1945 estava marcada a reunião que lançaria a nova organização mundial que viria substituir a Liga das Nações. A OIT participou através de seu diretor, Edward Phelan, das negociações que culminaram no acordo entre a OIT e a recém-criada Organização das Nações Unidas, pelo qual a OIT, agora com orçamento próprio, passava a fazer parte do chamado sistema das Nações Unidas, juntamente com as recém-unidas FAO e UNESCO.

A redefinição do papel da OIT foi marcada pela Declaração de Filadélfia, que reafirmou os princípios de 1919, tornando-os ainda mais amplos. Ao afirmar, na segunda parte, que todos os seres humanos, independentemente de cor, sexo ou religião, têm o direito de buscar seu bem-estar material e espiritual em paz e dignidade, segurança econômica e oportunidades iguais, a Declaração consagrou pela primeira vez em instrumento de reconhecida validade jurídica internacional o princípio

da igualdade entre os homens, servindo de base para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A relação entre a OIT e a legislação internacional no campo dos Direitos Humanos não pára por aí. Com o crescente interesse internacional, a partir de 1945, pela constituição jurídica de instrumentos de defesa dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado, que geraram os horrores da II Grande Guerra, é iniciada a discussão sobre os dois Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, só concluídos em 1966; o *Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos* e o *Pacto sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*. Ambos só foram adotados, entretanto, em 1976, quando atingiram o número mínimo de ratificações exigido pelas Nações Unidas, e só vieram a ser ratificados pelo Brasil em 1992. O segundo, sobre os chamados Direitos Humanos de segunda geração, tem claras afinidades com o escopo de ação da OIT, que teve um papel destacado na defesa dos direitos sociais e econômicos dos trabalhadores e pode avançar mais rapidamente nesse campo, já que vinha atuando por temas e áreas bem definidas, sendo por isso mesmo suas convenções e recomendações menos temidas do que o Pacto.

O processo de descolonização iniciado no pós-guerra, por sua vez, inundou a Comunidade Internacional de novos Estados, todos eles procurando desde cedo ingresso na OIT, que pôde assim ver cumprido o seu princípio da universalidade. Os novos membros trouxeram consigo novos modos de ver os problemas do trabalho no mundo e a organização passou a desempenhar novas funções. A elaboração de instrumentos jurídicos internacionais não era suficiente para a melhoria das condições de trabalho no mundo e a partir dessa constatação e dentro da filosofia da ONU, a OIT passou a

prestar assistência técnica a projetos nos mais diversos países nos cinco Continentes.

Conceitos como o de desenvolvimento, essenciais para países como o Brasil, passaram a fazer parte do vocabulário da OIT. Não era suficiente, nem possível, criar uma legislação uniforme na área trabalhista, mas era necessário prestar assistência técnica e treinamento para países em desenvolvimento com o fim de melhorar efetivamente as condições de trabalho no mundo.

Os novos temas: cláusula social e exclusão social

Com o fenômeno dos países de industrialização recente e a abertura do comércio internacional, redefinido no pós-guerra pelo *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), países industriais considerados tradicionais, como Estados Unidos e França, retomam a discussão sobre a relação entre comércio e leis trabalhistas. Os sindicatos norte-americanos, por exemplo, argumentam que seus membros estão perdendo seus empregos em razão da concorrência de produtos fabricados por trabalhadores que não têm reconhecidos direitos trabalhistas mínimos. Há denúncias no sentido de caracterizar o trabalho infantil e o trabalho forçado como fatores de redução artificial dos preços (*dumping*) dos produtos postos no mercado internacional por países como a China.

Os acordos para liberalização do comércio internacional, realizados pelo GATT/Organização Mundial de Comércio (OMC), que visam à eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias entre os países podem estar em risco a partir do momento em que, devido a uma crise econômica, seja estimulada a criação de novas barreiras para o comércio internacional, como seria o caso de uma eventual cláusula social (aplicada aos países que

não respeitassem normas mínimas reconhecidas internacionalmente na área trabalhista) ou, ainda, de uma cláusula verde (aplicada àqueles países que não respeitassem níveis mínimos de preservação ambiental).

Por outro lado, verifica-se que à verificação do comércio internacional não corresponde uma maior distribuição do bem-estar social entre as diversas populações no globo. Populações inteiras, principalmente na África e países asiáticos, mas também na América Latina, como é o caso dos povos indígenas, permanecem à margem do progresso científico e tecnológico. A exclusão social desses continentes humanos passa também a interessar à OIT, que vem realizando estudos e aprovando acordos com vista a aumentar o número de empregos disponíveis nos países considerados mais pobres e ao mesmo tempo estimular melhoria das condições de trabalho e sobrevivência nas sociedades consideradas excluídas.

Os princípios:

Representação Tripartite.

É uma das inovações implantadas pela OIT, já que a Conferência anual, com poder para aprovar instrumentos jurídicos internacionais, é composta por delegações nas quais só a metade dos votos pertence aos governos instituídos. Não só a representação tripartite foi e continua sendo fonte de força da OIT na busca de adoção e implementação de medidas no seu âmbito de atuação, já que elas contam com um *quantum* maior de legitimidade, mas também indica o caminho a ser seguido nos foros multilaterais do futuro no sentido de limitar a soberania dos Estados.

Universalismo. Sempre buscado pela Organização, desde os tempos de Albert Thomas, mas só efetivamente

atingido após a II Grande Guerra com a adesão da Alemanha, posteriormente da União Soviética e dos países recentemente independentes. Hoje, o Conselho de Administração conta com representação de governos dos cinco continentes.

A Composição:

A Conferência Internacional do Trabalho

É assembléia deliberativa da organização e se reúne anualmente. Tem as seguintes tarefas:

- 1) eleger o Conselho de Administração;
- 2) aprovar o orçamento anual, que é financiado por contribuição dos Estados-Membros;
- 3) estabelecer normas internacionais de proteção ao trabalho, por meio das Convenções e Recomendações;
- 4) ser foro mundial para discussão de temas relativos ao trabalho e as problemas sociais dele decorrentes.

É composta pelas delegações dos Estados-Membros, que, por sua vez, são compostas por dois representantes dos governos, um representante dos empregadores e um representante dos empregados daquele país. É permitido às delegações convidarem assessores técnicos para acompanhá-las.

O Conselho Administrativo

Reúne-se, normalmente, três vezes por ano em Genebra e decide a política e os programas a serem executados pela Organização. Compõe-se de 56 membros, sendo 28 representantes de governos, 14

representantes de empregadores e 14 representantes de empregados. Dos 28 Estados representados, 10 têm assento permanente por serem considerados “de maior importância industrial”, e os demais são eleitos pela Conferência a cada três anos.

A Repartição Internacional do Trabalho

É chefiada por um Diretor Geral (Michel Hansenne, desde 1989) designado pelo Conselho de Administração. Contando com o apoio de técnicos de cerca de 110 países, a Repartição tinha, em 1988, 1.900 funcionários, além de 800 especialistas na área de cooperação internacional. Além da administração, a Repartição cuida do Centro de Investigações, das publicações e das atividades práticas da OIT.

Os instrumentos jurídicos:

A função normativa da OIT se exerce através de *Convenções e Recomendações*, reunidas no *Código Internacional do Trabalho*.

As *Convenções*, assim como as *Recomendações*, são adotadas por maioria qualificada de 2/3 dos presentes na Conferência Internacional do Trabalho, após processo específico de preparação. As *Convenções* devem, contudo, ser apresentadas ao parlamento nacional para ratificação, tendo, assim, o status de Tratamento Internacional. Estão previstos relatórios regulares a serem encaminhados pelos Estados-Membros à OIT sobre o cumprimento de seus dispositivos e estão sujeitas a serem objeto de queixas formais à OIT. Já as *Recomendações* não necessitam de ratificação, mas representam orientação a ser levada em conta pelos Estados-Membros quando da elaboração de legislação específica, sendo objeto de relatórios a pedido e exames ocasionais pelos órgãos especializados da OIT.

O Funcionamento:

O Processo de formulação de Convenções e Recomendações

A Repartição Internacional do Trabalho, em consequência de estudos realizados sobre a situação do trabalho nas diversas partes do globo, propõe temas ao Conselho de Administração, que decide sobre a inclusão na ordem do dia da Conferência. Caso entenda o Conselho de Administração que determinado tema deve ser objeto de discussão na Conferência, é elaborado um relatório inicial e um questionário a ser enviado aos Estados-Membros sobre a legislação e a prática internacional na área temática escolhida. Este primeiro relatório deve estar pronto 12 meses antes da Conferência e o questionário deverá ser respondido em 4 meses pelos governos. Com base nas respostas, prepara-se uma lista de questões a ser distribuída 4 meses antes da Conferência que discutirá preliminarmente o tema. De acordo com as conclusões, prepara-se o anteprojeto de convenção ou recomendação num prazo de até 2 meses após o encerramento da Conferência. Esse anteprojeto constitui-se no terceiro relatório sobre o tema. Os Estados-Membros, após conhecerem o conteúdo do terceiro relatório, devem enviar comentários num prazo de 3 meses. Entra-se, então, na etapa final, sendo elaborado o quarto e último relatório até 3 meses antes da Conferência seguinte. É apenas numa segunda Conferência, e, portanto, numa segunda discussão sobre o tema, que se poderá chegar a votar uma convenção ou recomendação. É necessária a maioria qualificada de 2/3 dos presentes para aprovação final.

O Processo de verificação do cumprimento dos acordos

Há dois órgãos na OIT que compartilham a tarefa de acompanhar o cumprimento dos instrumentos aos quais os Estados-Membros livremente aderiram. Numa primeira

fase, a *Comissão de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações*, composta por juristas de reconhecida eminência, formula observações sobre o modo como foram encaminhados os instrumentos por cada Estado-Membro. Em seguida, durante a realização da Conferência Internacional do Trabalho, uma *Comissão sobre Aplicação de Convênios e Recomendações*, de caráter tripartite e em sessão pública, analisa e discute os relatórios apresentados pela Comissão de Especialistas. Desde 1964, registraram-se 1.800 casos de mudanças realizadas por Estados-Membros em decorrência desse procedimento de supervisão.

Pode-se, ainda, provocar, através de *reclamação* (apresentada por órgão não-governamental contra Estado-Membro) ou *queixa* (apresentada por Estado-Membro contra Estado-Membro), procedimento contencioso de verificação do cumprimento das Convenções ratificadas. Para julgar os contenciosos, o Conselho de Administração institui uma *Comissão de Investigação*, cujos membros, num total de 10, são escolhidos a título pessoal. Considerado culpado o Estado-Membro denunciado, cabe à *Comissão de Investigação* instá-lo a que dê solução adequada à situação verificada.

Leituras recomendadas:

- 1) *Constituição da Organização Internacional do Trabalho, com a Declaração de Filadélfia*;
- 2) SÜSSEKIND, Arnaldo. *As Convenções da OIT*. São Paulo, Ltr, 1994.
- 3) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho* Rio, Freitas Bastos, 1987.
- 4) MORSE, David. *The Origin and Evolution of the ILO and its role in the World Community*. New York, Cornell University, 1969.
- 5) ALCOCK, Antony. *History of the International Labour Organisation*. London, MacMillan Press, 1971.

NÓS E OS JUÍZES

Joaquim Correia de Carvalho Júnior
Advogado. Membro da Comissão de Reforma do
CPC, constituída pelo Ministério da Justiça em
1985. Ex-Presidente da OAB-PE (1971/1975)

Na introdução ao seu “*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*”, que, na tradução portuguesa, recebeu o título de “*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*”, esse poeta do direito, que foi CALAMANDREI, salientava a interação que, necessariamente, há de existir entre magistrado e advogado, ambos artífices do direito, não podendo um existir sem o outro.

Observava o ilustre processualista italiano:

“Como todos podem notar, examinando a célebre série de desenhos que DAUMIER consagrou à gente da justiça, nunca se fazem caricaturas de advogados sem envolver na sátira os juízes. Os advogados e os juízes desempenham no mecanismo da justiça o papel de cores complementares na pintura. Opostos, é pela aproximação que melhor se fazem valer. As qualidades que mais se respeitam nos magistrados: a imparcialidade, a resistência a todas as seduções do sentimento, a sua indiferença serena, quase sacerdotal, essas qualidades, que purificam e recompõem sob a rígida forma legal as manifestações mais vergonhosas da vida, não teriam tamanho brilho se, ao seu lado, para lhes dar mais relevo, não se pudessem opor as virtudes contrárias

dos advogados, isto é: a paixão pela luta generosa pelo direito, a revolta contra todos os subterfúgios, a tendência – contrária à dos juízes – para adoçar pelo calor do sentimento o duro metal das leis, a fim de melhor o adaptar à viva realidade humana”. (Obra citada, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1960, págs. 12/13).

Apesar de contrastantes, porque diversos nas funções, juízes e advogados, sendo iguais na missão de servir ao ideal da justiça, têm mais pontos em comum do que divergências. Daí concluir o mestre italiano, após cobrar um elogio dos advogados, escrito por um juiz, que, se um dia tal ocorrer, “eles hão de se aperceber que para dizer bem dos advogado não se pode fazer mais do que repetir, quase à letra, o que se deve dizer para elogiar os juízes. E, então, este reconhecimento recíproco e coincidente de méritos, feito por pessoas que cada dia trabalham juntas pelo mesmo ideal, há de aparecer muito mais profundo e significativo do que poderia ser uma troca de delicadezas entre bons vizinhos. Mais do que o elogio dos juízes e dos advogados, há de ser o elogio da Justiça e dos homens de boa vontade, que, sob a beca do juiz ou sob a toga do Advogado, consagram a vida a servi-la”. (Obra citada, pág. 17).

Na verdade, se me perguntarem quais as qualidades que se pretende de um bom juiz e de um bom advogado, eu não hesitaria em responder que, deles, o que se espera é, antes de mais nada, probidade, competência, independência e urbanidade, certo que a probidade compreende, no magistrado, a isenção e, no advogado, a parcialidade, já que defende ele os interesses de uma das partes. Mas parcialidade com lealdade, que dele deve o julgador esperar.

* * *

E porque, ao falar sobre os juízes, estou também falando da minha profissão, aceitei de bom grado o convite que me foi feito pela “Escola de Advocacia Prof. Rui da Costa Antunes”, através do seu digno Diretor, o doutor EDUARDO SERTÓRIO, já que há quase meio século outra coisa não tenho sido senão advogado. E advogado de foro, freqüentando os seus corredores e salas de audiências praticamente todos os dias, porque é neste recinto que me realizo e é aqui que vivencio a grandeza da justiça, apesar da pequenez que marca muitas vezes os gestos e os atos dos que a ela devem servir.

Não esperem – os que terão a generosidade de me ouvir – novidades “novas”, nem princípios filosóficos ou demonstrações de erudição. Mas apenas um testemunho sincero de quem por tantos anos aqui tem vivido, anos de desencanto por vezes, mas, acima de tudo, anos de renovada fé nos ideais do direito. Até porque, não fora essa fé, retemperada sempre que sentimos a supremacia desses ideais sobre a esperteza e a improbidade, a vida não merecia ser vivida. Como diria o personagem do filme “Filadélfia”:

“De vez em quando, não com freqüência, mas ocasionalmente, pode-se participar da realização da justiça. E isto é emocionante quando acontece.”

* * *

Por ser um testemunho sincero, direi o que minha consciência clama que eu diga, sem outras limitações que as regras da urbanidade, lembrado, todavia, do aconselhamento de COMTE SPONSVILLE, para quem “mais vale ser demasiado honesto para ser educado, do que ser demasiado educado para ser honesto” (“Pequeño Tratado de las Grandes Virtudes”, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1996, pág. 26).

Penso que existem dois tipos de advogados, que PAUL CLAUDEL define como “advogados que sabem o direito e advogados que freqüentam os magistrados (apud PAUL LOMBARD, in “*Le Juge et l’Avocat*”, ed. Robert Laffont, Paris, 1992, pág. 128), a cada um deles correspondendo duas distintas maneiras de encarar a figura do magistrado, em suas virtudes e em seus defeitos, conforme a ótica do advogado e dos seus patrocinados: para o advogado consciente do sentido ético da profissão – e também para o cliente que com ele comungue dessa eticidade – o juiz deve ser honesto – vale dizer, imparcial, independente e competente, portanto culto e cumpridor de seus deveres. Em poucas palavras: deve o juiz, tal como o advogado, ser dotado de consciência e de ciência. E, certamente, essas qualidades, que esperamos ver no juiz, não serão as mesmas qualidades que nele querem encontrar os advogados “espertos” e os clientes que pedem a sua esperteza. Para eles, o juiz que convém é aquele sensível a determinados argumentos, que não são propriamente o direito, a justiça e a verdade; que seja rapidíssimo para lhes deferir as medidas postuladas, especialmente quando se trata de liminar, e “tardinho” em dar seguimento ao processo, já depois de obtida aquela, e em apreciar as postulações do *ex adverso*. Se o juiz for preparado, por vezes até ajuda, na medida em que pode dar visos de legitimidade às pretensões mais absurdas. O que não ajuda é se o juiz tiver consciência.

Se para o cliente, envolvido patrimonial e emocionalmente na lide e sem compromissos outros que não sejam o seu próprio interesse, pode-se encontrar alguma justificativa, para o advogado, que jurou servir aos ideais mais nobres da justiça, constitui falta imperdoável.

E dessa diversa e oposta maneira de advogar e de encarar a Justiça, resulta também a diversidade no relacionamento que uns e outros procuram manter com

os juízes: para os primeiros, o relacionamento se resume, como diz SIMONE ROZES, antiga Presidente da Corte de Cassação da França, em algumas palavras: “independência recíproca, respeito mútuo, complementariedade, liberdade total de palavra e de comportamento.” (“*Le Juge et l’Avocat*”, ed. Robert Laffont, Paris, 1992, págs. 130). A que acrescentaríamos a lealdade, a coragem e o sentimento de fraternidade.

Já para os advogados espertos, esse respeito e essa fraternidade transmudam-se em licenciosa intimidade.

* * *

Nosso imaginário, queremos uma justiça perfeita, onde o princípio “dá a cada um o que lhe pertence” prevaleça em quaisquer circunstâncias.

E como a Justiça – aqui entendida a palavra como a instituição que faz atuar a vontade do Estado, na prestação jurisdicional – é exercitada através dos homens, os magistrados, deles queremos a perfeição, tarefa impossível para todos nós, simples mortais, embora a missão de que se acham investidos os juízes seja própria dos deuses.

Se tal perfeição é, na quase totalidade das vezes, um ideal jamais atingido, cuidado que não é demasia esperar dos juízes aquela perfeição própria dos humanos.

Mas como seria o juiz capaz de fazer, dentro dos limites da nossa humana imperfeição, um justiça quanto possível perfeita?

* * *

Para que se tenha uma idéia, ainda que pálida, das dificuldades em alcançá-la, basta atentar para o que seja a *verdade*, sobre a qual irá assentar a prestação jurisdicional.

Em geral, pelo menos cada um dos litigantes tem a sua verdade, verdade que não é, na maior parte das vezes, de todo correta ou errada.

MOLIÉRAC, antigo *bâtonnier* de Bordeaux, dizia que as querelas não durariam tanto se os erros estivessem só de um lado, e que a verdade, de ordinário, não é tão simples, nem tão absoluta. E, citando *Anatole France*, acrescentava ser a verdade branca, “porque ela é feita de uma infinidade de nuances, como a roda (roue) de diferentes cores parece branca quando gira; é isto que explica a diversidade de opiniões”. (“Initiation au Barreau”, Librairie Dalloz, Paris, 1947, págs. 121/122).

Se a verdade trazida ao juiz é aquela que lhe é posta pelas partes, através de seus patronos, ressalta, desde logo, a responsabilidade que têm os advogados nesse particular, cuja primeira qualificação, como já dissemos, há de ser a probidade.

Ainda são de CALAMANDREI as seguintes palavras:

“A probidade é certamente a primeira qualidade do causídico, tomando-se probidade no sentido de que não deve nunca afirmar ao juiz uma coisa que sabe, de ciência certa, ser contrária à verdade. Mas visto que o advogado é obrigado ao segredo profissional e que não pode, para não trair a verdade, trair a defesa, deve saber calar-se a tempo e encontrar no silêncio o meio de conciliar o dever de lealdade para com o juiz com o seu dever de advogado para com o cliente”. (Obra citada, págs. 68).

Quando da discussão, no Congresso Nacional, do projeto que se converteu no Código de Processo Civil em vigor, travou-se aceso debate acerca do seu art. 14, que estabelece o dever das partes e dos seus procuradores em expor os fatos conforme a verdade e de proceder com lealdade e boa-fé.

Naquela oportunidade, o senador NELSON CARNEIRO, ao apresentar emenda supressiva, mencio-

nou que a matéria envolvia questões doutrinárias e até filosóficas, havendo correntes que proclamavam o direito de mentir. E, por fim, indagava:

“...que verdade será essa que o inciso I quer impor à parte como norma rígida de conduta? A verdade dela parte? A verdade do juiz? Ou será a verdade ética, pura, límpida, de ordinária inalcançável por um e outro, senão que pelos santos?” (in PAULO C.A. LIMA, “Código de Processo Civil – Crítica – Exegese”, ed. Legius, Rio, 1973, págs. 18).

Tenho para mim, que a verdade processualmente exigida há de ser aquela que seja verossímil, não podendo ser aceita a versão de fatos que atentem contra a evidência, que é para usarmos a lição de JOLIVET:

“Essa claridade, que determina em nós a adesão, de fato, é da natureza da inteligência dar seu assentimento à verdade, desde que claramente percebida. A evidência exerce, assim, sobre a inteligência uma espécie de constrição, pela qual se torna impossível, a quem vê a verdade, julgar que não vê.”

“A evidência é, ela mesma, sua própria prova. Segue-se que não há como provar a evidência. Assim, não há argumento para provar que é dia, em pleno meio dia; basta abrir os olhos. Segue-se, ainda, que toda demonstração consiste em fazer brilhar alguma evidência aos olhos da inteligência.” (“Traité de Philosophie”, Emmanuel Vitte, Editeur, Lyon et Paris, 1949, vol. I, pág. 139).

Já se vê, portanto, quão importante para a realização da justiça é o papel do advogado, de quem é de se esperar lealdade perante o juiz, que, frequentemente, há de confiar na versão dos fatos por ele trazida aos autos e, até mesmo,

na correção do texto legal, assim como da jurisprudência e da doutrina invocados, como bem lembra COUTURE (“Los Mandamientos del Abogado”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, págs. 36)

Em uma das suas defesas perante o Supremo Tribunal Federal, disse RUY BARBOSA:

“Eu sei, senhores juízes, que uma das primeiras necessidades de qualquer causa é a integridade moral do seu patrono, o prestígio de sua sinceridade. Devo, pois, reivindicar altamente a minha, e hei de reivindicá-la.” (apud LUIZ NÓBREGA, “Ética profissional do advogado vista por um magistrado”, Revista da OAP, Recife, 1974, nº XI / XVIII, pág. 207).

Por isso, causa-me estupor quando vejo advogados vangloriando-se da esperteza com que agiram, esquecidos de que esta, sendo filha da fraude, é incompatível com uma profissão essencialmente ética, como é a advocacia. Ou quando os vejo insinuando, de forma a serem ouvidos pelos possíveis clientes seduzidos pela possibilidade de uma justiça de cartas marcadas, o poder que dizem exercer sobre um ou outro magistrado, o que, por vezes, parece se confirmar pela facilidade com que obtêm as decisões prometidas, por mais absurdas que elas sejam.

Do que foi até agora exposto, parece lícito concluir que a primeira condição para uma boa prestação jurisdicional está na lealdade das partes e dos seus patronos, sem as quais, dificilmente, poder-se-á esperar um veredicto correto, o que não exclui – antes acentua – a responsabilidade do magistrado, que deverá, com a mais absoluta isenção, saber separar o joio do trigo.

* * *

Por outro lado, é certo também que a *verdade* a ser considerada em qualquer processo é aquela comprovada nos autos, sujeita, portanto, a todas as distorções que decorram da prova coletada, com testemunhas viciadas, perícias parciais e tantas outras falhas. Mas, assim mesmo, a única que pode ser admitida, sob pena de incorrerem os juízes no erro maior do subjetivismo, que é o primeiro passo para a parcialidade.

Por isso mesmo, na coleta da prova, cabe ao juiz agir com extrema cautela, inclusive e especialmente na escolha do perito, que deve ser de sua mais absoluta confiança, máxime quando essa prova técnica, como ocorre na maioria das vezes, é que irá orientar o julgamento, pois, consoante adverte PAUL LOMBARD, “quando o *expert* é solicitado, é de se temer que a função de julgar escape do juiz.” (obra citada, pág. 27).

O Código de Processo Civil, em sua redação primitiva, previa a figura dos assistentes técnicos, que tinham participação ativa na realização da perícia, procedendo, juntamente com o perito, às devidas averiguações e conferenciando entre si, devendo o laudo ser firmado por todos, quando unânime.

Ao argumento de que os assistentes, conquanto havendo prestado compromisso e podendo ser recusados nos casos de impedimento ou suspeição, eram sempre parciais, procedeu-se, com a Lei nº 8.455, de 24.08.92, à alteração do Código, sob o pretexto de dar maior celeridade a essa prova, que passou a ser realizada exclusivamente pelo perito do juízo, abrindo-se, somente após apresentado o laudo em cartório, a possibilidade da apresentação de parecer pelos assistentes, independentemente de intimação, no prazo comum de 10 dias, ainda quando a perícia seja de tal forma complexa que impossibilite um seu estudo sério em tão exíguo tempo, ressalvada a possibilidade de vir esse prazo a ser

prorrogado, a critério do juiz. Em outras palavras, eliminou-se, na prática, a possibilidade de serem contraditadas, com seriedade, as conclusões do perito oficial, cujas diligências não terão sofrido o acompanhamento das partes interessadas, através de seus assistentes. Tudo isso em prejuízo da verdade, para cuja obtenção não se pode prescindir do princípio do contraditório e da ampla defesa.

A respeito dessa alteração legislativa, cabe-me esclarecer ter ela se louvado em sugestão oferecida por Comissão constituída pelo Ministério da Justiça em 1985, com a minha participação. Naquela oportunidade, pareceu útil seus integrantes a inovação. A experiência por mim vivenciada após essa alteração legislativa, mostrou-me, todavia, o equívoco em que laboramos.

* * *

Aceita, que seja, a verdade processual assim produzida, resta ainda ao juiz adequá-la ao direito.

Mas, que direito, se, quase sempre, a norma jurídica comporta mais de uma interpretação, por vezes contraposta? Nesse tema, cuido que o sentimento de justiça, que tenho por inato em todo ser humano, embora importantíssimo para a solução da lide, não se pode sobrepor ao direito escrito aplicável ao caso concreto, exceto pela via revolucionária. E aí, já não há falar, verdadeiramente, em prestação jurisdicional pelo órgão estatal incumbido de aplicar a lei, o magistrado, antes, de revolta à ordem jurídica que a ele cabe fazer respeitar.

Isto significa dizer, em outras palavras, que não aceito, como *jure constituto*, o chamado *direito alternativo*, “*la bouche de la loi*”, como dizem os franceses, por mais fascinantes que sejam os seus princípios e os seus objetivos, como são os que informam o direito natural, que tanto me seduziu no início dos estudos na velha Faculdade de Direito do Recife e que ainda hoje me inspira na luta pelo aprimoramento da ordem jurídica.

Defensor do *direito alternativo* parece, em que pese a opinião em contrário do TARSO FERNANDO GENRO (“Os Juízes contra a Lei”, in “Lições de Direito Alternativo”, nº 2, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, pág. 26), ter sido, na última década do século passado, o “*bom juiz MAGNAUD*”, com a sua *jurisprudência sentimental*, de que nos fala CARLOS MAXIMILIANO:

“O fenômeno Magnaud foi apenas “retumbante manifestação de ideologia pessoal”: atravessou o firmamento jurídico da Europa como um meteoro; da sua trajetória curta e brilhante não ficaram vestígios. Quando o magistrado deixa-se guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses.” (“*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Editora Freitas Bastos, Rio, 1947, págs. 111/112).

É certo que uma das teses esposadas por aquele magistrado, absolvendo a autora do chamado furto famélico, inclusive ao argumento de que “pode e deve o juiz interpretar humanamente as inflexíveis prescrições da lei” (in JACQUES BORGÉ e NICOLAS VIASNOFF, “*Archives des Juges et Avocats*”, Éditions Michèle Trinckvel, Paris, 1995, pág. 13), veio a ser posteriormente consagrada pelo direito positivo, ao incluir, entre as excludentes da punibilidade, o chamado “estado de necessidade”. Mas esse fato não elimina a procedência das críticas ao chamado *direito alternativo*, especialmente quando aplicado pelo magistrado, a quem, como adverte PAUL LOMBARD, não é dado esquecer “quem é e onde está”. A que acrescenta SIMONE ROZES, com a autoridade de haver exercido a Presidência da Corte de Cassação da França,

“Ele está a serviço da lei. Esta lhe serve de guia, impede-o de se desnortear. Mas ela não disciplina tudo e deve freqüentemente ser interpretada. As decisões da jurisprudência esclarecem toda a regra em a adaptando à realidade do momento. A verdadeira independência não passa pela tomada de posição preestabelecida mas pela serenidade e pela reflexão. Na margem de manobra que possui, o juiz tem o dever de procurar os elementos objetivos de uma causa, esforçando-se em esquecer seus próprios referenciais. Revestir suas certezas interiores da autoridade da coisa julgada é uma tentação à qual ele tem o dever de resistir e nisso deve ter êxito.” (obra citada, pág. 81).

Evidente que, se o texto legal comporta mais de uma interpretação, e esta diversidade constitui a grandeza e a tragédia do direito, deve o juiz adotar aquela que melhor se ajuste ao seu conceito do justo, mas sempre lembrado do ensinamento de BENJAMIN CARDOZO:

“O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel prazer. Não é um cavaleiro errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinada pelo sistema e subordinada à necessidade primordial de ordem na vida social. Em plena consciência, é ainda bastante extenso o campo de discricção que permanece.” (apud MIGUEL KFOURI NETO, “Da Responsabilidade Civil do Médico”, Editora Revista dos Tribunais, 1996, pág. 66).

E é dentro desse extenso campo de discricção, que pode e deve o juiz – para usarmos palavras de RUY BARBOSA, na sua “Oração aos Moços” – no executar as leis, “em sendo justas, manter a sua justiça, e, injustas, moderá-las, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.”

Porque só assim tem pertinência a observação de BERGERET:

“Eu não temeria tanto as más leis, se elas fossem aplicadas por bons juízes”. (apud MOLIERAC, obra citada, pág. 5).

Em “O Mercador de Veneza”, de SHAKESPEARE, encontramos um exemplo de como pode um bom juiz aplicar uma lei má: credor de Antonio, Skylock pede o cumprimento da cláusula penal inserida no contrato, que lhe assegurava o direito de cortar uma libra de carne do mercador, e Pórcia, investida pelo Doge nas funções de juiz, observando estar de acordo com as leis de Veneza a pretensão do credor, exorta-o a ser misericordioso. Diz-lhe então:

“A qualidade da clemência é que não seja forçada; cai como a doce chuva do céu sobre o chão que está debaixo dela; é duas vezes bendita; bendiz ao que a concede e ao que a recebe. É o que há de mais poderoso no que é todo-poderoso; assenta melhor do que a coroa no monarca assentado no trono. O cetro bem pode mostrar a força do poder temporal, o atributo da majestade e do respeito que faz tremer e temer os reis. Porém, a clemência está acima da autoridade do cetro; tem seu trono nos corações dos reis; é um atributo do próprio Deus e o poder terrestre se aproxima tanto quanto possível do poder de Deus, quando a clemência tempera a justiça. Portanto, judeu, embora a justiça seja teu ponto de

apoio, considera bem isto: nenhum de nós encontrará salvação com estrita justiça; rogamos para solicitar clemência a este mesmo rogo, mediante o qual a solicitamos, a todos ensina que devemos nos mostrar clementes para nós mesmos. Tudo o que acabo de dizer é para mitigar a justiça de tua causa; se persistes, este rígido Tribunal de Veneza, fiel à lei, nada mais tem a fazer do que pronunciar a sentença contra este mercador.”

E ante a persistência de Skylock em fazer cumprir a cláusula penal, Pórcia, após esclarecer não lhe ser possível pisar na lei, porque “um precedente tal introduziria no Estado numerosos abusos”, profere o veredicto, dando a Skylock a libra de carne a ser cortada do corpo de Antonio, “porque a lei ordena que ela te seja dada.”

Mas logo acrescenta:

“Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: “uma libra de carne”. Toma, pois, o que te concede o documento: pega a tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscadas em benefício do Estado de Veneza.” (Shakespeare, “O Mercador de Veneza”, Ato IV, Editora Nova Aguiar, 1989, vol. II, págs. 483/488).

Esse episódio, que para mim representa uma forma de elidir a injustiça contida na lei sem violentá-la, encontra, todavia, no gênio de IHERING, outra interpretação. Para ele, Shylock, ao reclamar a libra de carne a ser cortada do corpo de Antonio, nada mais faz do que postular o direito que a lei lhe confere e na qual confia: “Essa é a lei que eu represento. Eu me apóio no meu título”.

“Que atitude mais vigorosa – diz IHERING – toma esse homem em sua debilidade quando pronuncia essas palavras! Não é o judeu que reclama sua libra de carne, mas que é a mesma lei veneziana que chega até a barra da justiça, porque seu direito e o direito de Veneza são um só; o primeiro não pode perecer sem que o segundo pereça...” (“*A Luta pelo Direito*”, in “*3 Estudios Juridicos*”, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 213).

* * *

Mas não basta que o juiz seja conhecedor do direito e saiba aplicá-lo corretamente ao caso concreto, sopesando as provas produzidas e os argumentos contrapostos apresentados pelas partes através de seus patronos.

É mister, ademais, que a prestação jurisdicional faça-se a tempo, de forma a não se tornar inútil, pois para usarmos uma expressão de RUY BARBOSA sempre lembrada: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, lesa-as no patrimônio, honra e liberdade.”

Tem-se dito, como justificativa para a demora nos processos, que, a par do número excessivo de demandas, é necessário eliminar as formalidades, tornando os processos mais ágeis, como é necessário reduzir as hipóteses sujeitas a recursos, sem se indicar, no entanto, que formalidades e que recursos merecem ser extirpados, para que possamos avaliar as vantagens e os inconvenientes que daí decorrerão, não esquecidos, todavia, da advertência de IHERING, para quem os benefícios puramente negativos – aqueles que impedem a ocorrência do mal – não são considerados, ao contrário dos inconvenientes, de fácil percepção, na medida em que se apresentam de modo positivo (“*El Espiritu del Derecho*”).

Romano”, Libreria Editorial De Bailly Baillièrre e Hijos, Madrid, 1895, tomo III, pág. 189).

É evidente que a quantidade de processos, em todos os níveis de jurisdição, constitui sério obstáculo a uma pronta prestação jurisdicional, máxime quando se considerar o pequeno número de juízes em relação à população e, principalmente, em relação ao número de demandas existentes. Como é evidente que os recursos necessariamente importam em uma maior demora para a solução das lides.

Confesso, todavia, que não me fascina a idéia da eliminação das poucas formalidades que subsistem no nosso Código de Processo, até porque, em princípio, a sua inobservância não acarreta nulidades, exceto, quando esta seja expressamente cominada ou quando do seu descumprimento resulte prejuízo para a parte, tal como estabelecido no art. 249, §1º, do CPC, consagrador do princípio “*pas de nullité sans grief*”.

E não me fascina porque sou daqueles que, a exemplo de IHERING, até cento e mais vezes repetindo a máxima de CÍCERO, para que “somos servos da lei para sermos livres”, entendem que a supressão da forma vem sempre em prejuízo da liberdade.

Há mais de um século, já advertia IHERING que :

“Existe uma relação particular entre a forma e a liberdade, duas idéias fundamentais no direito romano. Apesar de sua contradição aparente, porque uma garante a liberdade mais ilimitada da vontade humana, enquanto que a outra reduz estritamente essa liberdade do ponto de vista formal, descobrem, todavia, pelo paralelismo das linhas de seu desenvolvimento, sua dependência mútua e recíproca e deixam adivinhar a relação oculta que as encadeia. O mais completo desenvolvimento da

era da liberdade marca também o reinado do mais tirânico rigor da forma, que cede sua severidade ao mesmo tempo em que a liberdade sossobra insensivelmente.”

.....
 “Inimiga jurada da arbitrariedade, a forma é irmã gêmea da liberdade. É, com efeito, o freio que detém as tentativas daqueles que arrastam a liberdade para a licença; a que dirige a liberdade, a que a contém e a protege. As formas fixas são a escola da disciplina e da ordem e, por conseguinte, da liberdade; são um baluarte contra os ataques exteriores; poderão romper-se, mas não se curvam. O povo que professa verdadeiro culto à liberdade compreende instintivamente o valor da forma, e sente que ela não é um jugo exterior, mas o vigia de sua liberdade.” (Obra e volume citados, págs. 179/180).

Ou, como teria dito o imperador romano perante quem fora proposta a revogação de uma “*legis actio*” arcaicamente formalista, “é o rito que faz desabrochar a verdade” (apud JEAN CARBONNIER, in ANTOINE GARAPON, “*Bien Juger – Essai sur le Rituel Judiciaire*”, Editions Odile Jacob, Paris, 1996, pág. 13).

No campo do Direito Constitucional, parece que o binômio forma-liberdade constitui uma daquelas evidências, que, por serem evidências, prescindem de comprovação, bastando, ao propósito, lembrar os requisitos formais do processo de reforma constitucional e do processo legislativo em geral, estabelecidos em garantia dos direitos do cidadão, e que, nos regimes de força, são logo substituídos pelos atos institucionais, atos complementares, decretos-leis e assemelhados. E mesmo na Democracia que ora vivemos, impossível será ignorar os riscos do abuso das medidas provisórias, que, se

necessárias em tema de finanças e economia, atentam contra a segurança da ordem jurídica e da cidadania pela facilidade com que são editadas, sem consideração para os requisitos de relevância e de urgência, estabelecidos na Constituição (art. 62).

E que seria do Direito Processual – direito formal por excelência se desprovido das formalidades?

“O procedimento – diz PAUL LOMBARD – mesmo quando mal usado (même lorsqu'on en joue), é o aliado da liberdade. Sem o formalismo, o processo tornar-se-ia um campo fechado, onde todos os golpes seriam permitidos.” (Obra citada, pág. 24).

Em tema de Processo Penal – a observação é de SIMONE ROZES – as formalidades, cujo descumprimento, acarretando a libertação de criminosos, causam indignação à opinião pública, são necessárias:

“Elas nos obrigam à vigilância e nos convidam a um cuidado constante de nosso trabalho: o formalismo está indissolavelmente ligado às garantias da boa justiça. Mesmo se elas provocam, por vezes, em favor dos acusados que procuram escapar de sua responsabilidade não importa por que meio.” (Obra citada, págs. 131/132).

Sem ser formalista, creio que as formas atualmente previstas no nosso Código de Processo Civil, de que são exemplos maiores os requisitos para a comunicação dos atos processuais, para contagem de prazos e a exigência de motivação nos atos decisórios, são imprescindíveis ao direito de defesa.

No particular, o que deve ser feito é apenas cumprir as regras elencadas no capítulo “Das Nulidades”, pondo

cobro a certos expedientes, que são usados quase sempre à margem da lei e com tanto mais frequência quanto menos reprimidos.

E no tema de recursos, tenho para mim que, sem eliminá-los, cabe, pela via legislativa, promover o devido aprimoramento, a exemplo do que ocorre com os agravos de instrumento.

Talvez, já esteja em tempo de pensarmos o problema à luz da polêmica que ainda hoje se trava na Itália sobre a conveniência de se manter o instituto da preclusão, de que é corolário a necessidade do recurso contra todas as decisões interlocutórias; ou se, ao revés, há de se deixar a sua apreciação quando do recurso contra a sentença.

Mas, por que, pugnando por uma Justiça que seja rápida, manifesto-me contra a supressão de recursos?

A experiência de tantos anos mostrou-me que o inconformismo das partes e, acrescentaria, o inconformismo dos próprios advogados, além de estar acorde com a índole humana, encontra justificativa no fato de que nem sempre as decisões são dadas de acordo com as provas e o direito.

Ademais, como já observou CALAMANDREI, “o horror de ter proferido uma sentença injusta podia ser para um juiz consciencioso tão inquietante, que o impedisse de dormir. Mas ele sabe que existe o recurso e reconforta-o a idéia que o seu erro tem remédio, o que o ajuda docemente a recuperar o sono”. (Obra citada, pág. 169).

E, para o advogado, é a oportunidade de, mediante a análise respeitosa da sentença adversa, procurar demonstrar a justeza e a legitimidade da pretensão do seu patrocinado.

De qualquer modo, o reexame do processo, pode, tal como um filtro, tornar mais límpida a prestação jurisdicional buscada. Ou, como diz CARNELUTTI,

“A experiência ensina que se um mesmo julgamento se formula por pessoas distintas, a probabilidade de sua injustiça diminui na razão direta do número de quantos o tenham pronunciado; portanto, a apelação desempenha neste sentido a mesma função que a comprovação de uma operação aritmética.” (Sistema de Derecho Procesal Civil”, edição Uthea Argentina, Buenos Aires, 1944, tomo III, pág. 723).

Quando reclamam da mora do Judiciário, os profissionais do direito não reclamam, em geral, das formas processuais, nem do uso dos recursos cabíveis. As reclamações tem outras origens, quase sempre na hibernação dos processos, ao aguardo, indefinidamente, de um simples despacho, por vezes meramente ordinatório. E, se é certo que o acúmulo de serviço explica uma certa demora, nada justifica fique o processo paralisado meses e meses, e até anos e anos, para a designação de uma simples audiência ou para a prolatação de uma sentença ou acórdão que, pela simplicidade da tese, não carece de estudos aprofundados, ou ainda porque sobre o tema eminentemente de direito o próprio magistrado já tenha se pronunciado. E, enquanto isso, fica o advogado a penar entre solicitações ao juiz e explicações ao cliente, que não mais acredita no seu empenho, forçando-o, por vezes, a renunciar ao mandato, antes que sobre ele surja a suspeita de estar desinteressado da lide, ou o que é mais grave, coonestando com a parte adversa.

* * *

Também do juiz os advogados esperam um tratamento atencioso.

Embora seja a urbanidade a mais pobre das virtudes, talvez nem sequer mesmo uma virtude, como adverte COMTE-SPONVILLE (obra citada, pág. 19), ela é essencial no relacionamento humano, especialmente entre

pessoas que, por dever de ofício, necessitam se encontrar no dia a dia.

Em razão disso mesmo, por mais assoberbado que esteja, deve o juiz durante o expediente forense atender aos advogados que o procuram, até porque estes, sendo também pessoas ocupadas, se o procuram, é porque necessitam dele no exercício do encargo que lhes foi confiado pelo cliente. E, por certo, quando a lei a eles confere o direito de se dirigirem diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando apenas a ordem de chegada (Estatuto, art. 7º, VIII), não o faz a título de privilégio, mas pela evidência de ser indispensável à boa prestação jurisdicional tal contacto.

Claro que cabe aos advogados avaliar a necessidade ou não desses entendimentos e a consciência de que o tempo que irão tomar do magistrado é tempo que poderia ser utilizado na apreciação dos processos a serem despachados. Mas, a não ser quando em audiência, nada justifica a recusa em receber o advogado.

Tal hábito que, infelizmente vem se generalizando entre os juízes de primeiro grau, especialmente na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho, não encontra acolhida nos tribunais, inclusive no STJ e no Supremo Tribunal Federal, onde os advogados são sempre recebidos com extrema solicitude.

Um magistrado, dos mais dignos, confidenciou-me que tinha certo receio em atender os advogados, porque, no seu entender, as razões das partes deveriam ser deduzidas apenas dentro dos autos e os contactos dos advogados poderiam conter forma maliciosa de convencimento. Sem excluir essa possibilidade, observo, porém, que, sobre constituir uma generalização que pune os advogados corretos, os quais, a exemplo do que ocorre

com os juízes, constituem a imensa maioria, quando procuramos um juiz, em geral fazemo-lo para solicitar uma preferência no exame de determinado processo, que, quase sempre, está se eternizando, e as razões que a justificam, razões essas em geral ignoradas pelo magistrado e que, embora não tendo conteúdo jurídico, são relevantes para justificar a prioridade solicitada.

De qualquer modo, a exposição feita pelo advogado ao juiz pode, com frequência, facilitar a apreciação da matéria sob exame, com real benefício para uma correta solução da controvérsia, lembrando que o ideal seria até um diálogo do qual participassem os patronos das partes envolvidas.

Esse dever de urbanidade, que pressupõe pontualidade no atendimento, é tão importante que o sempre lembrado CALAMANDREI chega a incluí-lo no conceito de probidade, observando que:

“Sem ofensa para quem quer que seja, mesmo para os juízes, seja dito também que essa probidade não consiste somente para estes em não se deixarem corromper, mas também, por exemplo, em não fazer esperar nos corredores e durante duas horas os advogados ou as pessoas convocadas para uma inquirição de testemunhas.” (obra citada, pág. 46).

Já falamos – e mais do que deveríamos – sobre o dever dos juízes em bem apreciarem as provas, em serem competentes, em serem pontuais cumpridores de suas obrigações, o que inclui o dever de urbanidade, e o de concederem, em tempo hábil, a devida prestação jurisdicional.

De permeio ao que foi dito, ficou sempre ressaltado o dever maior, que é a probidade.

Porque estas são as qualidades que se espera do bom magistrado.

* * *

Em nosso sistema constitucional, como sabemos, o Judiciário é um do Poderes do Estado, exercendo uma função que só ao Estado compete.

Mas, sobre ser um dos Poderes do Estado, é o Judiciário também aquele Poder para o qual se voltam, em derradeira esperança, os injustiçados.

A frase célebre do “ainda há juízes em Berlim” confirma a assertiva.

Por isso, CALAMANDREI dizia ser essencial para o Estado o problema da escolha dos seus juízes, porque a eles “confia um poder temível, que mal exercido pode fazer passar por justa a injustiça, constranger a majestade da lei a mudar-se em campeã do mal, e imprimir de maneira indelével, sobre a cândida inocência, a marca sanguinolenta, que para sempre a tornará parecida com o delito.” (Obra citada, pág. 29).

Nos negros anos da década de 70, em palestra pronunciada no *Instituto dos Advogados Brasileiros*, falando sobre a Reforma do Judiciário e defendendo o fim do AI-5 e a restituição à Magistratura das chamadas garantias funcionais, afirmávamos que já era hora de lhe ser devolvida a garantia da vitaliciedade, condição inafastável para que pudesse ela desempenhar a sua nobilíssima função com a confiança e o respeito dos seus jurisdicionados.

E concluíamos:

“Constitui obra impatriótica recusá-la, qualquer que seja o pretexto para tanto invocado, máxime por pretendidas razões de segurança nacional, pois esta, ao contrário do que possa parecer, apóia-se muito mais na aceitação livre por parte do povo ao regime a às instituições em vigor, do que nas medidas de repressão acaso impostas, e uma tal aceitação só se

obtem precipuamente com a confiança dos cidadãos na eficiência e, mais do que tudo, na independência e no espírito de justiça dos seus juízes.” (in Revista do IAB, Rio, 1976, vol. 51, pág. 97).

E porque cabe ao Judiciário exercer o maior dos poderes como é o de julgar – consoante lembrava o saudoso Desembargador THOMAZ DE AQUINO CYRILLO WANDERLEY, em escrito primoroso sob o título sugestivo de “Exame de Consciência do Juiz” – a falta cometida por um único magistrado, pondo em cheque a respeitabilidade de toda a instituição e, portanto, a confiança que sobre ela necessitam ter os jurisdicionados, causa maior dano do que as que venham ser praticadas por quaisquer outras pessoas, por mais importantes que sejam as funções que elas exerçam.

São palavras ainda de THOMAZ WANDERLEY naquele escrito:

“O mau comportamento do juiz esmaga-lhe a autoridade e concorre para a degradação do meio social em que vive.

O exercício da judicatura constitui assim verdadeiro sacerdócio, pelo que exige de sacrifício e pela magnitude das atribuições que se impõem aos que a exercem, atribuições essas que, como dissemos de início, são mais próprias dos deuses do que da frágil humana criatura.

* * *

Há quase cinquenta anos, lí, já não me lembro onde, a observação acerca dos Palácios da Justiça: seriam eles palácios, porque eram expressão do poder estatal. Mas eram também templos. Catedrais alguns, outros modestas capelas conforme a grandiosidade ou a singeleza da construção.

Templos todos, porém. Porque neles, a par da afirmação do Estado, reinava o culto ao direito.

E se, tal como ocorre na vida profana, os palácios podem ser habitados também pelos maus, os templos devem ser o lugar dos homens de boa-vontade, no seu sentido bíblico.

Que todos nós, juízes e advogados, irmãos no ideal de servir à Justiça, saibamos ser sempre homens de boa-vontade, capazes de repelir as tentações do poder – do qual a prepotência e a corrupção são amigas diletas – em qualquer de suas vertentes.

ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO

João Paulo Allain Telxelra

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1 – Direito e realidade: por um enfoque interdisciplinar. 2 – Pluralismo *Versus* Monismo. 3 – Direito alternativo como hermenêutica social. 4 – Alternatividade e justiça na modernidade periférica: O exemplo brasileiro. 5 – Passionalidade e racionalidade: O problema da ideologização do discurso alternativo. 6 – O caminho para a superação do embate ideológico: rumo à realização do direito justo. Referências bibliográficas.

1. Direito e realidade: por um enfoque interdisciplinar

Multifacetado por excelência, o saber jurídico comporta diversas perspectivas de análise. Não por acaso o direito tem despertado interesse nos mais variados ramos do saber. Sobre o direito então, podem ser lançados diversos pontos de vista, podendo ser objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento. Dentre as várias perspectivas analíticas, três delas destacam-se pela qualidade de “saberes jurídicos fundamentais” (cf. Souto, 1992:09 ss). São respectivamente: a ciência formal do direito ou dogmática jurídica¹, a ciência social do direito

¹ Contra a qualificação da ciência formal do direito como “dogmática jurídica” ver Souto, 1992:10, para quem tal denominação “[...] parece imprópria aos tempos modernos, pois ‘dogmas’ e ‘doutrinas’ são expressões mais adequadas ao pensamento religioso, do que ao estudo sistemático da forma temporal do jurídico.”

e a ciência filosófica do direito, cada uma delas voltadas para preocupações específicas. Tal diversidade de enfoques, recíproca e dialeticamente complementares, aponta para o campo da compreensão interdisciplinar do direito, superando-se as concepções meramente reducionistas.

Na lição de Viehweg (*apud* Ferraz Jr, 1989: 40 ss), teríamos a questão posta nos termos da dicotomia *dogmática / zetética*², variando o enfoque conforme acentuássemos o aspecto *resposta* ou o aspecto *pergunta* respectivamente (cf. Ferraz Jr, 1989: 42). Aqui, a integração dialética entre os “saberes jurídicos fundamentais” dar-se-ia em nível da combinação entre necessidade da decisão (dogmática) e aperfeiçoamento do sistema (zetéticas). Tércio Ferraz Jr. explica que “do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica, etc. Nessa perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. [...] sem preocupar-se em criar condições para a solução [...] dos conflitos máximos da comunidade. Esse descompromissamento com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação” (Ferraz Jr, 1989: 45) Sintetizando a questão, poderíamos admitir

2 A preocupação central da dogmática é tornar possível a decidibilidade dos conflitos sociais. Seu único compromisso é com a decisão. Para isto são erigidos os princípios do *non liquet* e o da inegabilidade dos pontos de partida, bem como os mecanismos de compatibilização vertical e horizontal. Esclarece Tércio Ferraz Jr. que “em ambas [na dogmática e na zetética], alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida, para que se proceda a questão. Enquanto porém, a zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como *verificáveis e comprováveis*, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram *estabelecidas* (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis.” Ferraz Jr. 1989:44 grifos do autor. Importante perceber que tanto a filosofia do direito quanto a sociologia jurídica situam-se no campo das investigações zetéticas, abertas, portanto, ao amplo questionamento do direito.

juntamente com Lourival Vilanova que o direito consistiria não apenas no aspecto ideal, no sentido de uma elaboração teórica, mas também em uma realidade empiricamente comprovável. O direito é então idealidade e realidade “em mútua referência”³.

Não obstante, constata-se em nosso país uma aceitação generalizada sobretudo do enfoque dogmático com grave prejuízo para os demais, provavelmente devido ao conservadorismo acadêmico e em parte à própria estrutura curricular das nossas Universidades⁴, voltadas essencialmente à formação de técnicos, autômatos educados para executar comandos sem nunca questionar. Propomos no presente ensaio um enfoque essencialmente dialético-interdisciplinar sobre o problema do direito alternativo no Brasil, analisando alguns aspectos retóricos do discurso da chamada “escola alternativa do direito” e seus efeitos frente à realidade jurídica brasileira.

2. Pluralismo versus Monismo

É impossível falar em direito alternativo sem antes estabelecer o debate sobre as concepções pluralistas e monistas quanto ao direito. Com efeito, é unicamente a partir de uma concepção jurídica pluralista que se pode cogitar de um direito alternativo ao direito oficial. Senão, vejamos:

A concepção monista do Estado Moderno remonta às próprias origens do poder estatal, quando do momento mesmo do desenvolvimento da idéia de soberania.

3 Cf. Vilanova, 1953: 94 ss. Vilanova adota aqui a postura “cultural-dialética” seguindo, neste ponto, Herman Heller para quem “normatividade” e “normalidade” são inseparáveis. Na expressão textual de Heller: “Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever-ser no conceito da Constituição.” cf. Heller, 1968: 296.

4 Cf. Souto, 1992: 52 ss. e Arruda Jr, 1992a. Sobre o problema do ensino jurídico em nível de pós-graduação no Brasil, ver Neves, 1994.

Analiticamente, as origens do poder do Estado Moderno podem ser decompostas sob duas perspectivas, uma interna e outra externa. Internamente, o poder estatal surge a partir da luta contra a pulverização fragmentária da estrutura de poder feudal; externamente afirma-se contra a pretensão de autoridade universalizante do Papa. Daí a dupla dimensão positiva e negativa em que se decompõe analiticamente o conceito de soberania. Segundo a teoria clássica, são condições de existência da soberania tanto o poder de exclusão, de afastamento de quaisquer ingerências externas (sentido negativo), como o poder de império, de dominação absoluta e incontestável em nível interno (sentido positivo).

Fiquemos com a perspectiva interna, é o que nos interessa mais de perto. Ao colocar o direito estatal na posição de única ordem jurídica válida, identificando o direito ao próprio Estado, o monismo parece incorrer em uma espécie de “síndrome reducionista”, paralizante quanto ao entendimento da realidade. Sob esse enfoque, Estado e Direito tornam-se expressões diferentes para designar um mesmo fenômeno. O Estado é o seu próprio ordenamento, e o ordenamento é o próprio Estado repartido em esferas de competências. Teríamos já aí, e com mais intensidade a partir da codificação pós-revolucionária, a pretensão do monopólio da produção jurídica por parte do Estado. Com o primado da idéia da “norma como esquema de interpretação” (cf. Kelsen, 1987:03), toda a significação jurídica só é alcançada através do próprio ordenamento jurídico estatal. A norma válida é aquela elaborada de acordo com a norma fundamental do sistema jurídico-positivo (*Grundnorm*).

O Pluralismo jurídico insurge-se contra a perspectiva monista buscando conciliar duas ou mais ordens jurídicas no mesmo eixo espaço-temporal. A dinâmica sócio-estatal compreenderia manifestações jurídicas não

apenas no Estado, mas também na sociedade. Nesse sentido, a metáfora do “direito achado nas ruas” é bastante ilustrativa. De fato, as fontes do direito não se limitam ao âmbito estatal, mas estendem-se à sociedade através da complementação da lei pelo costume *praeter legem*, inegável fonte subsidiária do direito (cf. Adeodato, 1992a:158). Boaventura de Sousa Santos, estudando o fenômeno do direito nas favelas no Brasil chega mesmo a considerar a existência de dois direitos, o “direito da favela” e o “direito do asfalto”, cogitando mesmo de uma “inversão” da norma fundamental (cf. Sousa Santos: 1979:238).

A noção de pluralismo quanto ao direito tem hoje o seu campo conceitual ampliado, em virtude da própria ampliação do conceito de direito, não mais entendido pura e simplesmente como legislação estatal⁵. Como já demonstrado por outro autor (cf. Neves: 1995:08), a idéia de pluralismo jurídico comporta uma classificação tipológica variando conforme os enfoques abordados. Marcelo Neves refere-se a quatro tendências básicas do pluralismo jurídico:

- 1) pluralismo institucionalista em oposição ao monismo formalista;
- 2) pluralismo antropológico em contraposição ao imperialismo metropolitano;
- 3) pluralismo sociológico contra o legalismo estatal;
- 4) pluralismo pós-moderno. Sociologicamente então, à idéia de um pluralismo jurídico corresponderia “um antilegalismo contrário à pretensão exclusiva do direito positivo estatal” (Neves, 1995:09)

5 Nesse sentido Boaventura de Sousa Santos (Sousa Santos: 1979:296) é enfático ao definir o direito como “o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada”.

Pondera Cláudio Souto que “A alternativa do jurídico [...] não pode ser então, em lógica científica, outro “direito”, um “direito estatal”, por exemplo, mas apenas a legislação do Estado ou a decisão judicial que sejam desviantes àquele jurídico, em seus conteúdos. Não pode logicamente [...] haver dois “direitos” opostos, o alternativo e o estatal: um só deles será direito, ou nenhum o será” (Souto, 1996:13).

Não se cogita assim propriamente de ordens jurídicas em conflito, mas de padrões jurídicos desviantes: o estatal, predominantemente legislado, e o extra-estatal, comportando manifestações extra legais.

3. Direito alternativo como hermenêutica social

A chamada alternatividade jurídica comporta uma certa pluralidade de argumentos, mas todos guardam em comum a concepção pluralista do poder social, reconhecendo a necessidade da maior aproximação entre Estado e Sociedade.

Usualmente o conceito de direito alternativo tem sido proposto a partir de uma “definição negativa” (cf. Adeodato, 1992a:164). Procedendo-se a algumas distinções preliminares, perceberemos que etimologicamente à idéia de um “direito alternativo” corresponde uma relação dinâmica, onde um outro padrão normativo se apresenta como o *alter* (cf. Souto, 1996:04 e Adeodato, 1992a: 164). Tal seria possível a partir da contraposição do direito estatal⁶ ao seu *alter*, ao padrão jurídico aspirado como alternativo.

6 O caráter de “estatalidade” refere-se aqui à aceitação do direito pelo Estado. Nesse sentido, Cláudio Souto pondera que o direito pode ter o seu referencial de aceitabilidade também em grupos sociais. O critério seria então o de aceitação majoritária cf. 1996, 05

Parece claro então que a relação de alteridade depende do ponto de vista a partir do qual procede-se à análise. Por esse motivo parece ter razão Cláudio Souto ao afirmar que “o direito alternativo” só é tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança, em relação ao conteúdo da legislação (conteúdo este que também lhe é desviante e, portanto, também lhe é alternativo)” (Souto, 1996:04). Com isso, podemos afirmar que não existem dois direitos, um oficial e um alternativo, mas um único direito. Multiplicam-se no entanto as referências sobre esse direito, variando basicamente em função do critério de aceitabilidade estatal (ou grupal). Direito estatal e direito alternativo integrariam uma relação dinâmica de recíproca alternatividade. O direito alternativo seria então, o padrão desviante em relação ao direito majoritariamente aceito pelo Estado (Souto, 1996:05).

Fala-se ainda em “uso alternativo do direito”. Nesse caso, a interpretação-aplicação do direito dá-se levando em consideração a flexibilização hermenêutica das próprias normas positivas intra-sistêmicas, aproveitando-se de pequenas aberturas e “brechas” na legislação (cf. Souto, 1996:05). Amilton Bueno de Carvalho aponta que a origem histórica do “uso alternativo do direito” remonta a estudos de juristas italianos no início da década de 70. Nesse caso, trata-se de “utilizar o direito vigente de um modo diverso do predominante” (cf. Carvalho, 1992:55-56). Estaríamos aqui no plano do *praeter legem*. A concepção alternativa do direito, partindo de um padrão desviante, admite decisões *contra legem*, já que o direito não se esgota na legislação estatal.

É interessante para o desenvolvimento da nossa análise, a adoção do modelo dicotômico que enxerga a modernidade dividida em duas realidades distintas: a modernidade central e a modernidade periférica. Tal concepção supera a antiga idéia de que existem países

“desenvolvidos” e países “em vias de desenvolvimento”, o que esconde no fundo, uma ideologia sócio-acomodativa, à medida que desloca a problemática do campo sócio-político-econômico para o campo meramente cronológico, como se o “desenvolvimento” dependesse exclusivamente do tempo de amadurecimento institucional.

Nesse ponto, é interessante a colocação do problema da alternatividade no centro e na periferia nos termos da teoria dos sistemas sociais a partir de Niklas Luhmann. A teoria dos sistemas luhmanniana enxerga a sociedade moderna composta por múltiplos subsistemas, cada um destinado à solução de problemas específicos. Com o advento da modernidade e o desaparecimento de uma moral globalizante, torna-se impossível admitir a sociedade mundial de acordo com os padrões de diferenciação segmentária e diferenciação hierárquica das sociedades.⁷ O modelo da diferenciação funcional de sistemas sociais autônomos é portanto, a base da Teoria dos Sistemas.

Com efeito, superada a concepção social hierárquico-segmentária e adotada a perspectiva funcional luhmanniana, perceberemos uma crescente contingencialização do vivenciar humano aliada ao desaparecimento de “crenças em comum” ou de “fronteiras externas da sociedade como um todo” (Luhmann, 1983:225 ss). Passa-se a lidar então, com vários sistemas parciais em relacionamento recíproco multiplicando-se ao infinito as possibilidades de ação. Daí se justifica a necessidade do recurso a processos de seleção consciente das diversas expectativas comportamentais (cf. Luhmann, 1983:226).

7 Nas sociedades pré-modernas não havia auto-referência do direito de forma generalizada, sofrendo a esfera do direito invariavelmente interferências bloqueantes pelo sistema moral e pelo sistema político. cf. Neves, 1994b: 119-120

Os sistemas sociais tornam-se então, cognitivamente abertos, mas operacionalmente fechados (autopoieticos). A autopoiese dos subsistemas sociais importa em admitir a auto-reprodução sistêmica, de uma maneira tal que todo e qualquer elemento a ele interno, seja construído de acordo com os próprios padrões de seletividade intra-sistêmicos. Tal mecanismo de seletividade pode ser compreendido a partir da atribuição de um código binário a cada um dos subsistemas sociais, o qual passará a atuar como um “filtro”, proporcionando a autopoiese intra-sistêmica. É fundamental a diferenciação entre sistema e meio ambiente, onde o meio ambiente é constituído pelos demais subsistemas sociais, cujos elementos para se integrarem autopoieticamente a um determinado subsistema deverá necessariamente passar pelo crivo do código binário intra-sistêmico (cf. Luhmann, 1993: 436). Exemplificativamente, o código do subsistema jurídico atende ao binário lícito/ilícito; o código do subsistema econômico: ter/não-ter; o código do subsistema amoroso: ser amado/ não-ser amado, e assim sucessivamente.

Ante a teoria dos sistemas, a alternatividade no centro e na periferia atende a diferentes pressupostos de realidade, daí não haver uma exata correspondência da idéia de direito alternativo entre tais bases analíticas.

Na modernidade central, a alternatividade quanto ao direito consiste básica e fundamentalmente numa tentativa de “desburocratização” procedimental, desenvolvendo-se técnicas de agilização das decisões judiciais, e composição dos litígios tais como a criação de juízos arbitrais e instâncias de conciliação (cf. Souto, 1996:02). Em outros termos, a alternatividade nos países centrais atenderia à “[...] reação a um sistema jurídico que, com pretensão de generalidade, reproduzir-se-ia rigidamente, sem corresponder de forma adequada às expectativas e

aos interesses de determinados espaços das relações intersubjetivas juridicamente relevantes” (Neves, 1995:18). Nesse caso, a alternatividade volta-se primariamente à excessiva regulamentação normativa e processual dos países centrais.

Na periferia, a discussão sobre a alternatividade ganha novos contrastes. Aqui as práticas extra-estatais são sentidas com maior nitidez, consequência direta da insuficiente diferenciação funcional dos sistemas sociais (alopoiése), que passam a se reproduzir de acordo com padrões de seletividade extra-sistêmicos⁸. Nesse caso, como nota Marcelo Neves, não há uma “efetivação adequada da autonomia sistêmica fundada no princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma, fundada numa generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)” (Neves, 1995:13).

Uma outra interpretação aponta para o aparecimento de práticas jurídicas extra dogmáticas, atuando como auxiliares na legitimação de decisões sobre conflitos intersubjetivos, consequência da frustrada pretensão do monopólio da produção do direito pelo estado.⁹ Nesse sentido, o “jeitinho”, a corrupção, e o clientelismo seriam não apenas práticas periféricas usuais, mas de certo modo, essenciais quanto ao próprio funcionamento da burocracia estatal (cf. Adeodato, 1992b: 241). A imagem do ordenamento jurídico como uma “estrutura-cebola” bem ilustra a situação, caso em que tais estratégias atuariam no sentido de proteger o núcleo do sistema através da absorção dos impactos provenientes das camadas mais externas (cf. Adeodato, 1992b: 222).

8 Ver Neves, 1994b, especialmente o Cap 3.

9 Fala-se mesmo de “impotência e incompetência [do direito dogmático] no trato dos conflitos” cf. Adeodato, 1992a: 164.

Tal diferenciação entre as problemáticas, quanto ao direito no centro e na periferia, não exclui o corrente debate no sentido da “desburocratização” do direito periférico. Medidas contra a “enxurrada” normativa são discutidas e, sob certa medida, positivadas, sob a forma legal¹⁰ falando-se então na necessidade de criação de “meios alternativos de pacificação social” como alternativa de “ruptura com o formalismo processual” (cf. Cintra, Grinnover e Dinamarco, 1993: 26-27). De tal “alternatividade” não cogitamos aqui, até porque, uma vez positivadas, tais propostas perdem o caráter de alteridade que lhes seria necessária à sua caracterização. Não deixam de ser contudo, interessantes soluções no sentido da agilização da prestação jurisdicional, mediante a adoção de simplificações procedimentais nos processos civil, penal e trabalhista.

A concepção de alternatividade quanto ao direito periférico atende majoritariamente à necessidade do reconhecimento de que existe um padrão normativo paralelo ao Estado, não abrangido por este. Ressalte-se que é no ambiente da modernidade periférica que as assimetrias entre direito e sociedade reproduzem-se com mais vigor, provocando não raro, momentos de ruptura institucional.

4. Alternatividade e justiça na modernidade periférica: o exemplo brasileiro

No Brasil, o movimento alternativo ganha corpo através da reunião de alguns membros da magistratura gaúcha a partir do final dos anos 80 como resposta a um “[...] compromisso superior, com a consciência e com a

10 Nesse sentido, é sintomática a criação dos juizados especiais cíveis e criminais (Lei 9099/95), previstos aliás pela própria Constituição Federal de 1988. (Art. 98, I).

sociedade” (Coelho, 1992:11). Tal idéia não seria mais que o reflexo de um movimento crítico quanto ao direito, questionando suas bases de sustentação político-ideológicas, notadamente a legitimidade do direito burguês.

Inicialmente desenvolve-se a idéia de um “uso alternativo do direito”, em que o magistrado atua preferencialmente em nível da hermenêutica *praeter legem*.¹¹ Não havendo possibilidade de solução justa do conflito em apreciação através das próprias “brechas” da legislação, o magistrado, atuando em nome da justiça social e do bem comum, estaria autorizado a eventualmente decidir *contra legem*. Fala-se então, em não aplicação da lei injusta (cf. Coelho, 1992:10). A idéia subjacente a tal prática é a de que a legislação e o direito não são necessariamente coincidentes. Abre-se mão da **aplicação da lei**, possibilitando a **aplicação do direito** que nesse caso, é extra legal. A legislação seria tão-somente um referencial não-vinculante para a realização da justiça.

Mas a justiça, assim como o direito, são conceitos relativos que variam no espaço-tempo. Daí uma certa dificuldade em se determinar o que seja uma “lei injusta”. Nesse caso, caberia a indagação: qual o referencial de justiça a ser adotado? A dos oprimidos? A do opressor? Por quê? Com que fundamento? O que é uma lei justa? E uma lei injusta?

11 Exemplo clássico de abertura legislativa ao “uso alternativo do direito” é o encontrado no art. 5º. *caput* da LICC, onde se lê: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Apenas a título de curiosidade, destacamos a quantidade de expressões polissêmicas e multívocas no referido dispositivo, tais como “fins sociais” e “exigências do bem comum”. Tal enunciado normativo então, pode atuar plenamente como um instrumento retórico, variando seu conteúdo interpretativo ao sabor das ideologias dominantes.

As respostas a essas indagações têm sido, a nosso ver, o grande desafio teórico da alternatividade. Cláudio Souto argumenta que é necessário buscar o conteúdo do direito, não importando se ele é aceito pelo Estado (grupo) ou não. É preciso libertar o direito de suas próprias referências estatais ou grupais.

Discutir o direito em termos de uma aceitação do seu conteúdo pelo Estado não é ir muito além do formalismo, se não houver preocupação em se precisar o conteúdo desse direito estatalmente aceito (cf. Souto, 1996:06). Nesse caso, fala-se de legalidade estatal *versus* legalidade marginal, amparada numa legitimidade popular. Mas essa mesma legitimidade popular, entretanto, pode se manifestar de modo enviesado, “torto”, podendo por isso ter um caráter retrógrado (cf. Souto, 1996:10) e autoritário.

Por isso, refutamos a concepção simplista de que o direito justo por excelência é o direito social ou popular, ao passo que o direito injusto é o direito estatal. Tal maniqueísmo tem dificultado sobremaneira o correto entendimento da problemática. A admitir tal hipótese, de que maneira caracterizar, como expressão de uma justiça, o extermínio de menores nas grandes cidades do país? Ou tráfico “organizado” de drogas e entorpecentes nas favelas brasileiras? E o que dizer do linchamento de menores infratores em praça pública? E os “justiçamentos” no interior do Nordeste? Serão esses exemplos de uma verdadeira realização da justiça?

Numa tentativa de solução a tais indagações Cláudio Souto propõe que se defina o conteúdo do direito. Tal seria possível através de uma concepção fundamentada em dois pilares: a ciência e a ética. O conteúdo do direito seria definido então, não apenas pelo ideal de justiça, traduzido por Souto como “sentimento de agradabilidade do homem médio” (Souto, 1996:09-10), mas, também,

pela racionalidade científica entendida como “conhecimento empiricamente comprovável” (Souto, 1996:08). E indaga: “Quem preferirá, hoje em dia, o preconceito, a superstição, a credence, o fanatismo de um conhecimento popular, à objetividade testável de um conhecimento científico [...]? Então por que seria critério do direito alternativo, e do direito em geral, aquele conhecimento e não esse último?” (Souto, 1996:08)

Transpondo-se o problema para o campo da teoria da validade das normas jurídicas, perceberemos a distinção entre validade formal (vigência) e validade social (eficácia). Nesse sentido, não seria equívoco admitir que à validade formal corresponde primeiramente à realização do valor segurança, ao passo que à validade social corresponde o compromisso com o valor justiça¹². Ora, o ideal seria a combinação equilibrada de justiça e segurança. Mas o que se tem observado é que tal equação tem sido de difícil solução, tendo-se não raro, justiça sem segurança, como nos casos de “justiçamentos” e linchamentos; ou ainda, segurança sem realização da justiça, sobressaindo aí, com grande destaque, o legalismo escancarado, fruto do mais puro fetichismo da lei.

5. Passionalidade e racionalidade: o problema da ideologização do discurso alternativo

Apesar do mérito de acender claras luzes sobre o outrora inóspito campo da interdisciplinaridade, fruto de uma nítida preocupação sócio-filosófica quanto ao direito, o discurso da alternatividade parece perder-se com

12 Para Tarso Genro, “O suporte ideológico do julgamento, sempre e absolutamente segundo a lei, é a defesa de uma determinada hierarquia de valores e normas dentro do sistema, mas não é a única possibilidade do Juiz no interior do sistema. É possível forçar o sistema sem cair no arbítrio e no autoritarismo” (Genro, 1992:25).

frequência em um passionalismo muitas vezes prejudicial ao seu próprio entendimento. Com efeito, uma das principais bases de sustentação do discurso alternativo, consiste em admitir que a neutralidade da lei é antes uma ficção, um mito a serviço das classes dominantes. Daí a necessidade de uma “tomada de posição” ideológica ante as estruturas sociais de dominação.

Enxergando a sociedade dividida entre opressores e oprimidos, não esconde a sua vertente marxista, inequivocamente influenciada pela concepção social fundada na “luta de classes”. Dialeticamente, ao direito oficial (tese) é contraposto o direito alternativo (antítese), cuja superação dar-se-ia a partir da construção de uma concepção de direito fundada em novos valores (síntese).

Na literal expressão de Coelho, 1992: 10 “[...] o papel do juiz é o de buscar o justo no caso concreto, com a superação do legalismo, pretendendo desmitificar o mito da neutralidade da lei, numa clara e decidida opção pelos pobres.” Em outra passagem, diz o autor, “[...] a racionalidade do direito é uma imagem ideológica, para legitimar o sistema do direito positivo estatal a partir de uma aparência de racionalidade, cujo fundamento é mais mítico do que racional, ou seja, “mito-lógico” (Coelho, 1992:17).

Mas, se é que o direito aspira à qualidade de cientificidade objetiva, é necessário uma maior precisão quanto à sua própria definição, “desengajando” ao máximo o direito alternativo (cf. Souto, 1996:17). Não seria exagerado purismo admitir com Edward Shills a necessidade da “domesticação” das ideologias no âmbito do saber científico (*apud* Souto, 1996:19). É bem verdade que no âmbito do direito, tal empreitada afigura-se com certa dose de dificuldade, dada a sua própria dinâmica, cuja natureza intrínseca depende necessariamente do

paradoxo e da contradição, e portanto, de uma eventual tomada de posição.

Mas o discurso da alternatividade, recorrendo ao emocionalismo da retórica de impacto e das frases de efeito, parece apelar inequivocamente à sensibilidade política dos magistrados, advogados e operadores jurídicos em geral. E as opções políticas, assim como a concepção do “justo”, são de extrema variabilidade no espaço-tempo, provocando a sua quase absoluta imprecisabilidade. Nesse caso, o que parece ocorrer é uma certa indistinção entre “saber científico” e “saber tecnológico”. Não se diga aqui que estamos endossando o “mito da neutralidade ideológica” do direito estatal. O direito estatal não é neutro ideologicamente, assim como o discurso da alternatividade também não o é. A tecnologia jurídica, não operando com conceitos de verdade, mas de adequação de meios afins, extrapola os limites da ciência. O discurso da alternatividade pretensamente científico, perde-se assim na pura retórica, podendo variar unicamente quanto ao maior ou menor grau de convencimento que obtenha (cf. Ulhoa Coelho, 1992:113). Com isso, a opção por uma ou outra concepção de direito, torna-se um problema de ordem essencialmente retórico-político. Politicamente, os alternativos se autoproclamam “da esquerda” (cf. Arruda Jr. 1992b:07), mas nada impede que os teóricos “da direita”, partindo dos mesmos instrumentos retóricos de “justiça” e “bem comum de todos” acabem por construir um regime de exceção. Como bem observa Tarso Genro, “[...] isso ocorre porque o positivismo tanto pode ser de “esquerda” como de “direita”, mas será sempre a reverência ao Estado e ao Poder e terá como princípio uma visão instrumental do ser humano (o Direito utiliza, enquadra e submete o homem) e um desprezo pela dimensão ativa do conhecimento, observando a “práxis” humana como puramente

“receptiva” das exigências do mundo material.” (Genro, 1992:19).

Veja-se por exemplo o discurso autoritário da direita brasileira, faz algumas décadas, apesar de aparentemente racional e bem intencionado, escondia por trás de si nítidos propósitos de exclusão e dominação. Ao denunciar o “idealismo utópico” das classes dirigentes, e defender como solução uma concepção social fundada em um “idealismo orgânico”, expressão de um pragmatismo político, os “realistas” propunham a estruturação de um Estado forte, capaz de garantir a sua própria unidade e a partir daí promover o desenvolvimento social¹³. O resultado, todos conhecem: Getúlio, Estado Novo, censura, exclusão. Tal fenômeno repetir-se-ia mais recentemente com o autoritarismo militarista nas décadas de 60 e 70. Em trabalho anterior já nos referíamos à necessidade da combinação mitigada entre a **previsibilidade** do “idealismo orgânico” e a **criatividade** do “idealismo utópico”, sugerindo mesmo a eventualidade de uma **criação previsível**, ou mesmo uma **previsão criativa**. (cf. Allain Teixeira, 1994: 30).

6. O caminho para a superação do embate ideológico: rumo à realização do direito justo

À guisa de conclusão, poderíamos dizer que o debate sobre a alternatividade quanto ao direito não deve ser conduzido no plano meramente retórico. É preciso a própria superação do embate ideológico como condição

13 A elaboração da dicotomia “idealismo utópico” / “idealismo orgânico” deve-se a Oliveira Vianna, que entendia por “idealismo utópico” a representação de “todo e qualquer sistema doutrinário, todo e qualquer conjunto de aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade que pretenda reger e dirigir”. Contraposto ao “idealismo utópico”, estaria o “idealismo orgânico”, cujas manifestações típicas “nascem da própria evolução orgânica da sociedade e não são outra coisa senão visões antecipadas de uma evolução futura” (cf Vianna, 1939: 50-51).

do próprio desenvolvimento da teoria da alternatividade periférica. A argumentação procedente de Ulhoa Coelho nos mostra que “tanto o jurista comprometido com uma luta insurrecional quanto o defensor do modelo burguês de sociedade, desenvolvem, ao interpretarem uma norma jurídica, um mesmo trabalho de elaboração teórica, de cunho exclusivamente retórico.” (92:113) Daí a situação paradoxal em que a corrente libertária da alternatividade pode atuar contra si própria, hipótese em que o “[...] o intelectual, imaginando estar contestando a ordem em vigor, estaria, na verdade, contribuindo para a sua reprodução, identificando as questões cruciais ao embate entre as classes” (92:113)

O discurso da alternatividade concebido nos termos de um embate entre “dogmáticos conservadores” e “contra dogmáticos revolucionários” fica esvaziado de sentido, sendo de pouca significação prática a constatação da existência de um direito paralelo se não houver a preocupação com a determinação objetiva e segura daquilo que se entenda por justiça. Preferimos então, a cautela da busca pela realizabilidade do direito, seja ele oficial, seja ele paralelo, libertando-o tanto quanto possível das interpretações sectárias, casuísticas e não generalizáveis. Trata-se então de promover o uso efetivo e democraticamente generalizável do direito, dotando-o sobretudo de mecanismos capazes de conciliar tanto quanto possível, justiça e segurança. Para tanto, acreditamos no relevante papel que a interdisciplinaridade no direito tem a desempenhar.

Nesse sentido, parece haver uma quase absoluta concordância na doutrina dominante, sempre apontando – com terminologias diversas é bem verdade – a necessidade da interdisciplinaridade no direito como fator de conciliação entre segurança e justiça.

Destaque-se a concepção de Cláudio Souto em buscar a segurança não na dogmática jurídica, mas em uma cientificidade empírica aplicada ao direito. A segurança empírico-científica seria nesse caso, preferível à segurança formal-dogmática.

Como se vê, seja a segurança fruto do saber dogmático ou do saber científico-empírico, a preocupação é sempre a mesma: a realização do direito, com segurança e justiça.

Por último, é oportuno esclarecer que não é nosso intento aqui refutar de todo as reflexões trazidas a lume pelas escolas críticas do direito, mas sobretudo contribuir para o debate, discutindo alguns equívocos epistemológicos do movimento alternativo e apresentando possíveis soluções para uma real compreensão do direito periférico.

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992a). "Para uma Conceituação do Direito Alternativo" in: *Revista de Direito Alternativo*. n. 1. São Paulo: Acadêmica. pp. 157-174.
- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992b). "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para países subdesenvolvidos" in: *Anuário do Mestrado em Direito*. n. 5. Recife: Editora Universitária. UFPE
- ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo (1994). *Idealismo e Realismo Constitucional em Oliveira Vianna: Análise e Perspectivas*. Recife: mimeo
- ARRUDA JR. Edmundo Lima de (1992a). "Reflexões Sobre Um Ensino Jurídico Alternativo" in: *Revista de Direito Alternativo*. n. 1. São Paulo: Acadêmica. pp.57-64.
- ARRUDA JR. Edmundo Lima de (1992b). "Apresentação". in: *Lições de Direito Alternativo*. 1 (Edmundo L. A. Jr. org). São Paulo: Acadêmica. pp. 05-08.
- CARVALHO, Amilton Bueno de (1992). "Lei No. 8.009/90 e o direito alternativo" in: *Lições de Direito Alternativo* (Edmundo L. A. Jr. org.). São Paulo: Acadêmica. pp. 53-70
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINNOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido [Rangel] (1993). *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros.
- COELHO, Luiz Fernando (1992). "Do Direito Alternativo". in: *Revista de Direito Alternativo*. n. 1. São Paulo: Acadêmica. pp.09-18.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio (1989). *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas.
- GENRO, Tarso Fernando (1992). "Os juízes contra a lei" in: *Lições de Direito Alternativo*. n. 1. (Edmundo L. A. Jr. org) São Paulo: Acadêmica. pp.17-27.
- HELLER, Herman (1968). *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou.
- KELSEN, Hans (1987). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

- LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito I*. São Paulo: Biblioteca tempo universitário, Tempo brasileiro.
- LUHMANN, Niklas (1993). "Por que uma 'Teoria dos Sistemas'?" in: *Dialética e Liberdade*, Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Org. Luís a.de Boni Editora da UFRS, Porto Alegre, Petrópolis: Vozes. pp. 430-441
- NEVES, Marcelo (1994a) . *O Problema da Implementação Curricular nas Pós-Graduações em Direito no Brasil*. Recife: mimeo.
- NEVES, Marcelo.(1994b). *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- NEVES, Marcelo (1995) "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina". in: *Direito em Debate – Em Busca de Alternativas*, n. 5. Ijuí: Editora Unijuí. pp. 7-37.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de Souza (1979) "O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica" in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor. J. J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: Universidade de Coimbra pp. 227-341.
- SOUTO, Cláudio (1992). *Ciência e Ética no Direito – Uma alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- SOUTO, Cláudio (1993). "Ciência do Direito e Filosofia Jurídica no limiar do terceiro milênio: para além de um pré-iluminismo?" in: *Revista de Direito Alternativo*, n. 2. São Paulo: Acadêmica. pp 28-34
- SOUTO, Cláudio (1996). *Direito Alternativo: Em Busca de Sua Teoria Sociológica*. Recife: mimeo
- ULHOA COELHO, Fábio (1992). *Direito e Poder*. São Paulo: Saraiva.
- VIANNA, [Francisco José de] Oliveira. (1939). *O idealismo da Constituição*. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional.
- VILANOVA, Lourival. (1953) *O Problema do objeto da Teoria Geral do Estado*. Recife: Tese para a cátedra de Teoria Geral do Estado (Faculdade de Direito da Universidade do Recife).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO *

José Janguê Bezerra Diniz

Procurador do Trabalho do Ministério Público da União (ex-Julz do TRT 6ª Região). Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito do Trabalho – Universidade Católica de Pernambuco. Doutorando em Direito Público – Universidade Federal de Pernambuco. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito – IBED. Membro do Bureau Jurídico – Desenvolvimento Profissional.

SUMÁRIO

1– Considerações iniciais. 2– Princípios constitucionais. 2.1– Princípio da inafastabilidade da Jurisdição ou garantia do direito de Ação. 2.2– Princípio do devido processo legal (*due process of law*). 2.3– Princípio do contraditório. 2.4–Princípio do duplo grau de jurisdição. 2.5– Outros princípios constitucionais. 3– Conclusão.

1. Considerações preambulares

Antes de encamparmos o tema, nosso propósito não é senão um entendimento preliminar acerca da terminologia enfocada.

Na expressão de Meton Marques de Lima¹ “princípio é o momento em que alguma coisa tem origem; é a causa primária; é o elemento essencial na constituição de um corpo”.

Noutro falar, seguindo as pegadas de Meton, a palavra **princípio**, reporta-nos sempre ao início, ao originário, ao que antecede e, através dele, investigamos os meios e objetivamos os fins.

* Conferência proferida no Congresso Internacional de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, promovido pelo Bureau Jurídico – Desenvolvimento Profissional, realizado em 22 a 24 de agosto de 1996 no Centro de Convenções da UFPE.

1 LIMA, Francisco Meton Marques de: “Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho à Luz dos Princípios Jurídicos”, Fortaleza, Iocce Editora, pág. 99.

Ensina De Plácido e Silva² que princípio, “derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo de vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do *começo* ou da *origem* de qualquer coisa.. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixaram para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos *axiomas*. *Princípios Jurídicos*, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios inscrevem-se nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.

Ampliando o quadro das considerações, é de toda prudência trazermos à lição o pensamento de Maurício Godinho Delgado³ que vaticina: “A palavra princípio

2 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. III, J-P, 11ª edição, RJ, Forense, 1989, pág. 447.

3 DELGADO, Maurício Godinho. “Princípios do Direito do Trabalho”, in *Jornal Trabalhista*, ano XI, nº 535, pág. 1208, dezembro de 1994.

traduz, de uma maneira geral, a noção de proposições ideais que se gestam na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de uma certa realidade e que, após gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. Nesta acepção, **princípios políticos, morais ou religiosos**, por exemplo, importariam em proposições ideais resultantes de um determinado contexto político cultural ou religioso que se reportam à realidade como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas. Em tal sentido, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando. Na dinâmica das pessoas e sociedades, os princípios atuariam como enunciados que refletem e informam, em maior ou menor grau, as práticas individuais e sociais correspondentes”.

Com efeito, na ciência do Direito, os princípios são de primacial importância. Entrementes, não são considerados preceitos de ordem absoluta, já que, servem para nortear e orientar os cientistas e aplicadores do Direito.

É sabido e consabido que os princípios cumprem perante o Direito as mais diversas funções, quer seja na fase da elaboração da norma jurídica, chamada por Delgado de fase “**inicial, pré-jurídica ou pré-política**”, quer seja, na fase “**propriamente jurídica ou tipicamente jurídica**” quando a norma já foi elaborada, encontrando-se em pleno vigor⁴. Nesse espírito, é na segunda fase que os princípios encontram-se verdadeiramente patenteados e de manifesta utilização.

Na fase inicial, “pré-jurídica ou pré-política” é que os princípios gerais do direito, além daqueles específicos

4 DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., pág. 1208.

a certos ramos, influem profundamente, embora de maneira limitada⁵, na construção e elaboração das normas jurídicas, norteando os parlamentares, encarregados dessa tarefa.

É nessa fase que eles agem como “virtuais fontes materiais do Direito” como “veios iluminadores à elaboração da norma jurídica”. Por exemplo, princípios sociais, princípios morais, princípio da razoabilidade, etc.

Na fase posterior ou “jurídica”, os princípios assumem funções diversificadas. Aqueles denominados “**des-critivos ou informativos**” têm o destacado papel na exegese do Direito, não por atuarem como fonte formal, mas, como “instrumental de auxílio à interpretação jurídica”, já que sua função é contribuir no processo de compreensão da norma⁶. E.g., o princípio *in dubio pro misero*, no Direito do Trabalho. Por outro lado, os princípios “**normativos**”, têm o afã crucial de orientar os cientistas e aplicadores do direito no “processo de integração jurídica”.

Outrossim, é alvissareiro asseverar que os princípios, em outro plano, podem objetivar o papel de “fontes formais supletivas do Direito”, sendo utilizados como “fontes normativas subsidiárias, à falta de outras normas jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito”⁷. O princípio da isonomia, etc.

No particular, “a proposição consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se norma jurídica específica fosse”⁸. É o que se processa em situações onde certamente não existem normas jurídicas

5 Na fase “pré-jurídica ou política” os princípios influenciam de maneira limitada uma vez que “as principais fontes materiais do Direito encontram-se fora do sistema jurídico, consubstanciando-se através dos movimentos sociais, políticos e filosóficos”.

6 DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., pág. 1208.

7 DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., pág. 1208.

8 DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., pág. 1208.

no conjunto das fontes normativas existentes. Estes, são chamados de “princípios normativos”, já que agem como normas jurídicas sobre determinados casos concretos não abrangidos por fonte normativa específica.

Essa utilização dos princípios, como fontes normativas é expressamente autorizada pelos artigos, 4^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, 126 do Código de Processo Civil e pelo art. 8^o da CLT⁹.

Na mesma linha de raciocínio, extremamente importante os ensinamentos do professor Ivo Dantas da Faculdade de Direito do Recife¹⁰, que frisa: “para nós, PRINCÍPIOS são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”. Em seguida o professor testifica que: “por outro lado, se tanto o Princípio quanto a Norma consagrados nos textos constitucionais refletem um *posicionamento ideológico* (opção política ante diferentes valores) – repitamos – existe entre eles uma *hierarquização*. A partir desta, o primeiro ocupa posição de destaque, irradiando, em decorrência e necessariamente, o conteúdo daquela”.

9 LICC, art. 4^o: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

CPC, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”;

CLT, art. 8^o: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

10 DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. RJ, Lumen Juris Editora, 1995, pág. 59/60.

No mesmo sentido, orienta-se o professor Souto Maior Borges, outro ilustre professor da Faculdade de Direito do Recife¹¹ aludindo que “a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando, por isso mesmo, uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional. A doutrina vem insistindo na acentuação da importância dos princípios para iluminar a exegese dos mandamentos constitucionais”.

Aumentando a égide de considerações, não é ocioso rememorarmos o magistério de Sanchez de la Torre¹² quando enfatiza que os princípios gerais do Direito têm a **função de inspirar determinada legislação positiva**. Sob esse aspecto, “os Princípios Gerais do Direito no silêncio da lei ou nas fissuras que ela apresenta, são chamados ao ato da decisão, pelo juiz, para completarem a ordem jurídica ou para corrigirem as distorções que os desdobramentos da prolixidade legiferante ocasionam ao pretendido, mas não alcançado sentido de justiça no equacionamento de interesses entre as pessoas”.

Ainda sobre o assunto, também não é supérfluo analisarmos os ensinamentos de Wladimir Novaes Martínez¹³, quando vaticina que os princípios gerais do direito dispõem das seguintes funções:

- a) informadora, na elaboração da norma;
- b) construtora, indicando e formulando uma filosofia dominante no ordenamento jurídico;

11 BORGES, Souto Maior. Lei Complementar Tributária. SP, RT, 1975, pág. 13/14.

12 Cf. Sanchez de la Torre, Angel. “Los Principios Clásicos del Derecho”, Madrid, Unión Editorial, 1975, pág. 23.

13 MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Princípios de Direito Previdenciário”, SP., LTr, 1983, pág. 34/35.

- c) normativa, quando inseridos expressamente em norma positiva, tornando-se, no caso, de aplicação obrigatória;
- d) interpretativa, colaborando no entendimento de normas jurídicas com forma e conteúdo polêmicos;
- e) integrativa, como instrumentos de integração do ordenamento jurídico, substituindo direta ou indiretamente as omissões do legislador.

Noutra maneira de falar, os princípios são utilizados como instrumento no processo da interpretação das normas, como fonte material na fase inicial ou pré-jurídica, como elemento integrador do direito em caso de omissão de norma sobre o fato concreto e até mesmo como fonte formal de direito, supletiva, subsidiária à falta de outras normas para incidir sobre o fato concreto.

Utilizados de vez como fontes materiais ou formais, e de vez como elementos de interpretação ou integração do direito, os princípios são de primacial importância em todos os ramos do direito. Quer seja no direito processual, material e até no que chamamos de “justiça constitucional”.

A justiça Constitucional, apenas à guisa de elucidação, é composta pelo Direito Processual Constitucional, que compreende o elenco de normas de Direito Processual ínsitas na Constituição Federal e pelo Direito Constitucional Processual, compreendendo a “reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”¹⁴.

14 Karl Heinz Schwab. Divisão de Funções e o juiz natural”, *apud*, JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª edição, Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman, Vol. 21, SP, RT, 1996, pág. 19.

Com efeito, neste opúsculo, teceremos considerações sobre o Direito Constitucional Processual, componente da “Justiça Constitucional” tratante dos princípios do processo civil, ínsitos na *Lex Legum*.

De partida, cumpre ressaltar que inúmeros são os princípios constitucionais do processo a serem estudados. A título de ilustração citamos o PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL; DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO; DO CONTRADITÓRIO; DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO; DO JUIZ E DO PROMOTOR NATURAL; DA AUTORIDADE COMPETENTE; DA LICEIDADE DOS MEIOS DE PROVAS; DA PROIBIÇÃO CIVIL POR DÚVIDA; DA PUBLICIDADE etc. Entrementes, em face da estreiteza dos limites, analisaremos nesse trabalho apenas aqueles que em nossa ótica são considerados os mais importantes.

Por fim, registramos que não temos a mínima pretensão de esgotar o assunto, mas contribuir para o debate.

2. Princípios constitucionais.

2.1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da garantia do direito de ação.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da garantia do direito de ação, consiste na faculdade que qualquer pessoa tem de bater às portas do Poder Judiciário, solicitando a instauração do processo no escopo de que a jurisdição estatal seja exercida, com a conseqüente proteção de um direito subjetivo lesado ou na iminência de sê-lo¹⁵.

15 É de se registrar, que em virtude do princípio processual da iniciativa processual ou dispositivo, consagrado no art. 2º do CPC, e consubstanciado na axiomática parêmia latina *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*, de regra a tutela jurisdicional só será prestada pelo Estado, se a parte, *sponte sua* provocá-lo, haja vista que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerê-la, nos casos e forma legais”.

É um princípio elevado à altitude constitucional, previsto no art. 5º inciso XXXV da *Lex Fundamentalis*, manifestando-se nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se procedermos à hermenêutica mais razoável do dispositivo constitucional, transcrito retro, chegaremos sem balbuciar à ilação de que ninguém, nem mesmo o Poder Legislativo, pode impedir qualquer cidadão de bater às portas do Estado-Juiz para pedir a prestação da tutela jurisdicional¹⁶.

Ampliamos o quadro de observações para afirmar que esse preceptivo traz em seu bojo a consubstanciação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inafastabilidade da jurisdição, ou comumente chamado de princípio da garantia do direito de ação.

Noutro sublinhar, todas as pessoas têm o direito de acessar o Poder Judiciário, pretendendo a proteção jurisdicional **preventiva ou reparatória**, no pertinente a qualquer direito individual, difuso ou coletivo, desde que, é claro, estejam presentes certos requisitos chamados de condições da ação, quais sejam: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido, haja vista que tal princípio não é absoluto.

Ainda sobre o assunto, no afã de se ampliar a esfera de reflexões é digno mencionar que não há confundir direito de ação com direito de petição¹⁷.

O direito de petição é aquele garantido aos cidadãos de reclamarem aos poderes públicos providências contra ilegalidade ou abuso de poder.

16 No passado tivemos experiência atentatória ao Estado de Direito, com a expedição do AI5 (Ato Institucional nº 5 de 1968) que proibia o acesso à justiça por questões raciais.

17 O art. 5º inciso XXXIV, a, da CF traz em seu bojo a garantia do direito de petição, quando testifica: “são a todos assegurados, independentemente de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

É um direito político e impessoal, já que é dirigido à autoridade, apenas para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, pedindo que se tomem as providências cabíveis, e “não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de participação política, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica”¹⁸ e pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica e ser consubstanciado através de simples petição, representação, queixa ou reclamação.

Por seu turno, o direito de ação, um direito público, subjetivo, “cívico e abstrato”, que pode ser exercido até mesmo contra o Estado, desde que, como foi dito, presentes as condições da ação¹⁹. É um direito que tem como objeto primacial a “obtenção da tutela jurisdicional” por excelência, efetivada através da sentença definitiva ou de mérito, seja de procedência ou improcedência.

Recrudescendo a égide de análise, não é supérfluo registrar que a escolha da jurisdição arbitral em detrimento da jurisdição estatal, não representa violação ao princípio constitucional do direito de ação, haja vista que apenas os direitos disponíveis podem ser objeto de compromisso arbitral. No contexto, as partes podem abrir mão da jurisdição estatal em prol da arbitral ou particular²⁰.

18 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: Constituição da República Portuguesa Anotada, 1º vol., 2ª ed, Coimbra/Portugal, Livraria Almedina, 1984, pág. 286.

19 O Direito Público subjetivo de ação encontra limites, pois para ser exercido demanda a presença das condições da ação: *legitimatō ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse. A falta de alguns desses elementos deságua na extinção do processo sem apreciação do mérito, por carência de ação, e isso não implica violação ao princípio constitucional do direito de ação.

20 A **arbitragem**, é um dos mais antigos meios de solução dos conflitos. Surgido na Grécia, consiste em submeter o conflito à decisão de um terceiro, pessoa, grupo, entidade administrativa ou órgão judicial. Sua evolução ocorreu no Direito Romano em sua modalidade obrigatória, pois o pretor, preparava a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula e, em seguida, submetia o julgamento a um *iudex* ou **arbitrer**, objetivado por um particular estranho ao corpo funcional romano, desde que idôneo, que tinha a incumbência de solver o litígio. Quintiliano, gramático de profissão, foi inúmeras vezes

nomeado **arbitrer**, tanto que veio a contar, em livro as suas experiências. Para se recorrer à arbitragem é necessária a existência de uma cláusula compromissória inserida em um instrumento escrito, que pode ser um acordo ou uma convenção coletiva, e que se destina a solucionar um litígio futuro que pode até não surgir, ou de um compromisso arbitral que consiste num instrumento criado no instante da controvérsia, objetivando solucioná-la. Recentemente, em questões comerciais e civis, que, em minha ótica, pode ser estendida às questões trabalhistas, o Brasil deu um grande passo no sentido de incrementar o uso da arbitragem, com a publicação da Lei 9.307, de 23.09.96, de iniciativa do “Instituto Liberal de Pernambuco”, com patrocínio do então senador Marco Maciel, hoje, Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, elaborada por uma comissão de Juristas especializados na área, foi publicada no Diário Oficial da União em 24.09.96, com **vacatio legis** de sessenta dias, que passou a vigor a partir de 23.11.96, revogando os artigos 1.037 a 1.047 do Código Civil e os artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, além de alterar o artigo 267, 302, 584 e 520 também do CPC. Nos moldes da lei, qualquer pessoa capaz de contratar, poderá valer-se de árbitros para dirimir litígios, desde que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Interpretando o preceptivo, conclui-se que foi criado uma arbitragem voluntária às partes capazes de contratar. A arbitragem pode ser de direito ou de equidade (art. 2º). As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção arbitral, assim entendida a cláusula compromissória convenção inserida num contrato, pela qual as partes comprometem-se a submeter qualquer questão oriunda do contrato à arbitragem, e o compromisso arbitral, que consiste num instrumento arbitral expresso, através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. A sentença arbitral estrangeira, para ser reconhecida ou executada no Brasil, depende de homologação pelo STF (art. 35). Para efeitos penais, “os árbitros são equiparados aos funcionários públicos, a ensejar o enquadramento dos mesmos na tipologia criminal em ocorrendo deslizes de comportamento”. Até o surgimento dessa lei, a arbitragem no Brasil não era muito utilizada, por vários motivos, dentre eles o custo da arbitragem que de regra é muito oneroso. Com a publicação da lei vozes surgiram alegando ser a mesma inconstitucional ao argumento de violar o princípio constitucional da garantia do direito de ação, ou de inafastabilidade do judiciário previsto no artigo 5º inciso XXXV da Carta Maior. No pertinente à questão estamos com Sálvio de Figueiredo Teixeira quando combate a inconstitucionalidade da lei sob o argumento de que: 1) “... a nova lei é explícita (art. 33) e, assegura aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior”; 2) “... pela igual possibilidade de arguir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC)”; 3) “... porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do art. 584 do Código de Processo Civil. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro, reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a **coercio** e a **executio**”; 4) “... porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira sujeitar-se-á à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça, se a Constituição reformada, assim vier a determinar)”; 5) “... porque o Judiciário é o controle “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento”; 6) “... porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória”.

Não é ocioso frisar, também, que a assistência jurídica prevista no art. 5º inciso LXXIV²¹ da Carta Maior é decorrência do princípio do direito de ação. Atente-se, diferentemente do texto anterior, para o que se referia à assistência judiciária. Hoje, a assistência prestada é jurídica e engloba a judicial e extrajudicial.

Constitui, ademais, ato atentatório ao princípio do direito de ação qualquer expediente destinado a dificultar ou impedir que a parte exerça sua defesa no processo, ato que deve ser rechaçado por parte do juiz²². Por esse motivo é que o princípio da fungibilidade recursal que diz serem os recursos fungíveis, salvo em havendo má fé ou erro crasso, deve ser, no Processo Civil, tido como sendo um princípio basilar. “Estando presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade dos recursos no Processo Civil e o juiz deixar de aplicá-lo, estará infringindo o princípio constitucional da garantia do direito de ação”²³.

Outrossim, violação ao princípio do direito de ação, a cobrança de taxa judiciária excessiva, obstaculizando a parte de acessar o Judiciário. Da mesma forma, condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal, ao depósito prévio do valor do débito, monetariamente corrigido, acrescido de juros e multa.

Por outro lado o depósito de 5% (cinco por cento) exigido previamente em caso de ação rescisória não fere a garantia do direito de ação, haja vista que a querela já foi apreciada pelo Judiciário, pesando sobre ela a *res judicata* e por ser medida excepcional²⁴.

21 Art. 5º inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

22 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição federal. 3ª edição, revista e aumentada, coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21, RT, SP, 1996, pág. 99.

23 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 100.

24 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 102.

Nessa linha de raciocínio, é auspicioso ressaltar, que pelo sistema atual, não é mais exigido como pressuposto básico de acesso ao Judiciário, o esgotamento da esfera administrativa, popularmente chamada de “jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado”. Faz-se oportuno asseverar que, somente no concernente às ações esportivas, demanda o texto constitucional, através do art. 217 § 1º²⁵, na forma da lei, sejam esgotadas todas as instâncias desportivas.

Ampliando o campo de observações, traz-se à baila, que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou da garantia do direito de ação, combinado com o princípio processual da indeclinabilidade da jurisdição, proíbe o magistrado eximir-se de prestar a tutela jurisdicional alegando obscuridade ou lacuna da lei.

No diapasão, lacuna, embora não corresponda à fidelidade conceitual, significa ausência de preceptivo legal, regulador de determinada situação jurídica. Se o magistrado eximir-se de sentenciar, alegando lacuna da lei, haverá afronta aos dois princípios retromencionados, pois como é sabido e consabido, em havendo lacuna, deve o intérprete utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LICC art. 4 c/c art. 126 do CPC e art. 8º da CLT), chamados de elementos integradores do direito. Por outro turno, a equidade não pode ser utilizada como elemento integrador do direito, salvo, quando a lei permitir (CPC, art. 127). Exemplo disso ocorre nos procedimentos de jurisdição voluntária ou graciosa, caso em que o juiz pode utilizar-se da equidade, já que, consoante o art. 1.109 do CPC., não está preso a critério de legalidade estrita. Ademais, no Processo do

25 “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias desportivas, reguladas em lei”.

Trabalho, o artigo 8^a 26 da CLT, permite a utilização da equidade como elemento integrador do direito em caso de omissão ou lacuna da lei. Da mesma forma o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, através do art. 7^a permite a utilização da equidade naquelas lides atinentes a consumo.

Por fim, não devemos confundir lacuna ou obscuridade de lei, caso em que se socorrerá o magistrado da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e, conforme o permitido pela legislação, da equidade, com fatos que demandam a expedição de normas regulamentadoras da Constituição. Af, é mister a interposição do mandado de injunção, embora, também, sem procedimento próprio, ocasião em que o correto é imprimir-se o procedimento previsto para o mandado de segurança²⁷.

2.2. Princípio do devido processo legal – (*Due Process Of Law*)

Jurisdição é poder que pertence ao Estado de resolver as contendas, e este, delega às autoridades judiciárias, ou, noutro falar, o poder de dizer o direito, de resolver os litígios. O processo, por seu turno, é a operação pela qual o Estado, através do Poder Judiciário presta a tutela jurisdicional. Jurisdição e processo são dois institutos indissolvemente vinculados. “O direito à jurisdição, é também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da Justiça”.

O devido processo legal consiste na garantia de um processo regular para que haja um julgamento justo.

Com efeito, o princípio fundamental do **devido processo legal**, pertinente ao processo em geral, ou *due process of law*, expressão originária do Direito inglês é considerado o alicerce, a base de todos os outros princípios, “o gênero através do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

Recrudescendo o campo de reflexões, registramos que a primeira ordenação jurídica que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem Terra, no ano de 1215, quando se reportou à *law of the land*, sem, entretanto, se referir expressamente ao **devido processo legal**. O termo, entretanto, somente foi utilizado por uma lei (inglesa) em 1354 durante o reinado de Eduardo III, lei essa de autoria de um legislador desconhecido, quando vaticinou: “*None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law*”²⁸ ²⁹.

Noutro falar, o devido processo legal ou garantia de um julgamento regular, foi inicialmente previsto no texto da Magna Charta do reinado de João Sem Terra em 1215, chamado de *law of the land*, passando, mais tarde, no ano de 1354, durante reinado de Eduardo III, a se chamar *due process of law*.

Posteriormente, nos Estados Unidos da América do Norte, o princípio foi inserido na **Lex Mater** daquele país

26 “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

27 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 113.

28 “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

29 M. Radin, Handbook of anglo-american legal history, Saint Paul, 1936, p. 153. *apud* Nelson Nery Junior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, op. cit. pág. 29.

através da Emenda número V, de 1789³⁰, e posteriormente, a Emenda nº XV exigiu que os Estados-Membros concedessem a seguinte garantia: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem denegará dentro de sua jurisdição, a qualquer pessoa, a igual proteção das leis"³¹.

Atualmente, quase todos os Estados democráticos contemporâneos incorporaram em seu ordenamento constitucional o devido processo legal. No nosso, esse princípio polegar da jurisdição e do processo é consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, através do art. 5º inciso LIV que testifica: "**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**". (sublinhamos)

Mas a garantia do devido processo legal ou processo regular, não está restrita às situações de perda da liberdade ou de bens. Ela se encontra disseminada no texto constitucional, e pode ser encontrada, v.g., nos incisos XXXV³², (inafastabilidade da jurisdição); XXXVII³³ (juiz natural) e LV³⁴ (contraditório) do mesmo artigo 5º, já que consoante enfatizamos, *ab initio*, o princípio do devido processo legal é gênero dos quais são espécies todos os demais princípios constitucionais do processo, mormente os três tratados nesses incisos, inexorável e diretamente vinculados ao devido processo legal.

30 A emenda assim estabelecia: "Nenhuma pessoa poderá responder por qualquer grave ou infame crime senão mediante apresentação e libelo de um grande júri, exceto nos casos surgidos nas forças militares e policiais, quando em serviço no tempo de guerra ou em perigo público, nem poderá pessoa alguma, pela mesma ofensa, por mais de uma vez, ter exposta a vida ou integridade, nem ser compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem ter bens apropriados sem justa indenização".

31 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A sentença no Processo do Trabalho. SP, LTR, 1994, pág. 46.

32 "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

33 "Não haverá juízo ou tribunal de exceção".

34 "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

2.2.1. Devido processo legal em sentido genérico

De forma genérica, o devido processo legal "caracteriza-se pelo trinômio **vida-liberdade-propriedade**". Noutro registrar, através desse princípio, todos esses bens em sua inteireza são tutelados e protegidos.

No que diz pertinência ao direito, à liberdade, importa dizer que isso significa liberdade de ir e vir, de imprensa, de religião e de opinião.

Exemplo de aplicação do princípio no sentido genérico podemos citar o caso Meyer v. Nebraska (1923), quando a Suprema Corte Americana achou por bem julgar inconstitucional a lei estadual proibitiva de ensino em outra língua diferente da inglesa. Meyer tinha a intenção de criar aulas no idioma alemão.

2.2.2. O devido processo legal em sentido material (Substantive Due Process)

O Devido Processo Legal, como já se viu, manifesta-se (revela, apresenta, expressa), também, através do *substantive due process* e através do *procedural due process*. Ou seja, em seu aspecto substancial e processual, pois que atua no tocante ao direito material e processual.

No tocante ao processo esse deve ser entendido como processo e judicial.

Em sua origem, quando instituído pela *law of the land*, o devido processo (*due process*) manifestava-se apenas no âmbito do processo penal³⁵. Ou seja, sendo de cunho apenas processualístico.

Com o tempo, o conceito da cláusula (princípio) do devido processo, foi modificado pela doutrina e jurisprudência, com a ampliação do âmbito de sua abrangência em prol dos direitos dos cidadãos.

35 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. 2º ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 34.

Hoje, do ponto de vista substancial, manifesta-se em todos os campos do direito.

À guisa de ilustração, o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º inciso II³⁶ da *Lex Fundamental*, apenas consagra a manifestação da cláusula *substantive due process*, no direito administrativo, embora os administrativistas identifiquem o fenômeno do *due process*, sob outra roupagem, denominando-o de garantia da legalidade ou princípio da legalidade. No contexto, isso implica que a administração pública só pode agir *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*³⁷. Ou seja, em conformidade com a lei e dentro dos limites dados por ela. Noutro ressaltar, a administração só pode praticar atos ou celebrar negócios, havendo a lei permitidora, é o que a doutrina chama de **princípio da submissão da administração à lei**. No direito privado o mesmo não ocorre, haja vista que os particulares norteiam-se pelo princípio da autonomia de vontade, onde prevalece a liberdade de contratação e de realização de negócios e da prática de todos os atos jurídicos, mesmo que a lei não os preveja, contanto que não afrontem as normas de ordem pública, e que não sejam praticados contra os bons costumes.

No direito privado, é velho dito: o que não é proibido é permitido. Isto decorre do consagrado no princípio nominado por autor de obras de “atipicidade dos negócios jurídicos privados”.

“O fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo”³⁸.

Citamos, ademais, como exemplo da incidência da cláusula *substantive due process* no direito:

36 “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

37 *Praeter legem* – Inexistindo Lei.

38 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 36.

- a) a garantia do direito adquirido;
- b) proibição da retroatividade da lei penal;
- c) princípio da reserva de lei;
- d) os princípios tributários da anualidade, legalidade, da incidência única (*non bis in idem*);
- e) proibição de preconceito racial;
- f) garantia dos direitos fundamentais do cidadão, etc..

2.2.3. O devido processo legal em sentido processual (*Procedural Due Process*).

No sentido processual, o devido processo legal alcança significado mais restrito. “No direito processual americano a cláusula *procedural due process* significa o dever de propiciar-se ao litigante:

- a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental;
- b) um juiz imparcial;
- c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz;
- d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz;
- e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante;
- f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal;
- g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos;
- h) direito a uma audiência pública;
- i) direito à transcrição dos atos processuais;
- j) julgamento pelo tribunal do júri;
- l) ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual”.

Na nossa ordenação jurídica processual, a cláusula *procedural due process*, ou seja, o devido processo legal aplicado ao processo consiste em:

- a) direito a um rápido e público julgamento;
- b) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
- c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais;
- d) direito ao procedimento do contraditório;
- e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto* (com efeito retroativo ou revogadas);
- f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa;
- g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão;
- h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas;
- i) direito à assistência jurídica³⁹, inclusive gratuita, etc.

No que concerne ao processo civil, tem-se asseverado ser manifestação da cláusula *procedural due process*:

- a) igualdade das partes;
- b) garantia do direito de ação;
- c) direito de defesa;
- d) o contraditório.

Portanto, a cláusula *procedural due process of law*, “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”⁴⁰.

39 A assistência jurídica inclui a judicial e a extrajudicial.

40 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág.40, referindo-se a Ada Pellegrini Grinover.

2.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório consiste em dar as mesmas oportunidades às partes e também os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas e recorrendo das decisões judiciais⁴¹.

A essência e o objeto do contraditório consiste em dar ciência à parte da existência de uma ação (citação), e de todos os atos nela praticados, além de que possibilitando a ambas as partes a insurgência contra todos os atos que lhes forem desfavoráveis.

Esse Princípio assegura taxativamente a oportunidade para o pronunciamento do acusado, não admitindo a existência de processo sem a instauração do contraditório, pois, ninguém será condenado sem que antes tenha sido citado para apresentação de defesa. A não-observância desse requisito implicará a nulidade do processo.

O Princípio do Contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só para falar sobre as alegações do outro litigante, como também, para fazer a contraprova.

Diferentemente do sistema constitucional anterior que alcançava apenas o processo penal, hoje o contraditório alcança também os processos civil e administrativo.

É princípio inerente a todos os litigantes, seja autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente, Ministério Público atuando como parte ou **custos legis**. Todos aqueles que tiverem a intenção de invocar uma pretensão consubstanciada num direito material perante o Estado-Juiz, também tem o direito de invocar o contraditório a seu favor⁴².

41 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 148.

42 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 132.

Por outro lado, os auxiliares da justiça como o perito, as testemunhas, estes não dispõem do direito de invocar o contraditório, haja vista que não existe pretensão judicial em jogo.

Embora os Princípios Processuais, inclusive, os de ordem constitucionais, a exemplo o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, possam admitir exceções, o Princípio do Contraditório é íntegro em seu texto, absoluto em sua aplicação.

É manifestação do princípio do Estado de Direito, estando indissolúvelmente vinculado ao princípio da igualdade das partes, consagrado no art. 121, I, do CPC, e ao princípio constitucional do direito de ação⁴³.

É princípio elevado à altitude constitucional, consagrado na art. 5º, inciso LV, da *Lex Mater*, quando alberga o seguinte preceito: "aos litigantes, em **processo judicial ou administrativo**, e aos acusados, em geral, são assegurados o **contraditório** e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Consagrado na Constituição Federal, ele é consubstanciado numa axiomática parêmia latina *nemo inauditus damnari potest*.

Enfim, a Carta Suprema da República Federativa do Brasil, promulgada a 05.10.88, em seu Art. 5º, Inciso LV, ao assegurar a todos os brasileiros a ampla defesa; "inaugurou nesse ato, a igualdade de condições, instalando nesse contexto, o brilho da democracia, as garantias fundamentais".

Desse princípio surgem três conseqüências básicas:

- a) a sentença só afeta as pessoas que fizeram parte no processo, podendo afetar terceiros interes-

43 O princípio do direito de ação engloba o direito à ação da parte pedindo a instauração do processo para a prestação da tutela jurisdicional e a defesa a ser objetivada pela parte *ex adversa* naquela ação.

sados, desde que tenham participado da relação jurídica processual, ou seus sucessores⁴⁴;

- b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;

c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.

Consoante Nery Júnior⁴⁵, o contraditório deve ser utilizado com base nas nuances de cada processo. Para o Processo Penal, ele é efetivo, real e substancial, e por isso mesmo exige-se a apresentação da defesa técnica substancial do réu, mesmo em sendo revel (art. 261 do CPP)⁴⁶, além de que deve ser nomeado defensor para o réu quando o magistrado considerá-lo indefeso, em face de objetivação de defesa desidiosa e insuficiente tecnicamente, por parte de seu advogado (art. 497, V do CPP)⁴⁷, só assim terá sido atendido o princípio constitucional do contraditório. No Processo Civil, ele é menos amplo. Basta que o réu seja citado, pois em sendo revel, o princípio terá sido atendido. Por esse motivo é que José Roberto dos Santos Bedaque citado por Nery Júnior⁴⁸ acha mais apropriado chamar de **princípio da bilateralidade da audiência** no Processo Civil. Demais, quando for o caso de julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC⁴⁹, não ocorre afronta ao princípio, pois a citação foi

44 Isso em processo é chamado de limites objetivos da coisa julgada, consagrado no art. 460 do CPC, porquanto: "é defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

45 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 134.

46 "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

47 "São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código: V) nomear defensor ao réu, quando o considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcar novo dia para o julgamento e nomear outro defensor".

48 NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., pág. 135.

49 O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I) quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II) quando ocorrer a revelia (art. 319)".

objetivada. No contexto, em se tratando de direito indisponível, a revelia não produz efeitos (CPC art. 320), cabe àquele que tinha o *onus probandi* desincumbir-se do encargo satisfatoriamente.

Na mesma senda de raciocínio, de asseverar que o contraditório também incide sobre o processo administrativo. Em se tratando, por exemplo, de processos administrativos disciplinares contra magistrados e membros do Ministério Público, o direito de serem ouvidos e de se defenderem é assegurado de forma ampla.

Não incide, entretanto, o contraditório no pertinente aos inquéritos policiais e aos inquéritos civis consoante se depreende da leitura dos preceptivos art.^{os} 8.^o, § 1.^o, 9.^o, LACP⁵⁰ e art. 90 do CDC⁵¹, já que são considerados simples procedimentos inquisitórios, preparatórios, com o intuito de ajudarem o Ministério Público a promover a ação competente.

No Processo Civil o contraditório é manifestado tanto no processo cognitivo, quanto no executivo e cautelar. Embora no processo de conhecimento e no cautelar incidam mais que no executivo.

No pertinente ao processo cognitivo, o contraditório deve ser observado em sua inteireza quando se tratar de procedimento de jurisdição contenciosa, já que no de jurisdição voluntária não existem partes litigantes, e como

foi ressaltado, o juiz não está obrigado a decidir de acordo com critérios de legalidade estrita, podendo julgar até por equidade (CPC, art. 1.109).

No processo executivo, o contraditório incide mais nos embargos do devedor, verdadeira ação de cognição incidental, conexa com a execução. Ademais, segundo Araken de Assis⁵², até mesmo antes da interposição dos embargos, em se tratando de questões de ordem pública, que poderiam ser declaradas de ofício pelo juiz, não o sendo, o processo executivo pode ser impugnado através da "exceção de pré-executividade". No particular, poder-se-ia dizer constituir manifestação do princípio do contraditório na execução o direito à nomeação de bens à penhora, impugnação a cálculos, interposição de recursos, atos esses, verdadeiras faculdades concedidas ao devedor. Por outro lado, todo e qualquer ato objetivado no processo executivo, é mister dar vista à parte **ex adversa**, para impugnação, pena de afronta ao princípio do contraditório.

No diapasão, a lei processual combinada com a material, permite a utilização de prova emprestada que é aquela produzida em outro processo (CC, art. 136 II⁵³). Entrementes, vozes da doutrina vaticinam violar o contraditório, já que não se deu oportunidade para que fosse impugnada. Entretanto, "sendo as partes, no processo destinatário, as mesmas do processo originário onde foi realizada a prova que se pretende emprestar", o contraditório estará sendo observado.

Há casos, entretanto, em que o juiz determina certas providências sem a ouvida da parte **altera**, ou seja, **inaudita altera parte**⁵⁴, como sói ocorrer com a

50 O art. 8.^o da Lei 7.347/85 frisa: "Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias". § 1.^o "O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis". O art. 9.^o por seu turno estabelece: "Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente".

51 O art. 90 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor): "Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347/85, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições".

52 ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 2.^o ed., SP, RT, 1995, pág. 425/428.

53 O artigo 136 II do Código Civil alberga a seguinte regra: "Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:.... II) atos processados em juízo".

54 Há autores que usam o termo *inaudita altera parte*.

antecipação de tutela meritória (CPC, art. 273), com os provimentos cautelares, com as liminares em ações possessórias, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva e ação civil pública, providências essas objetivadas “no interesse superior da justiça”. Entrementes, apesar de conceder a medida sem a ouvida da parte **altera**, o contraditório não é afrontado, pois, além de ser instaurado **a posteriori**^{55 56}, as medidas são reversíveis. No contexto, em se tratando de ações monitorias, a expedição do mandado injuntório, ordenando que o réu pague quantia ou entregue coisa certa ou incerta, não afronta o contraditório, haja vista que o réu, citado, pode oferecer embargos, posteriormente.

2.4. Princípio do duplo grau de jurisdição

Em conformidade com esse princípio, todas as causas devem ser submetidas a sobrejuízes, órgãos colegiados, como meio de evitar falhas ou com o fim de

55 As liminares concedidas em ações cautelares e em certas ações como a de mandado de segurança, etc., desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, consagra o caso da antecipação da tutela jurisdicional. Hoje, entrementes, após a promulgação da Lei 8.952 de 13.12.94 com a nova redação dada ao art. 273 do CPC: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou III – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

56 Ademais, frisam os incisos II e III do art. 588. Não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III Fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior”.

emendar possíveis erros inerentes aos julgamentos humanos.

Em regra geral, esse princípio consiste em garantir à parte inconformada com a decisão proferida pelo Juízo preliminar, a certeza de outro remédio legal, o recurso propriamente dito, onde a sua pretensão será conhecida e julgada por juízes distintos.

Ele tem o escopo maior de evitar abuso de poder por parte dos magistrados, já que se não houvesse sobrejuízes, tal fato, em tese, seria suscetível de acontecer.

A Constituição Francesa de 22.08.1795 (*Constitution du 5 Fructidor an III*) através dos arts. 211, 218 e 219 restabeleceu o duplo grau de jurisdição, que tinha sido “cassado” por governantes despóticos, e vige até nossos dias em todos os países cujas ordenações jurídicas velam pelos direitos humanos e pela democracia.

Nesse contexto, não ousamos afirmar que devemos aos Franceses, a originalidade desse princípio, haja vista, que a impugnação às decisões proferidas pelos juízes originários, já era, desde tempos imemoriais, freqüente preocupação dos romanos, que, conscientes da falibilidade humana, introduziram em sua legislação pátria, a possibilidade do reexame de causas já decididas. Ademais, consoante Montesquieu⁵⁷ o juiz único poderia tornar-se despótico, cômico de que as duas decisões não seriam controladas.

Neste espírito, não é exagero afirmar que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é: “garantia fundamental de boa justiça”⁵⁸.

Haja vista que “o duplo grau é erigido à categoria de garantia fundamental de boa justiça, deve ter lugar de

57 Montesquieu. *L'Esprit des Lois*. Paris S/d, Livro VI, Capítulo VII, p. 78.

58 PERROT, Le Principe du Double Degré de Jurisdiction et Son Évolution en Droit Judiciair Privé Français, in *Studi in onore di Enrico tullio Liebman*, v. III, Milão, 1979, p. 1.971

destaque em toda ordem jurídica. Seguindo essa tendência, os ordenamentos modernos dos povos ocidentais têm previsto referido princípio em suas Constituições”. Aqui no Brasil a *Lex Fundamental* estipula o seu alcance e os seus limites.

No particular, de enfatizar que esse princípio não é absoluto no nosso ordenamento positivo, como ocorria com a Constituição do Império de 1824. Hoje ele é tratado de forma genérica, “mas não absolutamente sem fronteira”, já que a própria Carta Maior limita o seu âmbito de abrangência através de alguns preceptivos. A título ilustrativo, veja-se o art. 121 § 3º que alberga regra vazada no sentido de que: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança. Demais, ao enumerar de forma taxativa os casos de cabimento de recurso ordinário constitucional e extraordinário limitou o princípio que deveria ser absoluto.

É princípio constitucionalmente consagrado para uns de forma explícita, para outros de forma implícita no art. 5º, inciso LV, da Carta Suprema, quando giza: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo... são assegurados ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Por outro lado, autores como Nelson Nery Júnior⁵⁹ enfatiza que não ocorre garantia constitucional explícita, mas mera previsão na medida em que a Constituição estabelece que os pretórios de todo o país terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso, e isso ocorre através dos arts. 102, II e III da Constituição Federal, quando estabelece que o STF

59 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 3ª edição revista e ampliada. SP, RT, 1996, pág. 37/8.

conhecerá em grau de recurso ordinário e recurso extraordinário. Ademais, logo, segundo ele, compete ao legislador infraconstitucional, tornar efetivo esse princípio imprimindo operatividade ao mesmo. Daí, a razão de existirem algumas leis que restringem o cabimento de recursos, não devendo ser consideradas inconstitucionais. A título de exemplo, cita o art. 2º da Lei 5.584/70, quando frisa que na Justiça do Trabalho, as causas cujos valores sejam iguais ou inferiores a dois salários mínimos das decisões nelas proferidas, não cabem recursos, salvo, se violarem diretamente a Constituição Federal⁶⁰. Além disso, a Lei de Execução Fiscal, Lei nº 6.830/80, não admite apelação quando o valor da causa for inferior a 50 OTN (art. 34, *caput*)⁶¹. Da mesma forma a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9.099/95, assevera que da sentença do juiz singular cabe recurso para o próprio Juizado, que desta vez será julgado por três juízes de primeiro grau, sem se referir em apelação para o segundo grau de jurisdição (art. 41). No contexto, decisões unânimes proferidas em algumas Ações de Competência Originária do TST, como o Dissídio Coletivo e a Ação Rescisória, se não violarem a Carta Maior, não comportará também, a interposição de recursos. No Processo Civil, de igual forma, as causas de Competência Originária dos Tribunais, escapam também, ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Em nossa ótica, estamos que existe garantia no art. 5º art. LV, vez que o mesmo taxativamente assegura a *ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*. Por esse motivo, normas infraconstitucionais não podem sobrepor preceitos constitucionalmente consagrados.

60 Ocorre violação direta quando uma norma expressa da Constituição é desrespeitada. Ocorre violação indireta quando um de seus princípios é violado. Diz-se no caso que houve violação ao espírito da Constituição.

61 O recurso cabível dessa decisão é o chamado “Embargos Infringentes”.

Nessa perspectiva, reflexões devem ser feitas sobre a derrogação da Lei 5.584/70, que instituiu as Causas de Alçada, e Lei 6.830/80, quanto de outras que deixem de honrar o Princípio sob comento.

Ainda sobre o assunto, ressaltamos a obrigatoriedade do Duplo Grau de Jurisdição, e a exigência do Recurso de Ofício⁶² das sentenças prolatadas contra entes de Direito Público – D.L. nº 779/69, art. 1º. Ademais, também está sujeita a remessa necessária, as decisões que anularem casamento, aquelas proferidas contra a União, Estados e Municípios; que julgarem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 475 do CPC).

No relativo à competência originária dos tribunais superiores, não há falar em derrogação do duplo grau de jurisdição. E ai concordamos com Nery Júnior⁶³ quando enfatiza: "Na verdade, quando, pela relevância da causa, é atribuída a competência a órgão superior de jurisdição, está-se conferindo, em tese, maior segurança ao julgamento, tendo em vista a experiência dos juízes componentes do tribunal e, principalmente, o fato de que a decisão deve ser proferida por órgão colegiado, pois, como se sabe, no Brasil o primeiro grau de jurista é ordinariamente exercido por juiz monocrático". Acrescenta, ainda, que em sendo a competência originária de Tribunal Estadual ou Federal diferente do STF, a Carta Magna estabelece o cabimento do recurso ordinário constitucional para o STJ ou para o STF (arts 102,II e 105,II.), ou do

62 O recurso de ofício, também chamado de remessa necessária ou recurso compulsório, na nossa ótica não é considerado recurso, porquanto, quem recorre não é a parte sucumbente, e também não quer ver reformada a sentença que foi prolatada. É apenas providência com o escopo de fazer com que a sentença seja transitada em julgado. Sobre o assunto já escrevemos alhures em nosso livro "OS RECURSOS NO PROCESSO TRABALHISTA, TEORIA E PRÁTICA" ed. Consulex, Brasília, pág. 34.

63 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 3ª edição revista e ampliada. SP, RT, 1996, pág. 43.

recurso especial para o STJ (art. 105, III, CF), e ainda do extraordinário para o STF (art. 102, III), quando garantiria o duplo grau de jurisdição. Por outro lado, sendo a ação de competência originária do STF (art. 102, I da CF), no caso não há previsão de recurso regular a outro órgão, por constituir o STF a cúpula do Poder Judiciário. Ai, sim, o duplo grau de jurisdição não atuaria "em sua plenitude". Justifica o fato, a composição coletiva dos órgãos julgadores, presumindo-se o alto saber e experiência da corporação, considerando-se, desse modo, dispensável, na espécie, a garantia da dualidade.

2.5. Outros princípios constitucionais

Princípio do JUIZ NATURAL. Juiz natural significa afirmar "juízo preexistente". O escopo desse princípio, é vedar a criação de "Tribunais de Exceção" ou de juízos *ad hoc*, ou seja, encarregado de julgar determinado caso. O princípio é consagrado no art. 5º inciso XXXII da Constituição que frisa: "não haverá juízo ou tribunal de exceção". O princípio da AUTORIDADE COMPETENTE. Consagrado no art. 5º, Inciso LIII: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". É o princípio que consagra a competência como um direito fundamental do indivíduo, a despeito do princípio não ser absoluto, já que existe a competência relativa podendo ser prorrogada em virtude de lei ou voluntariamente pela não interposição da exceção de incompetência *ex ratione loci*. O DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. Este consagrado no art. 93 inciso IX da Carta Constitucional: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes". DA LICEIDADE

DOS MEIOS DE PROVA. Consagrado no art. 5º, Inciso LVI, da CF.:” São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. DA PROIBIÇÃO CIVIL POR DÚVIDAS. Consagrado no art. 5º inciso LXVII da CF:” Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Acrescenta, outrossim, Teixeira Filho o Princípio da Igualdade de Tratamento. Eu, particularmente, *data venia* prefiro tratá-lo como princípio infraconstitucional da igualdade das partes no processo, pois consagrado expressamente no art. 121 I do CPC que será analisado oportunamente; da PUBLICIDADE, consagrado na CF., art. 93, inciso IX:” todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão **públicos**... podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Os atos jurídicos em geral devem ser realizados *coram populo*, ou seja, diante do público, permitindo, dessa forma, o conhecimento do julgado e possibilitando maior fiscalização. Exceção a essa regra, consoante o preceptivo constitucional são os atos de interesse público, os ligados à família, como: casamento, separação judicial, divórcio, alimentos, filiação, pátrio poder, etc., que devem realizar-se em **segredos de justiça** (às portas fechadas) conforme giza o art. 155, do CPC combinado com o art. 770 da CLT. O douto Pontes de Miranda ao tratar do assunto magistra⁶⁴ que o segredo de justiça deve ser observado sempre que se tratar de matéria que humilhe, que rebaixe, que ponha a parte em situação de embaraço. Por isso deve ser ordenado o segredo, quando a presença do público, possa dificultar o pros-

64 MIRANDA, Pontes. Comentários ao CPC. Tomo III, Forense, Rio de Janeiro, 1973. pág. 61/65.

seguimento do ato, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao estado ou a terceiro. Apenas a título de ilustração veja o Novo Estatuto da OAB, pois é direito do advogado examinar em qualquer Juízo ou Tribunal autos do processo, findos, ou, em andamento, mesmo sem procuração, quando os respectivos feitos não estiverem resguardados em segredos de justiça.

3. Conclusões

À guisa de arremate cumpre asseverar:

- 1) os princípios são considerados perfeitos axiomas, base ou “alicerce” do ordenamento jurídico, porquanto revelam “o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica;
- 2) que cumprem perante o direito diversas funções, quer seja na fase inicial, “pré-jurídica ou pré-política”, (virtuais fontes materiais ou “veios iluminadores” à elaboração da norma jurídica), quer seja na fase “propriamente jurídica” (“descritivos ou informativos” auxiliam na exegese jurídica, “normativos” servem como elemento integrador do direito, ou fontes formais supletivas do Direito);
- 3) existe uma “hierarquização” entre os princípios e as normas, com posição preponderante para os princípios;
- 4) a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando uma inconstitucionalidade de consequências muito mais graves do que a violação de uma simples norma;
- 5) que existem inúmeros princípios processuais elevados à altitude constitucional, compondo o

- que chamamos de “Direito Constitucional Processual” parte da “Justiça Constitucional”;
- 6) que o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da garantia do direito de ação, embora não seja absoluto, porquanto, depende das condições da ação, consiste na faculdade que qualquer pessoa tem de pleitear ao Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional;
 - 7) que o princípio do devido processo legal (*due process of law*), consiste na garantia de um processo regular para que haja um julgamento justo, e se manifesta tanto no processo administrativo quanto no judicial em sentido amplo, através das cláusulas substantive *due process* e procedural *due process*, ou seja, no Direito Material e no Direito Processual;
 - 8) que o princípio do contraditório, que é absoluto, consiste em dar às partes igualdade de oportunidades para que possam valer seus direitos;
 - 9) que o princípio do duplo grau de jurisdição, que infelizmente não é absoluto, consiste em submeter a sobrejuízes as decisões proferidas por órgãos inferiores. Ademais, estamos que o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional prevista expressamente na CF na medida em que o inciso LV do art. 5º prevê a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES

Paulo César Mala Porto

Advogado e Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE e da Universidade Católica de Pernambuco

SUMÁRIO

Introdução. Poder constituinte; poderes constituídos. Constituição e lei constitucional. Mutação e reforma constitucional. Poder constituinte: natureza e limites. Poder de reforma: poder constituído. Concluindo: A proposta do “Congresso Revisor”. Bibliografia

Introdução

Ocorrem em nossa vida política, com uma frequência maior que a desejada, movimentos de alteração da ordem constitucional, fundamentados em interesses menores, muitas vezes escondidos atrás de inocentes propostas de “reforma” ou “revisão” do texto constitucional.

A Constituição não é imutável. A possibilidade de alterarem-se suas normas, do ponto de vista jurídico, é de sua própria natureza. Fruto de um momento histórico, qualquer carta constitucional prevê, de maneira mais ou menos rígida, um mecanismo de reforma de suas disposições.

A mudança na Constituição é um processo a ser discutido sob um duplo aspecto: jurídico e político. Politicamente, é válido alterar a Constituição, ou mesmo descartá-la, formulando uma nova Carta, desde que as

condições sociais assim o exijam. Mas não é qualquer acontecimento ou conjunto deles que fundamentem, do ponto de vista histórico e mesmo ético, a quebra do ordenamento constitucional e a instituição de novo sistema. São fatos extremos, raros na vida de um país. As nossas Constituições são exemplo disso: cada qual surgiu em momento de ruptura, de profunda alteração na vida nacional.

Mas a simples mudança de parte da Constituição pode ocorrer de maneira mais fácil, embora dentro de limites jurídicos previamente estabelecidos, como as cláusulas pétreas. Fugir dessas restrições, é bom lembrar, implica quebrar a ordem constituída; representa nova e originária manifestação do poder constituinte.

Gostaríamos, no presente trabalho, de chamar a atenção do leitor para o significado jurídico (e também político) de algumas propostas de reforma da Constituição, vez por outra levantadas, e que requerem alteração nas regras de reforma instituídas pela própria Carta. Poucos admitem estar propondo um rompimento da ordem constitucional, mas o conteúdo da proposição é bastante claro.

Assim, numa forma de contribuir para a discussão, faremos uma análise da natureza do processo de reforma: se poder constituinte ou constituído, e de suas conseqüentes limitações. Sabemos que a alteração da ordem constitucional deriva de fatores políticos, mas vale a pena esclarecer a questão, em seu aspecto técnico-jurídico, para que possamos opinar, com segurança, se é ou não oportuno levar adiante tal ruptura. Sendo praticamente ilimitado o poder constituinte, todos os direitos e garantias, hoje presentes à Constituição, estariam, desde logo, ameaçados. Valeria a pena arriscar tanto assim a nossa incipiente democracia?

Poder constituinte; Poderes constituídos

Fundamental, para tratar do assunto, distinguir o poder que cria a Constituição de um Estado – poder constituinte – dos poderes que, criados pelo primeiro, destinam-se ao funcionamento e aplicação do direito no âmbito da unidade estatal formada. Estes, pelo fato de terem sido *instituídos* por aquele, são chamados *poderes constituídos*.

Foi praticamente com Emmanuel Sieyès que se deu a primeira distinção entre as duas espécies de poder. Às vésperas da Revolução Francesa, por ocasião da Assembléia Nacional, convocada para elaborar A Carta Constitucional da França, o abade Sieyès publicou um panfleto intitulado: “Que é o Terceiro Estado?”, no qual defendia a criação de uma nova ordem jurídica, onde os três estamentos da sociedade francesa – nobreza, clero e burguesia – pudessem participar do poder de maneira equânime. Assim, a burguesia, terceiro Estado, ascenderia social e politicamente (o que terminou ocorrendo, não por obra da Assembléia, mas do movimento revolucionário de 1789).

Segundo Sieyès, no poder constituinte, que provinha do povo, estava a fonte única de criação da Constituição, ou seja, da organização político-social do Estado. Este seria um poder supremo, base de todos os demais e, por isso, não estaria submetido a nenhum outro poder. Bem assim não poderiam, os poderes constituídos, criar ou alterar a Constituição.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A idéia de que a Constituição é fruto de um poder distinto dos que a estabelecem, a afirmação da existência de um Poder Constituinte, fonte da Constituição e, portanto, dos poderes constituídos (dentre os quais o Legislativo) é contemporânea da de Constituição escrita. Na verdade, é

no panfleto de Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, que se afirma explicitamente pela primeira vez”.¹

Pinto Ferreira sustenta que a própria teoria constituinte surgiu na Europa, com Emmanuel Sieyès. Foi ele quem primeiro fez “distinção entre *“pouvoir constituant”*, que reside sempre no povo, e os *“pouvoirs constitués”*, necessitando derivar sua existência e competência do poder constituinte”.²

Em verdade, já na idade antiga cogitava-se da existência de um poder superior – supremo – que institua as regras de organização do Estado. Pertenceria tal poder ao monarca, que, por sua vez, detinha-o em nome de Deus.

A secularização do conceito de poder constituinte (que *desceu* até o povo) é contemporânea, como já se afirmou, ao conceito de Constituição escrita e, por conseguinte, de supremacia da Constituição.

Para Carl Schmitt, foi durante a Revolução Francesa que se desenvolveu o conceito de povo (nação) como fonte do poder constituinte.³ No século XVIII, apesar da ilustração, ainda eram fortes as raízes das concepções teológico-cristãs, sendo a Independência Americana e a Revolução Francesa, assim, os marcos dessas mudanças. Ainda segundo Schmitt, o conceito ficou um tanto encoberto nos EE. UU. pois deu-se mais importância ao surgimento de um novo Estado, e de uma nova forma de Estado (federalismo), com os problemas naturais de sua instalação. O contrário deu-se na França, pois o Estado já existia: apenas o povo, exercendo seu poder constituinte,

1 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* - 20ª ed. rev. - São Paulo, Saraiva, 1993. Pág. 19.

2 Cf. FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* - 6ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1983. Pág. 51

3 Cf. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución* - México D.F.: Editora Nacional, 1970. Pág. 90. Schmitt ainda atenta para o fato de que a expressão *povo* é menos precisa do que *nação*, pois esta indica, além do agrupamento de pessoas, uma consciência política que une os indivíduos.

tomou para si a criação de uma nova ordem constitucional.⁴

No decorrer do estudo, aprofundar-nos-emos na distinção entre as duas formas de poder. Desde já trabalharemos com duas notas diferenciadoras:

- a) o fato de o *poder* constituinte só se manifestar em ocasiões especiais (nos movimentos revolucionários, por exemplo), enquanto os poderes constituídos funcionam rotineiramente, durante toda a existência do Estado;
- b) é de ser função do poder constituído criar normas de natureza constitucional, enquanto os poderes constituídos criam normas dentro dos limites estipulados pela Constituição. “O reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição, é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a estas, uma exigência lógica”.⁵

Constituição e lei constitucional

Há que se distinguir, também, a Constituição das leis constitucionais. Podemos dizer, de logo, serem estas a expressão daquela. Também é correto afirmar que as leis ou normas constitucionais são a positivação dos valores, princípios e regras que existem na Constituição do Estado.

Michel Temer refere-se à Constituição como a forma peculiar sob a qual se organiza o Estado. Como o “‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser, que se convencionou chamar Estado”. Mais adiante, afirma consistir o Estado “na incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja,

4 Cf. *ibidem*.

5 Cf. FERREIRA FILHO, 1993:19.

de um determinado conjunto de preceitos, sobre determinadas pessoas que estão em certo território. Tais preceitos encontram-se na Constituição”.⁶ Pinto Ferreira, por sua vez, a conceitua como “regulação técnica dos fundamentos da organização estatal, realizada segundo o ideal vigente numa época histórica”.⁷

Interessa-nos, unicamente, o conceito jurídico de Constituição, acima tratado. Importa diferenciá-la das leis constitucionais, que são a forma encontrada para positivar os elementos formadores do Estado, formadores de sua constituição.

A partir do ora exposto, chega-se a uma outra conclusão: a atuação do poder constituinte dá-se em diversas e sucessivas etapas. Há um primeiro momento, quando se cria um novo Estado, ou se rompe com a ordem jurídica anteriormente imposta a um Estado já existente. E um outro momento, em que são criadas as regras que contêm os ditames utilizados na formação do Estado.

Dentro da lógica de seu *decisionismo*, Carl Schmitt assim se referiria ao assunto: “Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base”.⁸ Como a Constituição, para o autor germânico, era fruto de decisões fundamentais tomadas pelo *ser* político (poder constituinte) a lei constitucional apenas levaria à prática da vontade constituinte⁹, à medida que positivassem aquelas decisões.

Jorge Miranda e Gomes Canotilho também abordam o problema. Deve-se levar em conta a preocupação sempre presente, nestes autores portugueses, em dar embasamento

jurídico à *Revolução de Abril*, que derrubaria o regime salazarista. Enxergam ambos a ocorrência de dois momentos distintos: um, de rompimento com o sistema jurídico anterior; outro, de criação do estatuto constitucional baseado na nova ordem política. E falam da existência, por conseguinte, de dois poderes constituintes: o poder constituinte material e o poder constituinte formal. Diferem, entretanto, na nomenclatura.

Miranda chama de *poder constituinte material* o “poder de autoconformar-se o Estado segundo certa idéia de Direito”, sendo o *poder constituinte formal* o “poder de decretação de normas com a forma e força jurídica próprias das normas constitucionais”.¹⁰ Já Canotilho inverte a conceituação. Para ele, o *poder constituinte formal* seria justamente a competência originária do povo ou nação para determinar o processo de criação constitucional. E *poder constituinte material* o poder de “qualificar como poder constituinte formal determinadas matérias e princípios”.¹¹

Ainda que não pacífica a sua denominação, é fundamental a distinção entre esses dois momentos. Um, de quebra, rompimento, com a ordem jurídica anterior. Outro, de formulação técnica de regras sob as quais reger-se-á a nova ordem estatal. A elaboração dessas normas, conclui-se, não se confunde com o poder constituinte, mas é consequência deste; é a decorrência natural de sua atuação. Se um grupo social decide organizar-se de determinado modo, procede-se de acordo com uma idéia comum de direito, decerto fá-la-á valer através do ordenamento jurídico.

6 Cf. TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional* - 4ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 3.

7 Cf. FERREIRA, 1983:2.

8 SCHMITT, 1970:87.

9 Cf. SCHMITT, 1970:88.

10 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* - 2ª ed. - Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Pp. 62-63.

11 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* - 5ª ed. - Coimbra: Almedina, 1991. Pág. 110.

Mutação e Reforma Constitucional

Ao elaborar a Constituição, ao positivizar os valores e princípios com que o grupo social pretende organizar-se em normas legais constitucionais, o poder constituinte admite, desde então, a possibilidade de alterar-se o texto, de modificar-se a Constituição escrita, adequando-se este à realidade, sempre mutante. Modificar a Constituição, a princípio, não significa mutilá-la, mas, ao contrário, permitir que esta sobreviva ao passar do tempo e às conseqüentes modificações que ocorrem na sociedade.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “embora grupo constituinte algum cuide de preparar a substituição da idéia de direito que o incita a agir, a experiência faz prever a necessidade futura de alterações ou complementações no texto que edita”. Posteriormente, afirma que a modalidade principal de alteração no texto é o “poder de revisão”.¹²

Mudança, mutação, revisão, reforma etc. A questão terminológica nesta matéria está longe de ser pacífica, a começar pelos próprios textos constitucionais. Devemos, entretanto, procurar uma uniformização dos termos, embora todos apontem para alterações na Constituição, cada qual está ligado a um procedimento, ou mesmo a um tipo de transformação.

De início, faz-se mister distinguir *mudança* de *mutação* e *reforma*. Mudança seria toda e qualquer modificação na Constituição, não importando sua natureza. Abrangeria, por conseguinte, assim a *reforma* como a *mutação*. Estas duas últimas palavras consagrariam dois diferentes modelos de mudança.

Mutação corresponde a uma mudança não-formal da Constituição. Mercê das modificações na realidade

12 Cf. FERREIRA FILHO, 1993:24.

social, da aquisição de novos hábitos, do acatamento de novos valores e da mudança de atitude por parte do grupo social, ou mesmo da evolução da Ciência Jurídica, a Constituição muda de significado, pois as leis constitucionais passam a ser interpretadas de outra forma. Para José Afonso da Silva, dar-se-ia mutação constitucional “por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”.¹³

Enquanto a *mutação* seria uma alteração informal do significado da Constituição, *reforma*, por sua vez, significaria uma mudança de ordem formal, com modificação no teor do texto constitucional.

Como José Afonso, consideramos *reforma* uma expressão genérica, que abrange dois tipos – e procedimentos – de mudança: a *emenda* e a *revisão*.¹⁴ Na Constituição de 1988, o processo de *emendas* é regulado pelo artigo 60; como inovação, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu, em seu artigo 3º, a realização de uma *revisão constitucional*, após cinco anos da promulgação da Carta. Da análise dos dois textos, conclui-se que a *emenda* é uma modificação pontual, restrita a este ou àquele ponto do texto. A *revisão*, diferentemente, indica uma mudança mais ampla, fruto de uma releitura de todo o texto, alterando-se o que não estiver adequado à realidade.

A despeito da maior amplitude da *revisão*, seu procedimento foi estabelecido de maneira menos rígida. Era necessário apenas um turno de votação, pronunciando-

13 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* - 9ª ed. - São Paulo: Malheiros, 1992. Pág. 56.

14 O autor paulista chama a atenção para o fato das Constituições brasileiras não serem uniformes em preceituar o poder de reforma. Usam, indiscriminadamente, os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação constitucional*. Cf. SILVA, 1992:56.

se o órgão revisor (equivalente ao Congresso, por ser formado pela união da Câmara dos Deputados e Senado Federal) pela maioria absoluta de seus membros. Já na *emenda*, são necessários dois turnos de votação, em ambas as Casas Legislativas, exigindo-se maioria de 3/5 (três quintos) em cada uma das votações.

Postura um pouco diferente a respeito da nomenclatura é a do Prof. Nelson Saldanha. Após apontar a origem terminológica das três expressões, conclui o ilustre autor que “reforma” seria uma modificação mais ampla, enquanto “revisão” indicaria qualquer processo de mudança.¹⁵ Não obstante os argumentos do Prof. Saldanha, optamos pela primeira classificação.

Reforma e mutação ficam, dessa forma, diferenciados. Enquanto o primeiro atinge o texto legal, modificando sua forma e conteúdo, a segunda não toca na Constituição escrita, apenas muda o seu entendimento, sobretudo por parte dos Tribunais. Na *reforma*, há um procedimento formal de mudança, enquanto na *mutação* o processo de transformação dá-se informalmente, seguindo a evolução social e a própria modificação dos valores presentes na sociedade.

Quanto à *reforma*, seria esta o gênero, a indicar duas espécies de modificações formais no texto constitucional: *revisão* e *emenda*. A primeira reformando amplamente o texto; a segunda, modificando-o em um ou outro ponto.

Poder Constituinte: natureza e limites

Como foi visto anteriormente, só o poder constituinte é capaz de, rompendo com a ordem jurídica

estabelecida – direito positivo vigente no Estado em certa época – determinar o nascimento de uma nova ordenação, que encontraria embasamento formal e material na Constituição elaborada em seguida ao irromper do novo direito.

Antes de ser fato jurídico, a atuação do poder constituinte é um fato histórico importante. Corresponde, diversas vezes, ao surgimento de um novo Estado, geograficamente falando. Assim se deu na Independência dos Estados Unidos da América. Noutras vezes, subsiste o Estado; vê-se apenas o triunfar de um novo regime político, como no Brasil, posteriormente à República.

Como poder que cria o sistema jurídico do Estado, seria o poder constituinte um poder de natureza jurídica?

A discussão esteve presa, inicialmente, à concepção jusnaturalista ou positivista do Estado. Os que advogavam a existência de um direito natural, estruturado como ordem normativa superior e anterior à própria existência do Estado, consideravam que o poder constituinte é um poder jurídico. Essa, lembra Celso Ribeiro Bastos, era a posição de Sieyès.¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, alinha-se entre os que consideram o poder constituinte um poder de direito, por existir um direito natural “anterior ao Estado e superior a este”, do qual provém a força do poder constituinte.¹⁷

Os positivistas, ao contrário, só admitem a existência do direito após a criação do Estado. Ao direito caberia estudar o ordenamento jurídico existente. Sendo este quebrado, passaria a ser objeto de estudo da ciência jurídica o novo ordenamento. O estudo, em face da

15 “O termo “emenda” tem origem em *amendment*, palavra de língua inglesa. ‘Reforma’ parece vir de origem francesa. “Mudança” é um termo muito vago. Reforma é uma modificação mais ampla, enquanto emenda é uma mudança mais restrita e breve, dirigindo-se a determinado ponto. Revisão indica qualquer processo de mudança. SALDANHA, Nelson. *Problemática da Supremacia Constitucional*. Revista de Direito Público, ano XIV, jan/jun 1981, n.ºs. 57-58, Ed. Revista dos Tribunais, p. 120.

16 Cf. BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Constitucional* - 12ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 23. Para o autor, Sieyès fora buscar no Direito Natural o embasamento para atribuir ao povo um poder superior, o *pouvoir constituant*, que poderia se contrapor ao direito positivo vigente, que o abade considerava injusto.

17 Cf. FERREIRA FILHO, 1993:20.

Inicial, por não existir outro anterior a ele, nem de fato nem de direito.²⁶ Sua manifestação ocorre em hipóteses excepcionais: no nascimento de novos Estados ou em sua transformação revolucionária.²⁷ Necessário lembrar, entretanto, que o poder constituinte não se esgota com sua manifestação inicial e com a edição da Constituição. Ele permanece latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e atualizar-se.²⁸

Seria incondicionado, por não estar preso a nenhuma fórmula, por não sofrer imposições jurídicas de forma ou conteúdo, podendo agir livremente. Não entender de Carl Schmitt, o poder constituinte manifesta-se “mediante cualquier expresión reconocible de ser inmediata voluntad de conjunto dirigido hacia una decisión sobre modo e forma de existencia de la unidade política”.²⁹ Chama-se a atenção para o fato de que os condicionamentos feitos ao órgão que elabora a Constituição (Assembléia Constituinte) não são limitações ao poder constituinte, mas ao seu exercício, ao trabalho do órgão constituinte. O poder constituinte em si, que pertence à nação, será sempre incondicionado.

Vale lembrar que o poder constituinte não atua somente com uma revolução ou assembléia constituinte. Se a Constituição for alterada de modo a quebrar a idéia inicial de direito que a inspirou, se a modificação atingir-lhe o cerne – as chamadas “cláusulas pétreas”, explícitas e implícitas – estar-se-á diante de nova manifestação do poder constituinte, pois este não comporta rótulos, ainda que se chame de “revisão” ou “reforma” a alteração. Nesse sentido, Michel Temer: “Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se

26 Cf. CANOTILHO, 1991: 98

27 Cf. VANOSI, 1975:254

28 Cf. MIRANDA, 1988:65

29 SCHMITT, 1970:95.

dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado”.³⁰

Essa ilimitação ante o direito positivo, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, leva os positivistas a considerá-lo *soberano*, enquanto os jusnaturalistas apenas o consideram *autônomo*, por estar subordinado ao direito natural.³¹

A questão dos limites do poder constituinte, como se viu, remete à própria conceituação de direito, muito embora consideremos o poder constituinte como poder jurídico e, ao mesmo tempo, juridicamente ilimitado.

Admite-se pacificamente a existência de limitações ao poder constituinte. Limitações de ordem política, histórica, social. Para Canotilho, o conjunto de fatores de poder – partidos políticos, igrejas, forças armadas e outros grupos – desencadeiam um impulso – impulso constituinte – que leva o poder constituinte a agir normativamente.³² Politicamente falando, a Constituição seria resultado da ação de todas essas forças. Daí não ser possível o poder constituinte contrariá-las na elaboração das normas constitucionais.

No entanto, inexistem limitações jurídicas ao poder constituinte no âmbito do direito interno. E não é papel do direito estudar a conformação do conteúdo da Constituição com o pensamento dominante nas forças que levaram à manifestação do poder constituinte, pois esse vínculo é, como falamos, de natureza política.

É nesse sentido que poder constituinte e supremacia da constituição vêm confundir-se com a própria soberania do Estado.

30 TEMER, 1988:22. O autor, decerto, refere-se a “Estado” no sentido de nova ordem jurídica.

31 Cf. FERREIRA FILHO, 1993:23.

Jorge Miranda considera que no poder constituinte “...consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), pois como ensina a doutrina mais autorizada, soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política, mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico”.³³

Mas o próprio conceito de soberania vem sofrendo alterações com o passar do tempo. Hoje, com o fortalecimento do Direito Internacional, não se pode mais considerar a soberania como poder ilimitado. O Estado, ao constituir-se, deve ter em mente o respeito à soberania dos demais Estados. O poder constituinte, embora possa formar um Estado da maneira como desejar, não poderá, por exemplo, criar uma unidade política que submeta a seu controle outros Estados já existentes, sem o consentimento destes. E essa limitação não é de ordem apenas política, adentrando no objeto de estudo do Direito Internacional.

Enquadrar-se-ia tal limite, no esquema formulado por Jorge Miranda³⁴, dentre os *heterônomos*. Para o renomado jurista, esses limites, que atingiriam assim o poder constituinte material como o formal, seriam “provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Podem referir-se a regras do Direito internacional – sem esquecer aquilo em que, em geral, se traduz a interação do Estado na comunidade internacional”.³⁵

32 Cf. CANOTILHO, 1991:96.

33 Cf. MIRANDA, 1988:65

34 O autor português considera o poder constituinte juridicamente limitado e aponta três tipos de limites. No texto, aludiremos apenas ao último deles: os limites heterônomos. Haveria, entretanto, outras duas espécies: os limites *transcendentais*, que “provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender)”; e os limites *imanes*, que decorrem da noção de poder constituinte formal como poder situado, ligados à configuração do Estado conforme o poder constituinte material ou à realidade histórica. Cf. MIRANDA, 1988:89.

35 MIRANDA, 1988:89.

Poder de reforma: poder constituído

A respeito desse assunto, a doutrina, conforme Celso Ribeiro Bastos, divide-se em duas correntes. Uma, seguindo Carl Schmitt e Recaséns Siches, que só admite ser poder constituinte o poder originário; outra, no rastro de Sieyès, considera que o poder constituinte tanto cria quanto modifica a Constituição.³⁶

Essa corrente classificá-lo-ia como poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte derivado.

Dentro dessa conceituação como *poder constituinte derivado* estariam tanto o poder de reforma quanto o poder constituinte dos Estados-Membros. A qualificação de *constituinte* viria não da possibilidade do poder criar novo ordenamento jurídico (que inexistente), mas do tipo de leis que ele produziria – leis constitucionais.

Quanto ao poder reformador, temos que a discussão a seu respeito só tem sentido ante Constituições escritas e rígidas, classificando-se como tais as que prevêm um procedimento mais rigoroso de alteração de suas regras do que o previsto para as leis ordinárias. “A rigidez e, portanto, a supremacia da constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso, para modificá-la”.³⁷

Esse processo mais rígido, como vimos anteriormente, é denominado de “poder de reforma”. Embora, a respeito de suas características, a doutrina pronuncie-se uniformemente. O mesmo não se dá quanto à sua natureza: se poder constituinte ou poder constituído.

Os autores são assentes em considerar o poder reformador como poder derivado. Também unanimemente lhe apontam seu condicionamento e limitação ante o direito interno.

36 Cf. BASTOS, 1990:29.

37 Cf. SILVA, 1992:57.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, ele seria caracterizado como derivado, subordinado e condicionado.³⁸

É indubitavelmente um poder derivado, pois que extrai sua força e existência do texto constitucional, da mesma forma que o poder constituído de alterar a legislação infraconstitucional ou o que elabora as Constituições Estaduais.

É igualmente um poder condicionado. Atua rigorosamente dentro do estabelecido pela Constituição. Fugir disso seria contrariar o poder constituinte.

De igual maneira, é um poder subordinado, pois sua atuação, formal e materialmente, está limitada pelo poder constituinte. Embora seja sua função alterar as disposições constitucionais, existem determinados dispositivos que não podem ser tocados, sob pena de se alterar em essência a vontade do poder que a originou. As limitações são, portanto, de ordem formal e material.

Como limitações formais temos as de ordem temporal e circunstancial.

As vedações temporais são aquelas previstas em textos constitucionais que impossibilitam a sua alteração por determinado período de tempo. A Constituição do Império, de 1824, previa que, no prazo de quatro anos, contados de sua promulgação, estaria imune às modificações.³⁹ Na Constituição brasileira, apenas à revisão impôs-se vedação temporal, ou seja, só poderá ser realizada se decorridos cinco anos da promulgação. O processo de emendas, quanto a esse aspecto, é livre.

38 Cf. FERREIRA FILHO, 1993:24.

39 "Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles".

Diz-se que há limitações circunstanciais quando a Constituição impede sua reforma na ocorrência de determinadas situações. É o que faz a Carta de 1988, no parágrafo primeiro do artigo 60; "§1º. A Constituição não pode ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio". Disposições como essas visam a preservar a Constituição de alterações em meio à comoção de um período excepcional.

Por sua vez, as limitações de ordem material são as que preservam determinados pontos do texto constitucional da possibilidade de reforma. Esses pontos estão contidos nas chamadas "cláusulas pétreas", cláusulas fixas e inalteráveis. Podem ser explícitas e implícitas.

As cláusulas pétreas explícitas são as expressamente indicadas no texto. Na Constituição brasileira, por exemplo, estão inseridas no artigo 60, em seu parágrafo quarto: "§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico, III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais".

Mas há também certos preceitos que, embora não estejam inscritos na relação do artigo 60, também requerem proteção contra mudança. São cláusulas pétreas implícitas. Celso Ribeiro Bastos, citando Nelson de Souza Sampaio, resume tais cláusulas a quatro tipos: "1ª) as relativas aos direitos fundamentais; 2ª) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3ª) as referentes ao titular do poder reformador; 4ª) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional".⁴⁰

Merece atenção essa última. Não haveria qualquer lógica em fixar limitações ao poder reformador, se as próprias normas que impusessem tais limitações pudessem ser mudadas. Seria como uma porta sem parede que a

40 BASTOS, 1990:35.

sustentasse. Embora pareça óbvia a alegação do Prof. Nelson Sampaio, não foram poucos os momentos em nossa história que algumas pessoas, a pretexto de simplesmente “reformular” a Constituição, propuseram alterar as regras do poder reformador. Mudá-las, sem sombra de dúvida, seria ferir uma cláusula pétrea, contrariar o poder constituinte original, e conseqüentemente romper com a ordem jurídica estabelecida. Na conclusão voltaremos ao assunto.

Na opinião de Celso Bastos, é viável construir uma teoria das cláusulas pétreas implícitas, desde que formuladas a partir do Direito Positivo do Estado, afastadas as considerações jusnaturalistas.⁴¹ Decerto não se pode julgar a possibilidade ou não de alteração de determinado dispositivo constitucional baseando-se em supostas aspirações existentes antes da formulação da Constituição. Embora concordemos com o autor quanto a esse aspecto, pensamos que o rol de cláusulas pétreas avança além da definição de Nelson de Souza Sampaio. Por exemplo: o parágrafo primeiro do artigo 1º da Constituição Federal consagra o princípio da democracia participativa, ao afirmar que o poder emana do povo, “que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*” (grifo nosso). A Lei maior de uma nação que se deseja democrática decerto prevê as formas de exercício dessa democracia. O princípio basilar da prática da democracia no Brasil, por seu turno, encontra-se no dispositivo citado. Subtrair, por exemplo, a palavra “diretamente”, significaria alterar em substância o conteúdo do texto, contrariando a vontade expressa do legislador constituinte. O princípio democrático não estaria contido apenas no inciso primeiro do artigo 60 – voto universal, secreto e periódico – mas igualmente no § 1º do artigo 1º. Daí conclui-se que esta é, sem dúvida, uma cláusula pétrea implícita.

41 Cf. BASTOS, 1990:36.

Estão, portanto, devidamente expostas as notas características do poder de reforma: a derivação, o condicionamento e a subordinação. A partir dessa qualificação, parece-nos impossível classificá-lo como poder constituinte, já que todas as características apresentadas pelo poder reformador são partilhadas pelos demais poderes constituídos. Apesar disso, boa parte da doutrina ainda insiste em chamá-lo de poder constituinte, adjetivando-o de diversas formas: poder constituinte de segundo grau, poder constituinte derivado, poder constituinte impróprio etc. “Essa doutrina, contudo, encontra insuperáveis dificuldades de ordem lógica, diante dos caracteres antitéticos atribuídos a cada uma das espécies de poder constituinte: limitado, ilimitado; derivado, inicial; condicionado, incondicionado”.⁴²

Constitutionalistas do renome de Pinto Ferreria alinham-se entre os que defendem aquele posicionamento. No entendimento do mestre pernambucano, a conceituação de poder constituinte como o poder de criar e revisar a Constituição é mais correta, “pois que abrange um conteúdo histórico mais profundo”.⁴³ Nesse sentido refere-se às Constituições da Argentina e da França, que prevêm órgãos especiais, distintos do parlamento comum, para modificarem o texto constitucional.

Essa colocação tem origem na obra de Sieyès. Afirmava este que a Constituição não poderia ser tocada por corpos cuja existência dela dependiam. Para ele, “en cada parte, la constitución no es obra del poder constituído, sino del poder constituyente”⁴⁴. Defendia, portanto, a criação de um *jury constitutionnaire*, ao qual competiria modificar o estatuto constitucional.⁴⁵ Há que se entender,

42 BASTOS, 1990:29.

43 Cf. FERREIRA, 1983:50.

44 Apud FERREIRA FILHO, 1993:19.

45 Cf. CANOTILHO, 1991: 100.

na posição assumida por Sieyès, o corolário de sua condenação ao regime político francês de antes da revolução. Se ele praticamente resumiu sua tese na defesa de um *pouvoir constituant* que pertenceria ao povo, em nome do qual se faria uma nova constituição política do país, dificilmente poderia admitir a possibilidade de um *pouvoir constitué* alterar o que o poder originário havia elaborado. Daí fazer restrições à própria possibilidade de reforma.

Nelson Saldanha aprofunda essa discussão: “Segundo Esmein, três teriam sido, basicamente, as posições assumidas pelos pensadores políticos do século dezoito sobre o problema. A primeira exigia o consentimento de todos os cidadãos para a reforma; era, por exemplo, a opinião de Vattel. A segunda admitia uma reforma mais fácil, sustentada pelo direito, conservado pela nação, de alterar suas leis. Opinião de Sieyès. A terceira estabelecia que a própria constituição poria expressamente as condições e os limites nos quais e sob as quais seria tocada: opinião de base rousseaniana e que saiu triunfante na prática posterior”.⁴⁶

Vê-se, portanto, que a opinião de Sieyès, sobre aquele ponto específico, não pode servir de base à conceituação moderna de poder reformador como *pouvoir constituant*.

A confusão se estabelece, a nosso ver, na falta de uma distinção clara entre Constituição e lei constitucional, à que aludimos no início do trabalho. Assim pensa Carl Schmitt. “Con la confusión entre Constitución e Ley constitucional se ha introducido un confusión entre poder constituyente e competencia para revisar las leyes constitucionais, que lleva con frecuencia a colocar esta competencia, como *pouvoir constituant*, junto a outros *pouvoirs*”.⁴⁷

46 Cf. SALDANHA, 1981:122.

47 Cf. SCHMITT, 1970:90.

Não é o fato de produzir leis constitucionais que eleva o poder à condição de poder constituinte. Embora a produção de normas legais constitucionais seja consequência normal da atuação do poder constituinte, o que o faz diferir dos demais poderes é justamente a possibilidade de romper com a ordem constitucional vigente, dando início a uma nova fase do direito estatal.

Tal opinião cristaliza-se à medida que verificamos, como falado anteriormente, a existência de leis constitucionais protegidas, sobre as quais não pode funcionar o poder de reforma. Como imaginar um poder constituinte que possui limitações ditadas pelo próprio direito interno?

Por conta disso Vanossi considera importante separar o poder constituinte, o poder que se confunde com a soberania e que pode romper com a ordem estabelecida, do poder que modifica a Constituição, exercendo a aplicação e criação do direito “dentro y por vías del derecho mismo”.⁴⁸

Concluindo: a proposta do “Congresso Revisor”

Diante do que foi exposto, podemos tirar três conclusões básicas:

- 1) O poder reformador é um poder constituído. Suas características são idênticas à dos demais *pouvoirs constitués*. É um poder cuja existência e força de atuação são derivados do poder constituinte, que lhe impõe formas e limites. É, portanto, subordinado e condicionado pelo que está no texto constitucional. Seria difícil caracterizá-lo como *pouvoir constituant* pois deste difere em todos os aspectos, sobretudo no

48 Cf. VANOSSI, 1975: 257

principal: a característica do poder de constituir o Estado de, confrontando-se ao ordenamento vigente, fazer irromper uma nova ordem jurídica, à qual dará base de sustentação.

- 2) O poder constituinte originário, único que de fato faz jus ao nome, expressa-se através da elaboração de leis constitucionais. Diante de uma realidade dinâmica, ele próprio prevê a alteração dessas leis, não como forma de modificar sua essência, mas visando a sua própria permanência no tempo. As constituições são criadas com um sentido de perenidade, não de inalterabilidade.
- 3) Como poder limitado que é, o poder de reformar não pode alterar normas legais constitucionais básicas – cláusulas pétreas explícitas e implícitas – pois estaria indo de encontro ao próprio poder que o criou, o poder constituinte. Se as determinações fundamentais da Constituição forem modificadas, ainda que a isto se desse o nome ou rótulo de reforma constitucional, estar-se-ia diante de nova manifestação do poder constituinte. Daí considerarmos que a revisão constitucional não pode se estender até às cláusulas que, normalmente, são protegidas contra o poder de emendas. Se assim não fosse, o congresso revisor estaria exercendo o poder constituinte, o que lhe é impossível.

Sendo as normas que definem o processo de reforma cláusulas pétreas, qualquer proposta, como a recentemente defendida, de formação de um “Congresso Revisor”, ainda que aprovada em referendo, significaria clara alteração da ordem constitucional, inaugurando-se novo período em nossa vida político constitucional.

Que isso pode ser feito, não temos dúvida. Mas a discussão deve deslocar-se do campo jurídico para o político. Não serão poucos os políticos, e mesmo juristas, que defenderão a legalidade de tal proposta, para assim facilitar sua aprovação no Congresso e sua aceitação pela opinião pública. Entretanto, forçoso é reconhecer que a Carta de 1988 não comporta tal alteração. Mudar as regras da reforma seria quebrar a ordem constitucional vigente. Resta-nos portanto, pensar se tal vale a pena, já que o último fato semelhante deu-se quando o país voltou à democracia, com o fim do regime militar. Será que uma maioria eventual, e a sua sede de poder, pode significar, do ponto de vista político, um fator de igual relevância? Ou estaríamos diante de mais um dos inúmeros golpes de Estado que já sofremos, em que as forças apoiadas pelas elites dominantes, com ou sem derramamento de sangue, impõem ao povo a sua força (hoje baseada, sobretudo, no domínio dos meios de comunicação)?

De nossa parte, continuamos a enxergar a Constituição de 1988 como um marco da redemocratização e do respeito à cidadania. Ela não tornou o país ingovernável. Se isso ocorreu, foi pela incompetência e mesmo pela falta de honestidade dos políticos. A sucessão de escândalos que marcou a vida nacional, nos últimos anos, não se originou na Constituição. Pelo contrário: nela encontraremos um fator de unidade e de superação de crises. A vontade de uma maioria eventual, que deseja ampliar o seu poder para dele tirar mais proveito ainda, não é fato político ou histórico que justifique jogar fora uma Constituição que tanto significou para o país. A proposta de “Congresso Revisor” é mais uma violência que se pratica contra a Nação.

Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional* – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* – 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 1991.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* – 20ª ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – 2ª ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- SALDANHA, Nelson. *Problemática da Supremacia Constitucional in Revista de Direito Público*, ano XIV, jan./jun. 1981, nos. 57-58, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. (Pág. 110-121).
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion* – México D. F.: Editora Nacional, 1970.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 9ª Edição – São Paulo: Malheiros, 1992.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional* – 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional* (Vol I – Teoria Constituyente) – Buenos Aires: Depalma, 1975.

QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 5 - STJ

Paulo Luiz Netto Lôbo

Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Alagoas - FAL e nos Cursos de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP.

Uma das maiores críticas ao anterior funcionamento do Supremo Tribunal Federal dirigia-se ao crescente número de óbices por ele antepostos aos recursos, mediante enunciados de Súmula, o que terminava por reduzir substancialmente a uniformização da jurisprudência do direito federal. Para cumprir essa imensa tarefa, desafogando o STF, a Constituição de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça, que surgiu cercado de grande expectativa favorável da comunidade jurídica nacional.

Em face do advento do Código de Defesa do Consumidor, interessa-nos refletir sobre as conseqüências da Súmula 454 do STF, reeditada pelo STJ no enunciado nº 5 de sua Súmula, e que tem o seguinte teor:

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Compreende-se que o Tribunal (antes o STF e agora o STJ) – que ainda não conta com o número adequado de juízes, como ocorre com as Cortes de Cassação da Itália e da França – procure estabelecer uma proporcionalidade viável entre seus membros e os recursos que devam julgar.

A aplicação da Súmula 454-STF, no entanto, praticamente eliminou a uniformização da jurisprudência do direito contratual, no país. Antes dela, o STF construiu grandes linhas de orientação dominante, que muito contribuíram para o avanço do direito das obrigações ante a sociedade em mudanças, apontando para soluções que mais tarde o legislador absorveu, inclusive no Código de Defesa do Consumidor.

Após a Súmula 454, tornaram-se escassas as decisões do STF em matéria contratual, passando a prevalecer a desarmonia jurisprudencial dos tribunais locais. A Súmula nº 5-STJ fez persistir esta situação de incerteza e insegurança.

Faz sentido que os Tribunais superiores deixem de lado as questões de fato, presumivelmente analisadas pelos Tribunais locais, e concentrem-se nas questões de direito, especialmente de direito material, que é afinal o que importa. Por este ângulo do problema, as Súmulas nºs 454-STF e 5-STJ são plenamente justificáveis.

Contudo, nem todas as questões envolvidas no direito contratual são apenas de fato ou de prova, quando, por exemplo, não se discute a interpretação da intenção comum dos contratantes. Se a questão não se enquadra na regra fundamental do artigo 85 do Código Civil, então pode estar-se diante de questão exclusivamente de direito (*federal question*), embora emergente de contrato.

Se assim é no campo do direito contratual comum, revela-se em toda sua dimensão jurídica quando se cuida de contrato de consumo, ou seja, aquele oriundo de relação jurídica tutelada pelo direito do consumidor. A questão de direito sobreleva, especialmente nos contratos de adesão a condições gerais predispostas pelo fornecedor.

Distingue-se o direito contratual do consumidor do direito contratual comum por adotar categorias de validade, de eficácia e de interpretação distintas. O

princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição) delimita os sistemas jurídicos e legais, dirigindo-se igualmente ao Estado-juiz. Não se defende o consumidor investigando-se a “intenção comum”, matéria de prova irrelevante ou inexistente na relação de consumo, nomeadamente nos contratos de adesão, mas aplicando a lei. Nessa sede, as normas são cogentes, nunca supletivos ou dispositivas, como ocorre na relação contratual negociada e paritária (*pacta sunt servanda*).

Os requisitos comuns de validade não se aplicam *tout court* no contrato de consumo, porque neste vigoram normas jurídicas cogentes de nulidade, considerando abusivas (nulas) cláusulas que no contrato negociado são válidas. Por exemplo, no contrato comum é válida a cláusula que exonere o alienante de responsabilidade por vícios do produto ou do serviço; no contrato de consumo é nula (art. 51, I, do Código do Consumidor). Da mesma forma quanto à cláusula de eleição de foro. O cotejo faz-se com a lei, configurando pura *federal question*.

O consentimento, decorrente das manifestações de vontade livres e suficientes, entendido como base do contrato comum, ou pressuposto de passagem pelos planos da validade e da eficácia, não é determinante no contrato de consumo. Nesse, os fatores de eficácia são a cognoscibilidade e a compreensibilidade prévias, aferíveis de modo objetivo, segundo os paradigmas da lei, em face do consumidor tipo médio, a que se destinam os produtos ou serviços oferecidos em massa. Por exemplo, no contrato comum as cláusulas limitativas de direito da parte não precisam de ser redigidas com destaque (em letras maiúsculas, em negrito, sublinhadas etc.); no contrato de consumo, sem destaque a cláusula é ineficaz mesmo que não seja abusiva (nula; inválida), no teor do art. 54, § 4º, do Código do Consumidor.

A interpretação dos contratos de consumo vale-se de critérios objetivos, afastando-se da pesquisa subjetiva da intenção comum (declarada ou íntima). Ao invés do princípio fundamental do artigo 85 do Código Civil, prevalece a regra *interpretatio contra stipulatorum* (art. 47 do CDC), o que enseja o controle judicial abstrato. O intérprete tem diante de si não um ato jurídico isolado, que atinge pessoas e interesses determinados, mas um ato integrante da atividade jurídico-econômica do fornecedor, dotado de qualidade de incidir sobre a vida de uma coletividade de consumidores, especialmente quando se trata de contrato de adesão a condições gerais.

A interpretação é típica por prevalecerem circunstâncias externas à vontade, partindo-se de um tipo a que se atribui um resultado uniforme a todos os contratantes consumidores, sem se levar em conta aquela que no caso concreto possa ser a efetiva intenção das partes, salvo se contribuírem para o princípio constitucional de sua defesa. Os comportamentos são apreciados em seu valor típico *id quod plerumque accidit*. Em virtude de produzirem efeitos a um número indefinido de negócios típicos, o que importa são os critérios objetivos de interpretação.

Até o caráter coletivo das relações de consumo, especialmente quando o fornecedor é uma macroempresa com estabelecimentos dispersos no território nacional, é de toda conveniência para a segurança jurídica que haja uniformização federal das questões envolvidas. Mais do que isso, é o único modo de se cumprir o princípio constitucional da defesa dos consumidores que não podem ficar a mercê de decisões permanentemente contraditórias, quando a questão é comum. Máxime, quando se tratar de ações coletivas (artigos 81 e seguintes do CDC) cujas decisões produzem eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Zélio Furtado da Silva

Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal da Paraíba – UFPB e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE. Advogado.

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Vigência: 2.1. Sentido Técnico-Jurídico. 2.2. Forma de revogação.
3. Validade. 3.1. A denominação "norma jurídica válida". 3.2. Validade como sinônimo de existência. 3.3. O conteúdo da Validade. 3.4. Das normas ditas Inválidas, das Imperfeitas e das Antinômicas.
4. Eficácia. 4.1. A denominação "norma jurídica eficaz". 4.2. Eficácia: elemento extra norma? 4.3. Eficácia e Validade.
5. Conclusões.
6. Bibliografia.

1. Introdução

Pensar num ordenamento jurídico é pensar sua Vigência, sua Validade e sua Eficácia. Essa tríade de fenômenos é que dá forma, substância e sentido ao Direito.

Ainda que possam assumir uma única dimensão, que denotem uma mesma e só realidade que é a norma jurídica, contudo, a Vigência, a Validade e a Eficácia são elementos autônomos dotados de especificidades; juntos espelham a ordem jurídica.

Aparentemente de fácil compreensão, vamos encontrar as suas primeiras noções no ensino das matérias propedêuticas do Curso de Direito, ainda assim, mesmo entre os experientes profissionais e estudiosos, não são poucos aqueles que confundem e que não diferenciam os conceitos desses elementos. Outros não lhes emprestam

tanta importância achando, sem muita relevância, ao que parece, para a Ciência Jurídica.

É certo que até mesmo entre eméritos doutrinadores não se chegou a um entendimento unânime acerca desses elementos. As diferenças começam a partir do campo do estudo a que são submetidos. Assim, por exemplo, para a Teoria Geral do Direito a Validade é um atributo de existência enquanto que para a Filosofia do Direito, a Validade está diretamente relacionada ao conteúdo de valor, etc.

Numa sociedade que gravita – predominantemente – em torno de uma ordem normativa estatal com pretensão de ser infalível, a Vigência, a Validade e a Eficácia das Leis, são a senha de acesso para conhecer e questionar sobre o Direito escrito. Daí a merecer uma especial atenção, não só para aqueles que vêm à Lei escrita como única manifestação do Direito e de exclusiva produção estatal, como, também, para os não-dogmáticos, “alternativistas”, sociólogos, cientistas políticos e demais estudiosos e interessados.

2. Vigência

Do latim *vigere* (estar em voga, vigorar), a idéia da compreensão da palavra no cotidiano da vida jurídica é intuitiva: em vigor é a lei que existe, que foi publicada. Não é de outro modo que diz o legislador ordinário: “a lei começa a vigorar.” (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Por vezes se confunde “entrar em vigor” com “ter eficácia”, mas isso nós veremos no momento oportuno. REALE diz que emprega o termo vigência como sinônimo de “validade formal” ou estritamente jurídica, para “distingui-la da “validade ética” (fundamento) e da “validade social”(eficácia)”¹.

1 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva: 1991, p. 586.

O que está em vigor, está vigente, a mesma derivação linguística (*vigens, vigere, viger*). Vigência ou vigente é a lei que existe para ser aplicada às situações sob seu regime. Opõe-se ao sentido de “revogação, derrogação, extinção, atos que vêm tirar a força, ou o vigor das leis, dos atos, ou dos contratos.”² A vigência “corresponde ao tempo em que a norma se mantém em vigor.”³

Dispensável é dizer que sem uma vigência, sem entrar em vigor, a norma jurídica inexiste para o ordenamento jurídico positivo, portanto, impossível de ser aplicada ou obedecida, porque a vigência confunde-se com a própria “vida” da norma. “Entrar em vigor” é, portanto, o “registro de nascimento” da norma no mundo jurídico. Neste sentido vê também PAULO DOURADO DE GUSMÃO para quem a vigência do Direito pode ser confundida com a validade do direito. “Vigente é o direito sancionado e não derogado.”⁴ ALF ROSS diz que a norma pertence à ordem jurídica do Estado “na medida em que tem vigência.” Entrando em vigor, a lei existe e “passa a incidir e, se for preciso, ser aplicada”⁵.

2.1. Sentido técnico – jurídico

Nessa perspectiva temos a concepção dos requisitos formais indispensáveis de como a norma jurídica adquire e perde a sua vigência. A criação ou surgimento da norma exige um ritual, inafastáveis procedimentos, uma “*conditio sine qua*”, isto é, sem o cumprimento das formalidades em sua produção, a norma poderá vir a ter

2 De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

3 Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 59.

4 Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução à Ciência do Direito*, cit., p. 60.

5 Alf Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1974, p. 52.

vigência, contudo estará sujeita ao crivo da inconstitucionalidade.⁶

No sentido técnico-jurídico a Vigência, como alude REALE: “reclama a satisfação de requisitos formais, como a verificação da competência do órgão emanador da regra; a compatibilidade de uma norma com as normas subordinadas de caráter constitucional ou não; a obediência a trâmites ou processos que condicionam sua gênese em um dado ordenamento, etc.”⁷

Se existe uma lei que estabelece procedimento e forma para chegar à Vigência, de onde provém a primeira lei que criou esses requisitos, já que por abstração não havia regra de procedimento quando essa primeira lei foi editada? Essa previsão legal é plasmada pelo Poder Constituinte original a partir da “norma fundamental”, que não é posta, é pressuposta: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”⁸ Poder Constituinte original ou reformador é quem normatiza os critérios, os atributos formais de vigência das normas. Daí porque, quando uma norma entra em vigor já existe todo um sistema jurídico de recepção a esta nova norma. Foi com acerto que REALE declarou: “A análise da vigência em seu aspecto técnico-jurídico pressupõe todo um mundo jurídico já formado, com as suas normas integradas em sistema e um complexo de atos e de juízos que nele se praticam.”⁹

6 Trata-se de inconstitucionalidade formal. Sobre o assunto, cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 268/269. Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Ed. LÊ, 1991, p. 106. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 322.

7 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit., p. 600

8 Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio, 1984, p. 269.

9 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit., p. 600

Nessa compreensão, a de que há “um mundo já formado” conclui-se que a ordem jurídica é uma unidade sistêmica de normas, com isso, uma norma recém-editada ingressa objetivando a complementariedade, isto é, ela não tem a prerrogativa de ficar isolada, à margem do sistema, ela se integra, com uma identidade própria. Segundo o jusfilósofo paulista a “compreensão da vigência na situação de uma dada ordem jurídica tem sido posta em evidência no plano dogmático, ao reclamar-se “logicidade” ou “compatibilidade lógica” para toda regra nova que se integre em um sistema”. Daí também – continua REALE – o entendimento da ordem jurídica como um *lucidus quo*, no qual cada elemento possui um lugar definido e não pode ter outro, de modo que toda interpretação lógica se revela concomitantemente sistemática.”¹⁰

A vigência, com o formalismo que lhe é obrigatório, dá certeza pública à existência da norma, segurança e garantia. Um exemplo bem típico é o contido no art. 1º do Código Penal, cuja interpretação é no sentido de que, não existindo vigência de uma norma dizendo que determinado fato é crime, não há como condenar alguém. A vigência é aí a premissa maior. A adequação do fato à norma “vigente” é a premissa menor e, a conclusão: “se ocorrer o fato descrito na norma, é o crime”. O termo inicial da vigência é, nessa hipótese, de crucial importância. De outro modo, haveria a incerteza e o arbítrio que são incompatíveis com a vida jurídica. A forma, portanto, não são só ritos que objetivam resguardar e manter a organização do sistema jurídico, ela vai além, é muito mais do que isto “como tipificação garantidora dos comportamentos que prefigura e legitima, reflete a plenitude da positividade jurídica, dado que esta não pode ser desligada no momento da vigência, para só se confundir com o outro momento, igualmente necessário e correlato: o da eficácia social dos preceitos.”¹¹

10 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. cit., p. 602.

11 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. cit., p. 604.

Claro está, por dedução lógico-jurídica, que uma norma, quando “entra em vigor”, passa a ser vigente; o sentido de obrigatoriedade de que devemos obedecer-lhe já está implícito. O dever de cumprir a norma se estabelece no momento em que esta passa a existir com a vigência, “é uma decorrência lógica de sua historicidade.”¹²

Se há todo um aparato de extremo formalismo (elaboração, aprovação, sanção, promulgação e publicação) para que ocorra vigência da norma jurídica há, também (como se fosse uma via de mão dupla) do mesmo modo para que essa norma perca a sua vigência, seja rechaçada do sistema jurídico, embora seus efeitos perdurem, “como certas estrelas remotas, há séculos extintas, que ainda nos encantam com suas cintilações.”¹³

2.2. Formas de revogação

Estabelecendo comparações, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, diz que “à semelhança da vida humana, também as leis têm a sua própria vida, que é a sua vigência ou a faculdade impositiva: nascem, existem, morrem. Estes três momentos implicam a determinação do início da sua vigência.”¹⁴

Estão assentes na doutrina as duas formas em que a Lei perde a Vigência, ficando excluída do sistema jurídico, quais sejam: a *ab-rogação* e a *derrogação*. STOLFI, citado por Eduardo Espínola diz que há outras formas de revogação provenientes de razões intrínsecas da própria Lei, quais sejam:

- “a) o decurso do tempo para a qual a lei foi decretada, quando se trata de leis temporárias, a não ser que o seu império seja expressamente protraído por meio de outra lei;

12 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. cit., p. 608.

13 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, p.cit.

14 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Forense, 1994, v. I, p. 29.

- b) o fato de haver a lei alcançado o fim a que se propõe;
- c) a cessão do estado de coisas ou do instituto jurídico pressuposto pela lei.¹⁵

Revogação, “é a cessação da obrigatoriedade da lei, supressão ou cassação.”¹⁶ Quando há uma supressão parcial diz-se que houve derrogação. Na derrogação, como aduz MARIA HELENA DINIZ “a norma não sai de circulação jurídica, pois somente os dispositivos atingidos é que perdem a sua obrigatoriedade.”¹⁷

Essas formas de revogação (*ab-rogação* ou *derrogação*) de vigência concretizam-se através de outras normas, isto é, quem ab-roga ou quem derroga a vigência de uma norma é uma norma de igual ou superior nível no escalonamento hierárquico normativo do sistema. Assim, por exemplo, uma norma constitucional derroga uma outra norma constitucional ou outra qualquer norma do sistema, na primeira hipótese por do mesmo nível e na segunda hipótese, em face de sua posição ser superior a todas as outras; uma norma ordinária derroga uma outra do mesmo nível e as inferiores (decretos, resoluções, portarias, atos, etc.). Ademais a *ab-rogação* ou a *derrogação* operacionaliza-se por meio de quem tem a mesma competência de editar a norma que se revoga. É um princípio fundamental: “Só por lei a lei se revoga.”¹⁸

Lembra, por oportuno, VICENTE RÁO que “pa. a cessar a vigência de uma lei, ou de uma particular disposição, não é necessário que outra lei sobrevenha e

15 STOLFI *apud* Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizado por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.57.

16 De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. cit.

17 Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. I, p. 65.

18 Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 1991, v.I, p. 297.

explicitamente, ou implicitamente, revogue a norma anterior. O preceito que faz cessar a força obrigatória das leis, ora existe na própria lei, ora em lei outra.”¹⁹

Realmente, existem normas que limitam o tempo de sua vigência, elas estabelecem prazo (tempo e espaço) de sua obrigatoriedade.²⁰ Outras, quando a temporariedade “resulta da natureza da lei”, por exemplo, a lei orçamentária cuja vigência limita-se a um ano; a lei que declara estado de calamidade pública cessa a sua vigência quando cessam as causas que a fizeram ser editada. Ou, como prefere dizer CLÓVIS BEVILÁQUA: “Muitas vezes as leis trazem em si o princípio de seu desaparecimento do mundo jurídico, determinando que cessarão de ter eficácia numa determinada época.”²¹ Por oportuno, não esqueçamos que via de regra as normas têm prazo indeterminado de vigência, o que não significa dizer perpetuidade.

A revogação, em suas duas formas: ab-rogação e derrogação, envolve alguns aspectos de notória importância para o Direito e para toda ordem jurídica. Existem maneiras diferentes dela se manifestar, estamos dizendo que ora a revogação pode ser expressa ora pode ser tácita. Por vezes a própria ordem jurídica disciplina as consequências da norma revogada e as relações jurídicas plasmadas, quando daquela vigência. Não se destinando à vigência temporária, a lei estará em vigor enquanto não surgir outra que altere ou revogue, como alude o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.²²

19 Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. cit.

20 No mesmo sentido Santiago Dantas: “Algumas vezes a norma é feita para vigorar por tempo determinado e no próprio texto da lei se encontra a indicação do período durante o qual ela estará em vigor. Outras vezes a norma é feita para regular o fato transitório, de sorte que esgotados os fatos que ela era chamada a reger, ela própria expira, perde a sua eficácia.” (*Programa de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979*, p. 107.

21 Clóvis Beviláqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 55.

22 Art. 2º da LICC: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Diz-se que há revogação expressa quando outra norma nomina aquela que está sendo revogada. Quando não há essa referência específica à lei que está sendo revogada, apenas o legislador limitando-se a empregar a fórmula: “revogam-se as disposições em contrário”, diz-se que houve aí uma revogação tácita, isto é, as normas antigas que se confrontarem com a nova norma estão revogadas, perderam a vigência, por incompatibilidade (§ 1º do art. 2º da LICC).²³ Muitos autores, ressalta VICENTE RÁO, “perdem-se em debate estéril, indagando se essa forma de revogação é expressa ou tácita. Mas nesse particular, procede a opinião sensata dos que, como Paulo Lacerda, assim pensam: (...) Ora, a revogação tácita não é outra coisa; resulta da incompatibilidade entre a lei antiga e a lei nova. Aquilo que a fórmula diz é, efetivamente, isso e nada mais. Se não o dissesse, o efeito seria idêntico; porque, ainda assim, estariam, na verdade, revogadas todas as disposições em contrário. Em suma, há uma revogação, mas é preciso ir procurar, segundo o critério da incompatibilidade, as disposições revogadas. Por isso, PLANIOL reputa inteiramente inútil a precaução usual de declarar revogadas as disposições em contrário: c'est parler pour rien dire.”²⁴ Para CLÓVIS BEVILÁQUA “A solução do problema referente à revogação tácita encontra boa conotação informativa na chamada regra da compatibilidade: a lei nova não revoga a velha, e com ela subsiste, quando os seus mandamentos são mutuamente compatíveis.”²⁵

Divide-se a revogação expressa em geral e especial. Dá-se a revogação expressa geral, quando se refere ao

23 “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”

24 Vicente Ráo. *O Direito e a Vida do Direito*, cit., p. 301.

25 Clóvis Beviláqua. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. p. 54.

inteiro teor da lei revogada, diz-se especial – nessa hipótese – quando especifica apenas certas normas de uma determinada lei. O vocábulo “especial” não se refere à lei especial e sim à derrogação. Porquanto, sobre “lei especial” diz BEVILÁQUA que “É princípio geralmente aceito que a lei especial posterior não revoga a geral anterior; nem a geral posterior revoga a especial anterior, se a ela não se refere explícita ou implicitamente para revogá-la.”²⁶ Esta é senão a ilação do preceito do parágrafo 2º, do art. 2º da LICC “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Finalmente, há de ocorrer que uma norma antes revogada possa readquirir a sua vigência por meio de outra norma que a restaure, é o fenômeno denominado de reprivatização. Em princípio a norma revogadora, quando ocorre também desta ser revogada, não induz que aquela volte a ter vigência. Um exemplo para elucidar melhor: o Código Civil revogou as Ordenações, Alvarás, etc. (art. 1.807 do CCB), imaginemos que o Congresso decida hoje revogar o Código Civil, aquelas Ordenações que foram revogadas não voltam a ter vigência. Para que isso ocorra, é preciso que uma lei que revogue o Código Civil estabeleça expressamente que aquelas (Ordenações, Alvarás, etc.) voltem a ter vigência. “A lei revogada só pode renascer se uma nova disposição legal expressamente o determinar (...) a revogação é sempre definitiva, ainda quando nenhum outro preceito se substitua ao que se continha na lei suprimida.”²⁷ Nesses termos foi que o legislador disciplinou no preceito do parágrafo 3º do art. 2º da LICC (Decreto – Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).²⁸

26 Clóvis Beviláqua. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. p. 56

27 Vicente Ráo. *O Direito e a Vida do Direito*, cit. p. 306.

28 “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

3. Validade

Derivada da palavra: válido (do latim *validus*), qualidade ou condição do que é válido (legítimo, lícito, legal) ou o que é lícito, justo, certo, correto, que surte efeito, eficaz.²⁹ Nota-se a amplitude sinônímica que tem o vocábulo na linguagem corrente, para a Ciência Jurídica – que tem sua própria terminologia – essa abrangência restringe-se dando sentido próprio e específico a cada uma dessas palavras.

Os dicionaristas de vocábulos jurídicos, também, dão uma extensão ao termo à margem da Ciência Jurídica, confundindo-lhe com “vigência”, “legitimidade” e “eficácia”, elementos distintos um dos outros, embora relacionados e condicionantes. Assim, por exemplo, PLÁCIDO E SILVA, aponta para o sentido de que validade “É a qualidade de todo ato, não viciado, nem atacado de defeito, que o torne nulo, ou ineficaz” (...). “Bem por isso, não vale o ato que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei, salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida (C. Civil, art. 130). E a expressão não vale o ato, disposta em lei, equivale a dizer, não tem validade, não produzindo, assim, os efeitos legais.”³⁰ No mesmo sentido, LEIB SOIBELMAN: “Ato legalmente feito. Condição do ato para produzir todos os seus efeitos legais. Invalidez no caso negativo.”³¹

3.1. A denominação “normas jurídicas válidas”

Aqui partimos da convicção de que já temos introjetado satisfatoriamente o significado do que sejam normas jurídicas.

29 Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

30 De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, cit.

31 Leib Soibelman. *Dicionário Geral do Direito*. São Paulo: Buschatsky, 1974.

Ser Válido é ter uma existência, é pertencer a algo, é também, para o Direito, estar de acordo com os ditames do sistema que lhe vivifica. O Prof. LOURIVAL VILANOVA resume que “Uma regra de direito válida existe se pertence a um sistema jurídico positivo; uma regra de direito não válida, logicamente não pertence a um mesmo sistema”. Adiante acrescenta: “A tese (ou a consequência normativa) é válida, como válida é a norma em sua bimembridade constituinte (hipótese / tese). E válida – continua VILANOVA – independentemente de a realidade confirmar ou verificar o esquema tipificado na hipótese, ou de a conduta prescrita na tese ocorrer.”³²

A Validade “é a pretensão de conformação ou vinculativa de uma existência de conduta ou de uma pauta pela qual a conduta humana haja de ser mantida” segundo LARENZ para quem “o jurista não pode, como método jurídico, levar a sua indagação para além da validade normativa.”³³ Do sistema jurídico, instrumento de manuseio dos “operadores do direito”, o que interessa é saber se a norma “existe”, a sua existência induz validade, a questão de valores “embutidos” na norma interessa ao filósofo ou ao sociólogo do Direito. O aplicador da lei ao se confrontar com o “caso concreto” cinge-se, no máximo, em saber se tal norma reveste-se de constitucionalidade, como questiona LARENZ: “A resposta (afirmativa ou negativa) a essa questão não é o resultado de uma observação fáctica, mas o de uma comprovação normativa, na qual o evento compreendido no sentido intencionado (o sentido do ato) há de ser avaliado em consonância com o sentido das normas competentes para o efeito e que, por sua vez, são pressupostas como válidas e, nessa conformidade, julgado.” “Se o jurista pergunta se uma lei é

32 Lourival Vilanova. *As Estruturas Lógicas e...*, cit., p. 38 e 59.

33 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 299.

“válida”, não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é “válida”, não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria dos casos, mas se a pretensão de validade que enquanto norma lhe é conatural encontra-se justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa de normas.”³⁴

As denominadas “normas jurídicas válidas” são para nós todas aquelas que integram, que existem no sistema jurídico positivo. Embora severamente refutadas por alguns, está a prevalecer para outros de inegável saber jurídico, entre estes lembramos KELSEN, BOBBIO, VILANOVA e outros.

3.2. Validade como sinônimo de existência

A questão de existir a norma no sistema e significar que a mesma seja válida, tem ocasionado grandes imbróglios entre eminentes cientistas do Direito. PONTES DE MIRANDA sustenta que há “existência” “sem validade”, isto é, a norma pode existir mas não ser válida, quando entra no “mundo jurídico” de maneira irregular ou defeituosa: “Os atos e normas jurídicas são válidos quando produzidos regularmente pelos agentes do sistema (órgãos em sentido estrito ou particulares). A invalidez resulta da integração ao “mundo jurídico” de atos e normas produzidos defeituosamente pelos agentes do sistema.”³⁵ Defeituosidade – ressalta PONTES DE MIRANDA – não é inexistência. Para ter defeito, ou defeitos, é preciso existir.”

Em dizer que a validade está subordinada a uma existência concordamos, posto que não se poderia atribuir um valor a algo se este algo não existisse. Agora, afirmar que uma norma que se encontra (que existe) dentro do sistema (sem qualquer provocação jurisdicional ou legis-

34 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 230 e 231.

35 Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: RT, 1954.

lativa) não seja válida por ter hipoteticamente um defeito, não concordamos, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta a exclusão da norma sem formalidades.

O direito não dispõe de instrumentos de verificação “laboratoriais” adequados que estabeleçam os “graus” de validade de cada norma jurídica individual, ou da norma jurídica geral, até porque, “a norma não pode ser mais ou menos válida.”³⁶ Só é válida porque existe e se existe é porque é válida. Ou seja, independente de qualquer experiência ela sendo posta é válida, como nos ensina VILANOVA: “Válida independentemente de a realidade confirmar ou verificar o esquema tipificado na hipótese, ou de a conduta prescrita na tese ocorrer. Se fosse dotada de valor veritativo, a verificação na ordem fática dar-lhe-ia valor verdade, e a não-verificação, valor de falsidade.” Em outra parte, reafirma VILANOVA “a proposição normativa universal que encontramos no Direito positivo é válida antes de qualquer confirmação empírica no caso concreto. Ela delinea previamente um conjunto (de sujeitos, fatos ou atos) cujos elementos devem pertencer ao conjunto, se satisfazem aos requisitos ou às propriedades de antemão estatuídas; qualquer que seja o “x” que tenha a nota P, deve pertencer ao conjunto A.”³⁷ No mesmo sentido, aduz LARENZ “Os enunciados sobre a validade (ou invalidade), bem como sobre o conteúdo (conteúdo de sentido) as normas jurídicas não são enunciados sobre “factos” perceptíveis, acessíveis à observação e susceptíveis de corroboração experimental.”³⁸ As normas jurídicas, por integrarem um sistema nomoempírico prescritivo, como refere MARCELO NEVES: “caracterizam-se pela pretensão de validade,

sendo destituídas da pretensão de verdade, própria das proposições nomoempíricas descritivas, inclusive as descritivas de normas jurídicas.”³⁹ Ressalte-se que para MARCELO NEVES, existem normas inválidas apesar das mesmas integrarem o sistema.

3.3. O conteúdo da Validade

Tomamos para melhor compreensão a norma jurídica como “uma idéia” que tomou “corpo”, contendo (como um código genético) impressões gravadas de “ns” matizes a lhes darem sentido e forma. A união desses dois elementos (s (sentido) + f (forma), acrescido de um poder (particular ou institucional = P), faz nascer comandos, normas; ao conjunto sistemático dessas normas, têm-se a concepção de um sistema guiado por uma ordem normativa.⁴⁰

O objeto do conteúdo de uma norma jurídica é uma “missigenação” de valores ético-morais, político-econômicos, são os “ingredientes” ou substrato da proposição levada a efeito normativo.⁴¹ Ao lado disso e em sua decorrência, é que torna-se a validade como um elemento axiológico intrínseco da norma e, portanto, do sistema jurídico. A regra jurídica, como postula REALE “deve ter, como primeiro requisito: procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor.”(...) “Existe sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade.”⁴²

As diversas posições jusfilosóficas que tentam estabelecer a relação entre validade e valor, nomeiam

36 Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Programática da Comunicação Normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

37 Lourival Vilanova. *As Estruturas Lógicas...*, cit., p. 59.

38 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 229/230.

39 Marcelo Neves. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 39.

40 Para Hans Kelsen: “O Direito é concebido como uma ordem normativa, com um sistema de normas que regulam a conduta humana.” *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 267.

41 Sobre o assunto, cf.: nosso: *O Conteúdo Sociológico na Criação dos Princípios Jurídicos*. Revista da ESMape, Recife: 1966, ano I, nº 2, p. 79 e ss.

42 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit., p. 589 e 594.

quase sempre aqueles valores ditos imutáveis e imprescindíveis a um sistema jurídico. Dentre os valores “eleitos” a fundamentar o direito, por via de consequência a dar validade à norma, há invariavelmente a indicação da Justiça, como se tivesse – esse valor – o condão da imutabilidade e da invariabilidade de sentido. De logo lembramos que além do vocábulo Justiça ser polissêmico, carrega consigo a marca da relatividade. Basta dar “um giro” na história para compreender que o sentido e o valor de Justiça modificam-se de acordo com as próprias mutações sociais, religiosas, econômicas e políticas, de cada época. “O fim do Direito é a Justiça” que é a Virtude (Verdade), como pregam os juristas desde Aristóteles; estando, contudo, umbilicalmente ligado a um dado momento histórico do homem e, em um determinado lugar. O que ontem se idealizava e se praticava “em nome da Justiça”, hoje pode ser – paradoxalmente – um genocídio. O que admitimos é que há uma ligação íntima entre a idéia de Justiça com a idéia de Ordem, já que o Direito é norma, e norma é organização, é ordem, é conduta, é o dever-ser. “No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. É sobre esse valor que repousa, em última análise, a obrigatoriedade ou a vigência do Direito, razão pela qual dizemos que nele se consubstancia um “postulado da ordem jurídica positiva”. Em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.”⁴³ PAULO DOURADO DE GUSMÃO dá uma nota diferente, adicionando uma condição a de “corresponder

43 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit., p. 595.

às aspirações morais do povo e às reais necessidades sociais, bem como dele não se afastar de suas finalidades (ordem, paz e segurança, além da própria justiça).”⁴⁴

O conteúdo de validade são portanto os valores manifestados nos preceitos normativos.

3.4. Das normas ditas Inválidas, das Imperfeitas e das Antinômicas.

Pelo exposto, “tornar-se norma jurídica” implica dizer que o sistema jurídico recepcionou-a. Se o sistema jurídico absorve é porque em tese cumpriu-se um percurso formal de produção normativa, isto é, houve aprovação, sanção e publicação, logo, a norma está contida no sistema.

Admitamos, por exemplo, uma outra hipótese: a Constituição assegura o direito adquirido (art. 5º, XXXVI), determinando não poder ser objeto de matéria de reforma (C.F. art. 60, § 4º, I), por “descuido” o Congresso aprova um dispositivo através de uma Emenda Constitucional tendente abolir essa norma-princípio. E agora?

Até que seja, pelo mesmo órgão congressual ou pelo controle (provocado) de constitucionalidade, esta norma tem existência, é válida. As Medidas Provisórias, muitas das quais são eivadas de flagrante inconstitucionalidade, nem por isso, deixam de ser válidas, até que o Supremo Tribunal Federal declare-as inconstitucionais.

Na Teoria do Ordenamento Jurídico, BOBBIO já advertia: “Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar

44 Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução à Ciência do Direito*, cit. p. 60.

de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa)". "A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento."⁴⁵

Preferimos dizer – ainda adotando o exemplo acima – que a norma é válida. Potencialmente inválida, em expectativa de exclusão do sistema, seja pela ab-rogação, como salienta BOBBIO, seja pelos mecanismos jurisdicionais. Aliás, ousamos afirmar que potencialmente toda norma posta pode ser excluída do sistema, menos a “norma fundamental” que não é posta, é pressuposta. Ao deixar de ser válida, por via de consequência deixa de haver a norma, por que não existe norma jurídica fora do sistema jurídico, logo não existe “materialmente” a norma jurídica inválida, se é norma jurídica tem uma existência e, se existe, é norma válida. REALE lembra que: “Nunca é demais repetir que uma regra jurídica só vale inserida no corpo do sistema..”⁴⁶ Fora não é norma jurídica de qualquer espécie, é uma outra coisa.

Quanto às normas imperfeitas ou antinômicas, preleciona LOURIVAL VILANOVA “o sistema do direito positivo contém p-normativas de valências contraditórias e a invalidade só elimina a proposição contradizente quando o próprio sistema diz como e quando. Assim, é um fato que o sistema jurídico abriga p-normativas que se contradizem e são juridicamente válidas.⁴⁷ Noutra parte, continua VILANOVA “Se o sistema determina que normas contraditórias se anulem, uma certa conduta C, por ambas qualificadas contraditoriamente, inseridas em modais mutuamente exclu-

centes, nem por isso é necessariamente atirada para o vazio, para a área do juridicamente neutro. Reingressa essa conduta dentro do âmbito de licitude da liberdade juridicamente estabelecida. Perde o caráter modal de permissão direta, contraposta à proibição, e insere-se na órbita da permissão bilateral de fazer e omitir, não dependente (implicada) de qualquer das normas conflitantes, que tiveram sua validade cortada por aquela sobrenorma eliminatória de antinomias normativas. Em rigor, é norma positiva que resolve o conflito de normas, ainda que seja um ato judicial, como preliminar, para resolver o conflito de interesse que compõem o caso (Giacomo Gavazzi, Delle antinomie).”⁴⁸

Porquanto, as normas imperfeitas e autinômicas podem integrar o mesmo sistema jurídico positivo. Não é outra senão a lição de BOBBIO: “Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.”⁴⁹

4. Eficácia

Do latim *efficacia* qualidade do que é eficaz (*efficace*), “que produz o efeito desejado; que dá bom resultado.”⁵⁰ “Compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.”⁵¹ LALANDE, dá três significados, como adjetivo o sentido geral designa o “que produz o efeito para o qual

45 Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1991, p. 113.

46 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. cit., p. 611.

47 Lourival Vilanova. *As Estruturas Lógicas...*, cit., p. 38.

48 Lourival Vilanova. *As Estruturas Lógicas...*, cit., p. 233.

49 Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 114.

50 Aurélio Buarque de Holanda *Novo Dicionário da...*, cit.

51 De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, cit.

tende (em oposição a ineficaz); “propriamente, ao aplicar-se à **causa**, “ao restringi-la à ação de um ser que modifica um outro ser sem nada perder ou ceder da sua própria natureza ou do seu poder de agir ulteriormente; quanto substantivo feminino, considera “A propriedade de ser causa eficaz..”⁵²

O Vocabulário Jurídico de PLÁCIDO E SILVA, divide o vacábulo emprestando-lhe três sentidos: primeiro, o etimológico; segundo, a expressão “eficácia jurídica” como “força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações, que nele se contém”;⁵³ terceiro, define o que é eficácia da lei, como sendo “vigência da lei, após sua promulgação, seja em relação ao tempo de sua obrigatoriedade, seja em relação ao território em que passa a vigorar e tem aplicação”.

Pelo visto as definições chegam a confundir eficácia com vigência e validade, sendo esses elementos distintos dentro do estudo da norma jurídica, como já vimos em relação aos outros dois elementos (vigência e validade).

4.1. A denominação “norma jurídica eficaz”

Poderíamos simplificadamente designar como norma jurídica eficaz aquela que é obedecida, que é aplicada? Evidentemente que essa noção simplista não corresponde à realidade no estudo da Ciência do Direito. As normas não são infalivelmente eficazes nem são inteiramente ineficazes. Há momentos e circunstâncias que determinada norma perde a sua eficácia, nem por isso (por conta de uma eventual inaplicabilidade) pode-se dizer que a mesma passou a ser ineficaz e, portanto, sujeita a ser expurgada do sistema jurídico. Não há uma divisão

dicotômica que diga seja a norma jurídica eficaz ou não. KELSEN diz que “uma norma é eficaz não significa que ela, sempre e sem exceção, seja cumprida e aplicada; significa somente que ela geralmente é cumprida e aplicada. Sim, precisa existir a possibilidade de não ser cumprida e aplicada porque, se ela não existe (se o que deve acontecer de maneira natural e necessária, sempre e sem exceção, tem de acontecer), uma norma que fixa este acontecimento como devido, é supérflua. Assim conclui KELSEN – seria também inútil estabelecer uma norma que põe algo como devido, do qual se sabe, por antecipação, que, de modo natural, jamais pode acontecer.”⁵⁴

Portanto, *prima facie*, a norma jurídica eficaz é aquela que é admitida pelos seus destinatários como uma regra a exigir a adequação da conduta ao que está prescrito. A inobservância casual dessa norma, não lhe rouba o caráter de eficácia, não lhe torna ineficaz. A eficácia como aduz MARCELO NEVES: “é relativa, ou melhor, manifesta-se em graus variados, sendo de considerar-se a questão dos efeitos latentes das normas inefetivas.”⁵⁵

Numa visão sociológica exposta por MIRANDA ROSA, a simples existência da lei já implica um resultado, podendo ser positivo, negativo ou até só interessar a um determinado campo de estudo e observação: “Se tais efeitos não se conformam ao que se tinha como objetivo, na edição da norma (...), produz, entretanto, invariavelmente, efeitos que podem ser, até mesmo, a sua revogação imediata ou posterior, a sua modificação, a sua desobediência, o seu descumprimento, a falta de sua aplicação pelos órgãos administrativos, diante dos mandamentos que ela contém, ou do ponto de vista do observador analista.”⁵⁶

54 Hans Kelsen. *Teoria da Norma...*, cit. p. 177.

55 Marcelo Neves. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, cit., p. 49.

56 F.A. DE Miranda Rosa. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 110.

52 André Lalonde. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Trad. Fátima Sá Corrêa. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 284.

53 De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, cit.

Há hipóteses em que a norma já integra o sistema jurídico, contudo a sua eficácia está sob condição, como nos explicita MARCELO NEVES: “Pode a norma já pertencer ao sistema sem ainda ter eficácia jurídica, nos casos de *vacatio legis* e *vacatio constitutionis*, por exemplo; ou sofrer a suspensão temporária de sua vigência sem deixar de pertencer ao sistema, como ocorre nos estados de sítio e de emergência, e também nas medidas de emergências.”⁵⁷

As razões pelas quais a norma tem eficácia em grau de maior, menor ou nenhuma intensidade de efeitos, estão diretamente ligadas à sua aceitação pelos seus destinatários os quais se deixam motivar ou se auto-motivam por diversas justificativas, por exemplo, em virtude do receio de sofrer uma sanção em caso de desobediência à norma punitiva. Ou ainda, um interesse ético e não-econômico ou econômico e não-ético. KELSEN nos diz que não é só o receio de ser aplicada uma sanção em caso de descumprimento de uma norma que garante a sua eficácia dessa ordem. “Normas podem ser cumpridas e aplicadas por outros motivos.”⁵⁸ Sendo certo que a pretensão da norma é de eficácia.

4.2. Eficácia: um elemento extranorma?

Algumas indagações ocorrem-nos em preliminar: a eficácia é um elemento formal da norma? A eficácia compõe o conteúdo da norma? Não seria a eficácia algo que se adere à norma? Ou um dado conseqüente do “entrechoque” da norma com a realidade? A eficácia é quem vivifica a norma e mesmo assim com esta não se confunde. Seria o mesmo que dizer: a claridade que produz o lampião não é um elemento do lampião, é um efeito deste (e com este não se confunde). Assim, se este lampião

57 Marcelo Neves. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, cit., p. 52.

58 Hans Kelsen. *Teoria Geral da Norma*, cit., 176.

não produz a claridade, perde a sua função, porque a claridade é que dá sentido de utilidade. De igual modo, se a norma existe, é vigente, e não produz efeito, se não for eficaz, perde o sentido de sua utilidade, perde o sentido de ser norma, embora possa permanecer no sistema jurídico. Para BOBBIO se considerarmos a eficácia como um caráter da norma teríamos em certo momento que negar o caráter da norma jurídica. O problema, segundo BOBBIO, resolve-se “deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito, mas só referindo não à norma em particular, mas ao ordenamento.”⁵⁹

Outras ilações na esteira de BOBBIO podemos fazer, por exemplo: a eficácia não é um componente específico da norma jurídica singular, mas é um elemento que integra o fundamento do ordenamento jurídico. Isso é fácil de se perceber: uma norma singular pode não ter eficácia, contudo jamais haverá um ordenamento sem o atributo da eficácia, sem o qual deixa de ser ordenamento jurídico vigente. “(...) o ordenamento jurídico existe enquanto seja eficaz” (...) “Uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz. O ordenamento jurídico tomado em seu conjunto só é válido se for eficaz.”⁶⁰ Logo, a eficácia é um elemento do “ser” enquanto ordenamento, retirando-se esse elemento deixa o mesmo de ter sentido e importância.

Portanto, pode ocorrer a ineficácia referente a uma norma singular, nessa hipótese faltou a esta norma elemento de complementação que seria a eficácia, a eficácia neste caso estaria ausente, sem afetar a validade e vigência. Quanto ao ordenamento jurídico como um

59 Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 29.

60 Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 67.

todo, há uma impossibilidade de ser ineficaz. Ordenamento jurídico ineficaz é aquele ordenamento que não é válido, não é vigente, é inexistente, nessa hipótese, a eficácia seria um particular e especial elemento do ordenamento jurídico sem o qual esse ordenamento, no sentido jurídico, não existiria.

4.3. Eficácia e Validade

A eficácia empresta um sentido à norma jurídica, ela é uma condição de validade dessa norma mas não é a mesma validade. REALE diz que a norma pode ser considerada eficaz mesmo depois de perder a sua validade e vigência, “mesmo quando já revogada. Poder-se-á objetar que uma lei continua mandando respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior, ou então porque não se deve aplicar a lei em vigor na época em que dados fatos ocorreram.”⁶¹

Essa relação entre validade e eficácia apresenta-se como “um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista.”⁶² Para explicar tal relação, existem três teorias, segundo KELSEN, que são: a idealista, a realista e a jurídico-positivista. A primeira – a idealista – entende que entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia. A segunda teoria, a realista, diz que “a validade do Direito se identifica com a sua eficácia.”⁶³ A terceira teoria, defendida por KELSEN, apresenta a seguinte solução: “Assim como a norma de dever-ser, como sentido de ato-de-ser que a põe, não se identifica com esse ato, assim a

validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são, tal como o ato que estabelece a norma, condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica com um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tão pouco, como o fato que a estabelece, fundamento da validade.”⁶⁴ Para KELSEN, as duas outras teorias são falsas porque, “a primeira é falsa, pois, por um lado, não se pode negar que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser). A segunda solução é falsa – continua KELSEN – pois não pode ser negado que há numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas se bem que não seja, ou não sejam ainda, eficazes.”⁶⁵

Admite KELSEN que uma norma nunca aplicada deixa de ser válida, ocorrendo o fenômeno da *desuetudo*. “A *desuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume.”⁶⁶

Discordamos do pensamento kelseniano, em vista do modelo do sistema jurídico brasileiro. No Direito pátrio

61 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. cit., p. 607.

62 Hans Kelsen. *Teoria Pura...* cit., p. 292.

63 Hans Kelsen. *Teoria Pura...* p. cit.

64 Hans Kelsen. *Teoria Pura...* cit., p. 297.

65 Hans Kelsen. *Teoria Pura...* cit., p. 293/297.

66 Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, cit. p. 298 e 297.

não existe forma de ab-rogação ou derrogação de normas sem obediência a formalismos, dentro os quais, a regra segunda a qual somente uma norma do mesmo nível ou superior hierarquicamente poderá ab-rogar ou derogar uma outra. O costume, no Direito Brasileiro não tem o condão de revogação, o máximo que ocorre, em tal hipótese, é a lei ficar “esquecida” e num determinado momento ocorrer um fato nela previsto e, então, ser invocada, e aplicada. O costume, portanto, no Brasil, não revoga nem em sentido formal nem material. No clássico exemplo do jogo do bicho, há uma tolerância da autoridade, nem por isso a norma – proibitiva – está revogada, a ineficácia pode cessar a partir do momento que a autoridade resolver coibir, aplicando a norma. O costume aí talvez justificasse uma resistência à ordem da autoridade, jamais, no entanto, a irresignação popular teria a possibilidade técnica de revogar tal norma. Com isso, não pretendemos negar que haja um “desgaste ou erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costume”,⁶⁷ o que pretendemos dizer é que o formalismo do Direito Brasileiro inadmita a revogação da norma via costume ou mesmo por falta de aplicabilidade; a inaplicabilidade retira o sentido à pretensão da norma (por que a norma veio ao mundo para ser aplicada) contudo, a falta dessa eficácia, não a expurga do sistema jurídico.

Em defesa de nossa posição diz HART, que a norma deixa de existir desde que “a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz.”⁶⁸

67 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit. p. 610.

68 Herbert Hart. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 115.

Por isso e por conta de às vezes haver um hiato entre norma e realidade é que REALE dá-nos a seguinte lição: “Cabe aos homens de Estado evitar o divórcio entre a realidade social e certas normas, que não têm ou jamais tiveram razão de ser, porque em conflito com as tendências e os legítimos interesses dominantes no seio da coletividade.”⁶⁹

A eficácia é a resposta individual ou coletiva que os destinatários dão à norma ao ser posta em vigência pela autoridade competente. O grau de eficácia fica na dependência direta e proporcional de empatia entre o teor da norma e as circunstâncias – *lato sensu* – para onde e para quem a mesma se destina.

5. Conclusões:

5.1. A Vigência é o ato pela qual a norma ingressa no sistema jurídico tornando-a pública para ser obedecida. Uma norma entra em vigência porque há todo um aparato jurídico preexistente para recepcioná-la. Um dos atributos da Vigência é a certeza, segurança e a garantia da existência da norma. Sem o conhecimento prévio da norma – que se dá a partir da Vigência – haveria, certamente, o arbítrio, incompatível com os postulados do Direito, da Democracia e da Justiça.

5.2. A norma jurídica deixa de ser vigente somente quando é submetida a uma das formas de revogação. A revogação pode ser expressa ou tácita. Ela é expressa quando vem declarada, e é tácita quando a norma posterior é incompatível com a norma preexistente. A revogação pode ser geral ou especial. Quando se revoga todo texto de uma lei, diz-se que é geral, houve ab-rogação, quando somente certas normas, diz-se especial, ou derrogação. A

69 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, cit., p. 611

norma revogada somente pode readquirir sua vigência quando outra norma expressamente restaure, é o fenômeno da repristinação. A Vigência independe da norma ser válida ou eficaz.

5.3. A Validade é atributo de valor e existência da norma. Se as normas existem, estão no sistema jurídico, elas são válidas. Validade no sentido de compatibilidade axiológica com o sistema jurídico. As normas incompatíveis com o sistema jurídico são válidas até serem rechaçadas, enquanto não, elas perduram como válidas. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma norma declarada pelo Judiciário é uma das formas de retirar sua Validade.

5.4. Enquanto na Vigência sobressaem-se aspectos formais, na Validade realçam-se os valores implícitos e explícitos de natureza material (conteúdo) e formal. Na Vigência tem-se como certo e conhecido o dispositivo da norma, na Validade há presunção de adequação ao sistema jurídico, somente verificada pela interpretação sistêmica ou sistemática, ambas, contudo, provocadas.

5.5. A Eficácia é atributo extrínseco e não condicionante de existência da norma singular. Uma norma pode ser vigente e válida sem contudo ter eficácia; diferentemente é com relação ao ordenamento jurídico em si, como um todo, é impossível existir sem Eficácia. A Eficácia está diretamente relacionada com a decisão dos destinatários da norma em obedecê-la ou não. A Eficácia pode perdurar ainda que a norma seja revogada, nessa hipótese a eficácia é retroativa, como são, por exemplo, os Direitos Adquiridos ainda que a norma, ao tempo em que ocorreram os fatos aquisitivos, venha a ser revogada, mantém-se a Eficácia daqueles dispositivos que constituíram os direitos.

5.6. A ineficácia temporária e ocasional não implica dizer que a norma singular perdeu – para sempre

– a sua eficácia, o que não pode acontecer em se tratando do ordenamento jurídico, porque aí deixaria o mesmo de ter sentido e importância. A Eficácia é um atributo essencial do ordenamento jurídico não é contudo de uma simples norma. A Eficácia é o resultado da aplicação da norma perante os seus destinatários, é a manifestação concreta de adequação de conduta. É uma opção espontânea ou forçada de obediência à norma tomada pelos seus destinatários.

6. Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed.Rio, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Malheiros, 1994.
- DANTAS, Santiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. I.
- ESPÍNOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espínola. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizado por Silvia Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995..
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Programática da Comunação Normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio, 1984.

- _____. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Trad. Fátima Sá Corrêa. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: RT, 1954.
- MIRANDA ROSA, F.A. de. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Forense, 1994, v. I.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 1991, v.I.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva: 1991.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1974.
- SILVA, De Plácio e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVA, Zélio Furtado da. *O Conteúdo Sociológico na Criação dos Princípios Jurídicos*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Recife: 1996, Ano I, nº 2.
- SOIBELMAN, Leib. *Dicionário Geral do Direito*. São Paulo: Buschatsky, 1974.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1977.

Prática

PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE(*)

Djaci Falcão
Ministro Aposentado do Supremo
Tribunal Federal.

SUMÁRIO

I- Relatório II - Parecer 1. Mandado de segurança pressupostos constitucionais e legais. 2. Propriedade do writ em caráter preventivo. 3. Secretário da Fazenda como autoridade coatora. 4. Matéria tributária. Imunidade. 5. Não incidência do ICMS na exportação de produtos industrializados. Exceção. Norma constitucional. Produtos semi-elaborados. Matéria reservada à Lei Complementar. 6. Lei Complementar nº 65/91 e Convênio nº 15/91. Delegação legislativa inviável. Invocação inadequada do art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 7. Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 65/91 e do Convênio nº 15/91. 8. Respostas às indagações formuladas pelos consulentes.

I - Relatório

Os advogados, Drs. José Henrique Wanderley Filho e Luiz Antônio de Souza Leão Dourado formulam a presente consulta, expondo textualmente:

“Excelentíssimo Senhor Ministro Djaci Falcão
Temos a honrosa satisfação de nos dirigir a Vossa Excelência, a fim de formular consulta de natureza jurídica.

(*) Este parecer foi acolhido por decisão do Superior Tribunal de Justiça, no R. de Mandado de Segurança nº 5063-7/PE., Relator o Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Estamos patrocinando demandas judiciais, representando empresas exportadoras de açúcar demerara, objetivando o reconhecimento de que tais operações mercantis não se encontram no campo de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, de competência estadual, não podendo ser (o açúcar demerara) caracterizado como produto industrializado semi-elaborado.

A Constituição da República, promulgada em 1988, dispôs, no art. 155, § 2º, IX, “a”, que o ICMS não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar. Tem-se que, em princípio, os produtos industrializados semi-elaborados, assim definidos por lei complementar, não se encontram alcançados pela imunidade tributária, porquanto esta não admite interferência de norma infra-constitucional. Mas, enquanto não editada a lei complementar, os mencionados produtos não podem ser tributados pelos Estados, porquanto se confundem com produtos industrializados.

A Lei Complementar nº 65, de 16 de abril de 1991, incluiu no campo de incidência do ICMS os produtos industrializados semi-elaborados destinados ao exterior, fixando alguns requisitos para sua caracterização (art. 1º). Mas, em vez de definir tais produtos, delegou ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) a competência para estabelecer regras para apuração dos requisitos fixados e elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados, atualizando-a sempre que necessário (art. 2º).

Nas mencionadas demandas, estamos sustentando a impossibilidade constitucional de a Lei Complementar delegar ao CONFAZ poderes para estabelecer as regras de apuração de custo industrial e, sobretudo, elaborar lista de produtos semi-elaborados, porquanto extrapola os limites previstos no art. 155, § 2º inciso X, alínea “a”, e

fere o princípio de indelegabilidade ao Poder Executivo de matéria reservada à lei complementar.

Somente a lei complementar poderia restringir a plenitude da eficácia do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a”, não tendo a Constituição da República deferido essa atribuição a nenhum outro instrumento normativo, muito menos à órgão ou à entidade fora do Poder Legislativo, a exemplo do CONFAZ.

Detendo-se a vista sobre as Constituições Brasileiras, ao longo do Regime Republicano, sempre se observará a presença marcante do princípio da divisão de poderes, segundo o qual é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro.

Esse princípio, de forma explícita, constou da Carta de 1967:

“Salvo a exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” (art. 6º, § 1º).”

A ausência expressa do preceito, na Carta de 1988, evidentemente, não derogou o princípio. Como anota José Afonso da Silva, o registro seria desnecessário, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidades relativamente ao exercício de funções de poderes, e porque os limites e exceções ao princípio decorrem **de normas que comportam pesquisar no texto** constitucional. Ainda segundo o respeitado constitucionalista, as exceções mais marcantes acham-se na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei, e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (conf. Curso de Direito Constitucional Positivo,

Estamos patrocinando demandas judiciais, representando empresas exportadoras de açúcar demerara, objetivando o reconhecimento de que tais operações mercantis não se encontram no campo de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, de competência estadual, não podendo ser (o açúcar demerara) caracterizado como produto industrializado semi-elaborado.

A Constituição da República, promulgada em 1988, dispôs, no art. 155, § 2º, IX, “a”, que o ICMS não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar. Tem-se que, em princípio, os produtos industrializados semi-elaborados, assim definidos por lei complementar, não se encontram alcançados pela imunidade tributária, porquanto esta não admite interferência de norma infra-constitucional. Mas, enquanto não editada a lei complementar, os mencionados produtos não podem ser tributados pelos Estados, porquanto se confundem com produtos industrializados.

A Lei Complementar nº 65, de 16 de abril de 1991, incluiu no campo de incidência do ICMS os produtos industrializados semi-elaborados destinados ao exterior, fixando alguns requisitos para sua caracterização (art. 1º). Mas, em vez de definir tais produtos, delegou ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) a competência para estabelecer regras para apuração dos requisitos fixados e elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados, atualizando-a sempre que necessário (art. 2º).

Nas mencionadas demandas, estamos sustentando a impossibilidade constitucional de a Lei Complementar delegar ao CONFAZ poderes para estabelecer as regras de apuração de custo industrial e, sobretudo, elaborar lista de produtos semi-elaborados, porquanto extrapola os limites previstos no art. 155, § 2º inciso X, alínea “a”, e

fere o princípio de indelegabilidade ao Poder Executivo de matéria reservada à lei complementar.

Somente a lei complementar poderia restringir a plenitude da eficácia do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a”, não tendo a Constituição da República deferido essa atribuição a nenhum outro instrumento normativo, muito menos à órgão ou à entidade fora do Poder Legislativo, a exemplo do CONFAZ.

Detendo-se a vista sobre as Constituições Brasileiras, ao longo do Regime Republicano, sempre se observará a presença marcante do princípio da divisão de poderes, segundo o qual é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro.

Esse princípio, de forma explícita, constou da Carta de 1967:

“Salvo a exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” (art. 6º, § 1º).”

A ausência expressa do preceito, na Carta de 1988, evidentemente, não derogou o princípio. Como anota José Afonso da Silva, o registro seria desnecessário, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidades relativamente ao exercício de funções de poderes, e porque os limites e exceções ao princípio decorrem **de normas que comportam pesquisar no texto** constitucional. Ainda segundo o respeitado constitucionalista, as exceções mais marcantes acham-se na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei, e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (conf. Curso de Direito Constitucional Positivo,

princípio da separação dos poderes) poderia a Lei Complementar nº 65/91 transferir ao Poder Executivo a função de definir e enumerar os produtos industrializados semi-elaborados que deverão ficar ao largo da regra imunizante.

A regra ínsita do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a”, no sentido de atribuir à lei complementar a função de definir hipóteses concretas para efeitos tributários, de resto, não se mostra estranha ao Direito Constitucional pátrio.

Já sob a égide da Constituição de 1967, em relação ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, foi fixada a competência dos Municípios para sua instituição, cujos serviços seriam **definidos em lei complementar** (art. 24, inciso II).

Coube ao Decreto-Lei nº 406/68, cuja natureza material de lei complementar não mais se questiona, dada a excepcionalidade do período institucional em que foi editado, definir em lista os serviços tributáveis pelo ISS. Diante do procedimento adotado por diversos Municípios, ampliando as hipóteses, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, reiteradamente, que eram inconstitucionais os dispositivos municipais que procuravam tributar serviços não previstos na referida lista (RE’s nºs 100.858-0, 100.074-3 e 104.765-8, publicados no DJU de 06.12.85, dentre muitos outros).

Da mesma forma, não se mostra razoável opinião no sentido de que o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Transitórias, convalidaria a delegação questionada, porquanto admitiria que os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/73, fixassem normas para regular provisoriamente a matéria.

Ora, como deflui o próprio art. 34, § 8º, do ADCT, a regra apenas valeu para o período em que ainda não

havia sido editada lei complementar, constando do texto que o convênio regularia provisoriamente a matéria. Editada a Lei Complementar nº 65/91, esgotou-se a competência do CONFAZ, perdendo validade o convênio, porquanto celebrado em condições excepcionais para vigorar somente enquanto não sobreviesse a lei complementar definidora de produto semi-elaborado.

Mais grave ainda, acaso se pudesse visualizar maior gravidade, é que os Estados, dentre estes o de Pernambuco, invocando a delegação da Lei Complementar nº 65/91, celebraram o Convênio ICMS nº 15, de 25.04.91, publicado no Diário Oficial da União de 29.04.91, reportando-se a lista anteriormente veiculada pelo Convênio nº 07, de 27.02.89, publicado no Diário Oficial da União de 08.05.89. Esse último convênio, firmado para atender provisoriamente os Estados, quando nem sequer vigia a Lei Complementar nº 65/91, encontra fundamento de validade em normas jurídicas totalmente diversas, não mais vigentes.

O resultado é que a lista anexa ao Convênio nº 07/89 (na qual se inclui o açúcar demerara, posição 171.11.02000), incorpora-se à do Convênio nº 15/91, para os efeitos da Lei Complementar nº 65/91. O açúcar demerara, independentemente de se enquadrar em requisitos objetivos configuradores do produto semi-elaborado, é aprioristicamente assim considerado e de logo submetido à incidência do ICMS nas operações de exportação para o exterior.

Isto posto, formulamos a Vossa Excelência as seguintes indagações:

1. É admissível, sob o aspecto processual, a adoção do mandado de segurança como remédio eficaz de proteção jurisdicional contra justo receio de virem a ser as empresas molestadas, caso não

- promovam o recolhimento do ICMS, nas saídas de açúcar demerara destinado a exportação?
2. No caso de resposta afirmativa, é correto o entendimento de quem a ordem deve ser requerida contra o Secretário da Fazenda?
 3. Extrapolam os limites contidos no art. 155, § 2º, IX, “a”, da Carta da 1988, os dispositivos da Lei Complementar nº 65/91, os quais, em vez de definirem expressamente os produtos industrializados semi-elaborados, delegaram ao CONFAZ a competência para estabelecer regras e elaborar tal lista?
 4. A referida delegação choca-se com o princípio da separação dos poderes, inculcado como cláusula pétrea no art. 2º da CF? Em face do disposto no art. 68, § 1º, da CF, pode ser afirmado que a Lei Complementar nº 65/91 é inconstitucional?
 5. Reconhecendo-se a possibilidade de delegação, esta somente seria admissível na pessoa do Presidente da República, a quem compete privativamente expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF), ou também, seria legítima a delegação cometida ao CONFAZ?
 6. É legítima a conclusão de que o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias teria convalidado a delegação contida na lei complementar?

II – PARECER

1. Após o atento exame das questões suscitadas pelos consulentes, pronuncio-me e opino nos seguintes termos:

Situa-se o mandado de segurança como uma das ações constitucionais típicas (art. 5, LXIX e LXX, da Constituição de 1988). Semelhante ao **amparo**, ao **mandamus** e à **injunction**, previstos no direito comparado (mexicano, inglês e norte-americano), dele cuidou o constituinte de 1934 (art. 113, § 33), arrolando-o no capítulo dos **Direitos e das Garantias Individuais**. Regulamentado mediante a Lei nº 191, de 16.01.1936, o notável instituto tem servido de suporte às instituições democráticas brasileiras, ao longo da sua trabalhada evolução legislativa e jurisprudencial.

O texto da Carta Política de 1988, promulgada a 05.10.1988, assim dispõe no seu art. 5º LXIX:

“Conceder-se-à mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público”.

Vale acrescentar que o citado diploma passou a admitir expressamente o chamado mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional; por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX).

A finalidade dessa especialíssima ação, consoante deflui do texto constitucional e do diploma específico (Lei nº 1.533, de 31.12.1951), é proteger direito líquido e certo, ou seja, aquele “que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito

invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendida por outros meios judiciais”, no dizer singelo e preciso do admirável HELY LOPES MEIRELLES (in *Do Mandado de Segurança*, 14ª edição, págs. 25 e 26).

Sem dúvida, o **writ** deve assentar em situações e fatos comprovados de plano, segundo decorre da sua índole, que não propicia instrução probatória comum. Ao lado disso, é oportuno acentuar que por mais complexo que seja o direito não impede o julgador de interpretar o comando da lei. Assim sempre entendi, durante a minha longa vida de magistrado, seguindo, inclusive, a melhor doutrina.

Os juízes não devem perder de vista o exato conceito de direito líquido e certo, pressuposto da essência do mandado de segurança.

Além disso, é indispensável a existência de ato ou omissão eivado de ilegalidade ou abuso de poder, de parte da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, como estatui a Lei Magna. A ilegalidade ou abuso de poder, é bom frisar, consiste em ação ou omissão. Em síntese, o legislador exige o binômio – direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder.

2. Segundo esclarece o relatório oferecido pelos ilustres advogados, discute-se matéria de direito ante fatos certos, incontroversos, a permitir o socorro à ação de mandado de segurança, inclusive em caráter preventivo. Com efeito, configura-se o justo e atual receio da apreensão das mercadorias e aplicação de pena pecuniária,

caso não providenciem o recolhimento do ICMS sobre o açúcar demerara objeto de venda e remessa para o exterior, conforme contratos e guias de exportação que apresentam.

Alegam as impetrantes que não estão obrigadas a recolher o mencionado tributo, porquanto a Lei Complementar nº 15, de 25 de abril de 1991, suporte do Convênio nº 15, de 25 de abril de 1991, contrapõe-se ao disposto no art. 155, § 2º, inc. X, letra a, da Constituição; e, ao lado disso, viola o princípio do art. 68, § 1º, conjugado ao art. 2º do mesmo diploma.

Tem-se, em princípio, a figura da lesão iminente a merecer a proteção do **writ**.

3. Não se deve olvidar que se conceitua como autoridade o órgão ou agente estatal que detém o poder de praticar atos decisórios. A autoridade coatora nem sempre é o executor do ato impugnado, porém aquele que, como agente do poder público, ordena-o e por ele responde, quer haja lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Sobre ele recai a legitimação passiva. Por isso mesmo, o Sr. Secretário da Fazenda apontado, corretamente, como autoridade coatora prestou informações sem maiores dificuldades sobre a matéria debatida, assumindo a defesa do ato impugnado.

4. Estão em causa temas que se entrelaçam com normas de ordem constitucional. A Carta Política de 1988 cuida do seu Título VI do sistema tributário, versando os princípios gerais, a repartição e limitação das competências entre as unidades – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pessoas jurídicas políticas que compõem a Federação e constituem o poder tributante.

Desse modo, estabelece os princípios da legalidade da tributação, da anterioridade da lei, irretroatividade, da igualdade ou tratamento isonômico, da vedação do tributo com efeito confiscatório e da limitação do tráfego de pessoas ou bens (art. 150, incs. I a IV). Trata no inc. IV

da imunidade tributária quanto a impostos, somente impostos, sem alcançar as outras espécies de tributo, isto é, taxas e contribuições.

A imunidade põe-se como limitação à competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consistente na proibição do nascimento da obrigação tributária, com a finalidade de preservar certos valores políticos, econômicos, sociais e culturais.

Ensinava AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO que a imunidade tributária é “uma forma qualificada ou especial de não-incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando, se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo” (in Fato Gerador da Obrigação Tributária, 2ª edição, pág. 117).

Em torno dessa figura tratada na técnica de tributação afirmava, por sua vez, o douto PONTES DE MIRANDA:

“Nos Estados em que a Constituição é rígida, como o Brasil, a imunidade é limitação constitucional à competência para editar regras jurídicas de imposição” (Comentários à Constituição de 1967, tomo II, pág. 392).

A imunidade, pela magnitude, situa-se na dignidade da norma constitucional. Não se confunde com o instituto da isenção, que tem como fonte formal a legislação infraconstitucional, apresentando-se, ao lado da anistia, como cláusula excludente de crédito tributário, conforme o nosso direito positivo (art. 175 do Código Tributário Nacional). Configura-se esta dispensa legal do pagamento do tributo originariamente devido, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 99.43 – RJ relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 106/868 a 870).

5. Discute-se, como se viu, a exigibilidade do ICMS sobre operações de exportação de açúcar demerara, para o exterior, em face do Convênio ICMS nº 15/91, firmado pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento e secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, reunidos no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Observo que a Constituição, após tratar da competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre circulação de mercadorias (art. 155, II) dispõe no inc. X:

X – Não incidirá:

a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar”.

O preceito, que já constava da Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 23, § 7º) quanto a sua primeira parte, sofreu uma inovação, consistente na exceção “excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar”. Há, portanto, uma vedação à incidência do ICMS, caracterizando-se, indubitavelmente, a figura da imunidade quanto à exportação dos produtos industrializados, excetuados, porém, os produtos industrializados semi-elaborados, definidos em lei complementar, lei nacional, a que deve subordinação à ordem jurídica tributária.

A respeito do assunto, pondera o eminente Prof. PINTO FERREIRA:

“O ICMS é um imposto nacional de competência dos Estados e do Distrito Federal, de onde resulta a necessidade de um regramento mediante lei complementar, superando conflitos, as animosi-

dades e guerra fiscal entre as unidades federativas” (Comentários à Constituição Brasileira, vol 5º, pág. 466).

Dessarte, enquanto não houver definição de produto semi-elaborado, permanecerão sob a proteção do princípio imunizante todas as operações de exportação dos produtos industrializados, *in genere*.

O termo definição “é expressão breve e completa do que significa um vocábulo ou do que se deve entender por uma coisa”, no exato dizer de WALTER BRUGGER (in Dicionário de Filosofia, 2ª edição, pág. 123, tradução de Antônio Pinto de Carvalho).

Na verdade, a definição deve conter a essência específica de determinada coisa, dando-lhe uma configuração técnico-jurídica quando se tratar de um termo ou de um instituto de direito.

Acontece que o legislador ao editar a Lei Complementar nº 65/91 deixou de observar o indeclinável comando da Lei Fundamental, definindo os produtos semi-elaborados. Jamais essa atribuição foi permitida a nenhum outro instrumento normativo, e, muito menos, é óbvio, a órgão estranho ao Poder Legislativo, como seja o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

À vista de que a tributação envolve o interesse maior, como instrumento de desenvolvimento nacional, é que compete única e exclusivamente à Lei Complementar “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”(art. 146, II). Por isso mesmo é que a Constituição reservou à lei complementar a competência para definir os produtos semi-elaborados, como categoria excluída da imunidade. Basta a leitura dos texto seguintes:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X – Não incidirá:

- a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar”.

A propósito, também permitiu a possibilidade da lei complementar ampliar a não incidência do ICMS nas exportações, de “serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a” (art. 155, § 2º, letra e). Regra que se destina a favorecer e estimular as exportações. Atente-se para que tanto ali, como aqui, a regulamentação dá-se no âmbito da lei complementar.

Em síntese, somente o produto semi-elaborado definido como tal, em lei complementar, é que fica sujeito a ICMS. Esteia-se essa conclusão em norma constitucional de eficácia contida.

6. Reza a Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991 em sua ementa:

“Define, na forma de alínea a do inciso X do art. 155 da Constituição, os produtos semi-elaborados que podem ser tributados pelos Estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior”.

Estabelecendo, em seguida:

“Art. 1º – É compreendido no campo da incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS) o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior:

I – que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportado **in natura**;

II – cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária;

III – cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País.

Art. 2º – Cabe ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ):

I – estabelecer regras para a apuração do custo industrial conforme referido no artigo anterior;

II – elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados segundo definidos no artigo anterior, atualizando-a sempre que necessário”.

Ora, a Lei Complementar nº 65/91 deixou de exercitar, por inteiro, a competência que lhe foi outorgada pela Constituição da República, cingindo-se a estabelecer

imprecisas condições gerais para definição de produtos semi-elaborados. Além de tudo, conferiu ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) poderes para ditar regras de apuração dos custos industrial, necessário à sua definição; e mais, elaborar a lista dos produtos industrializados semi-elaborados, para efeito da exclusão da imunidade.

Configura-se, assim, a mácula de inconstitucionalidade, por não ter a mencionada lei definido, efetivamente, o que se deve entender como produto industrializado semi-elaborado, conforme a norma imperativa inserida na letra a, do inc. X, do § 2º do art. 155, da Constituição. Repito, a lei complementar pode e deve definir numa locução breve e completa, na sua essência, o significado de **produtos semi-elaborados**.

Todavia, como se deduz da leitura do seu art. 1º, o legislador não cumpriu, a rigor, o mandamento constitucional. É que traçou, com certa imprecisão, critérios isolados a fim de permitir a identificação, ou caracterização de produto industrializado semi-elaborado. Tanto assim que teve de se valer do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) para as relevantes atribuições:

“I – estabelecer as regras para a apuração do custo industrial conforme referido no artigo anterior;

II – elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados segundo definidos no artigo anterior, atualizando-a sempre que necessário”.

Na realidade, a Lei Complementar conferiu competência ao CONFAZ, não somente para estabelecer as regras de apuração do custo industrial do produto exportado, fugindo, assim, ao exato alcance que emana do preceito imperativo constante da letra a, do inc. X, do

§ 2º do art. 155 da Constituição, como, igualmente, renunciou à missão que lhe foi outorgada, com, exclusividade, de definir o que seja produto industrializado semi-elaborado.

Matéria reservada à lei complementar, jamais poderia ser delegada, no todo, ou mesmo em parte, por força da pré-falada vedação constitucional.

Com evidente clareza o § 1º do art. 68, da Lei Magna, veio a dispor:

“§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem...”

Portanto, é expressamente proibida a delegação da matéria reservada à lei complementar, lei nacional, com processo específico e qualificado de elaboração (art. 69 da Constituição). Aplica-se, aqui, a máxima *delegata potestas non potest delegari*.

Diante da competência exclusiva, recebida da Constituição, à lei complementar não cabia estabelecer delegação à norma de hierarquia inferior e, muito menos, a simples órgão do Poder Executivo, ou seja, ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Outrossim, se fosse viável a delegação, *ad argumentandum tantum*, haveria de recair na pessoa do Presidente da República (art. 84, inc. IV, da Constituição).

Enfim, sobrepõe-se ao interesse fazendário local a preocupação do constituinte no sentido de incrementar a política de exportação de produtos industrializados, enfrentando o mercado internacional, em resguardo de relevante interesse econômico-financeiro dos Estados e, em última análise, da própria nação. É o interesse de maior densidade, o interesse nacional a justificar a exigência da norma imperativa ditada pela constituição.

Em interessante trabalho, intitulado “ICMS – Benefícios fiscais – Isenções, convênios, imunidades – Produtos semi-elaborados”, MARCOS AURÉLIO GRECO E ANNA PAOLA ZONARI concluem afirmando:

“A lei complementar nº 65 de 15 de abril de 1991 procura definir produtos semi-elaborado socorrendo-se de conceituação abrangente e de uma delegação de competência ao CONFAZ que configura, a nosso ver, caso de inconstitucionalidade, pois será este órgão quem, na prática e efetivamente, indicará os produtos que estarão alcançados pelo conceito e, por conseqüência, inseridos no âmbito de competência tributária dos Estados-Membros, matéria que é reservada à lei complementar e que não comporta delegação legislativa” (Curso de Direito Tributário, IVES GANDRA MARTINS, coordenador, vol. 2, pág. 212, 2ª edição, 1993).

Por sua vez, o Professor SACHA CALMON NAVARRO COELHO emite o seguinte juízo interpretativo:

“O artigo 155, X, a, dispõe que o CMS não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os **semi-elaborados** definidos em **lei complementar**. Nesta hipótese, o legislador está obrigado a editar lei complementar contendo a lista dos semi-elaborados excluídos da imunidade” (Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário, 5ª edição, 1993, pág. 127).

E, em outro trecho:

“Até e enquanto não sobrevenha lei complementar com a **lista dos semi-elaborados** excluídos da regra de imunidade (limitação ao poder de tributar) todos

os produtos industrializados, inclusive os semi-elaborados são **imunes** quando remetidos ao exterior. A lei complementar no caso tem por função comprimir a licença constitucional ampla e auto-aplicável (self-executing). (obra cit., pág. 121).

Digo eu, disposição de eficácia contida tem, nessa circunstância, eficácia plena e aplicação imediata.

Afigura-se-me inviável outra exegese, quer à luz de uma interpretação teleológica, seja diante de uma estimativa apoiada na lógica do juízo comum.

Não vejo, no caso sob exame, como se buscar ajuda interpretativa sob a frágil alegação da existência de norma tributária em branco. Configura-se a hipótese de norma legal em branco quando se faz necessário outra norma, norma integradora, que venha a complementar o tipo em branco. Ora, na espécie a Lei Complementar nº 65/91 deixou de cumprir exigência constitucional (letra a, do inc. X, do § 2º do art. 155), conforme já ficou demonstrado.

Tour court.

Há na hipótese Lei Complementar, que, por erronia, fugiu da sua finalidade, instituindo descabida delegação ao CONFAZ, órgão composto de representantes do Poder Executivo. Assim sendo, o Convênio nº 15-91 não se apresenta como instrumento apto a definir o que seja produto industrializado semi-elaborado, carecendo de legitimidade para o fim a que se propõe.

Trata-se, segundo já ficou acentuado, de matéria reservada à lei complementar, sendo vedada a delegação, inclusive, é óbvio, através de deliberações em convênios de Estados-Membros. Na matéria atinente à exonerações tributárias impõe-se, não há negar, a observância do princípio da legalidade. Ao convênio cabe a função administrativa preparatória, de modo a permitir a sua aplicação regular e uniforme, sem extravasar as normas estruturais do comando legal, sob pena de se tornar inválido, por inconstitucionalidade.

Ao poder público não é dado obstacular, por via oblíqua, o alcance da imunidade, valendo lembrar que o princípio da legalidade tributária situa-se no rol dos direitos e garantias individuais.

No que tange à argüição de que o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afasta a ilegitimidade da delegação em causa, afigura-se-me inoperante. Estatui a mencionada regra:

“§ 8º. Se no prazo de sessenta dias, contado da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

Ocorre que aí se contém uma permissão normativa em caráter provisório, que, a rigor, refere-se à instituição do imposto, e não à modificação do imposto já instituído. Como quer que seja, desde a edição da Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991, esgotou-se a eficácia da citada norma.

Nessa altura, convém ainda meditar sobre as percucentes observações dos ilustres causídicos, *in verbis*:

“Mais grave ainda, caso se pudesse visualizar maior gravidade, é que os Estados, dentre estes o de Pernambuco, invocando a delegação da Lei Complementar nº 65/91, celebraram o Convênio ICMS nº 15, de 25.04.91, publicado no Diário Oficial da União de 29.04.91, reportando-se à lista anteriormente veiculada pelo Convênio ICMS nº 07, de 27.02.89, publicado no Diário Oficial da União de 08.05.89. Este último convênio, firmado

para atender provisoriamente os Estados, quando nem sequer vigia a Lei Complementar nº 65/91, encontra fundamento de validade em normas jurídicas totalmente diversas, não mais vigentes.

O resultado é que a lista anexa ao Convênio nº 07/89 (na qual se inclui o açúcar demerara, posição 171.11.02000), incorpora-se à do Convênio nº 15/91, para os efeitos da Lei Complementar nº 65/91. O açúcar demerara, independentemente de se enquadrar em requisitos objetivos configuradores do produto semi-elaborado, é aprioristicamente assim considerado e de logo submetido à incidência do ICMS nas operações de exportação para o exterior.”

Ademais, o constituinte ao criar a inovação que exclui da imunidade os produtos industrializados semi-elaborados quis, por certo alcançar aqueles de pouca elaboração industrial, como os que sofrem simples beneficiamento para efeito de exportação. Se há modificação essencial, mediante operação física, química ou físico-química, transformação da matéria-prima em produto acabado, ou pronto para o consumo, impõe-se a forma qualificada da não-incidência, a imunidade.

É o caso do açúcar demerara, que após complexas e custosas operações industriais, passa à categoria de produto industrializado, tornando-se objeto de largo consumo. Não se confunde com produto que esteja ainda a exigir alteração substancial, para sua utilização.

De resto, deve-se atentar para a política de incentivos à exportação, como elemento essencial ao desenvolvimento do País, principalmente ante as crises que afetam certas áreas, como, por exemplo, a da cana-de-açúcar. É uma reflexão que não deve passar despercebida, inclusive daqueles que cultivam o largo campo das ciências jurídicas e sociais.

7. À vista de todas essas considerações tenho para mim que a Lei Complementar nº 65, de 25 de abril de 1991 bem assim o Convênio nº 15, de 25 de abril de 1991, afrontam a norma do art. 155, § 2º, inc. X, letra a, da Constituição da República, assim como viola o princípio inserido no art. 68, § 1º, conjugado ao art. 2º do mencionado diploma.

Diante da supremacia dos princípios constitucionais salta aos olhos, a ilegitimidade da Lei Complementar e do Convênio objeto deste pronunciamento jurídico, tornando-se passível do controle jurisdicional, pela via do mandado de segurança.

8. Apoiado no exame das questões suscitadas e nos fundamentos jurídico-legais que expendi, passo a responder às indagações:

1. Respondo afirmativamente. Discutindo-se matéria de direito ante fatos certos, incontroversos, torna-se adequado o remédio do mandado de segurança, em caráter preventivo, eis que se configura justo e atual receio de virem a ser molestadas as empresas consulentes, caso não recolham o ICMS sobre o açúcar demerara objeto de venda e remessa para o exterior.
2. Sim. É correta a impetração do **writ** contra o Senhor Secretário da Fazenda, porquanto este se posiciona como autoridade que ordena e responde pelo ato impugnado, quer haja lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.
3. Sim. Os dispositivos da Lei Complementar nº 65/91 exorbitam dos limites do princípio contido no art. 155, § 2º, inc. X, letra a, da Constituição de 1988, porquanto, consoante ficou demonstrado, ao invés de definirem expressa e efetivamente os produtos industrializados semi-elaborados, em obediência ao mandamento

constitucional, delegaram ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), competência para estabelecer regras e elaborar lista de tais produtos. Em conseqüência, padece da eiva de inconstitucionalidade.

4. Sim. A delegação de competência em causa choca-se em última análise, com o princípio fundamental da separação dos poderes, insculpido no art. 2ª da Lei Magna. A par disso, a Lei Complementar nº 65/91 também vulnera a norma do art. 68, § 1º, da Constituição da República, proibitiva de delegação de matéria reservada à lei complementar, lei nacional, com processo específico e qualificado de elaboração (art. 69).
5. Admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, a possibilidade de delegação, haveria de recair na pessoa do Presidente da República (art. 84, inc. IV, da Constituição). Jamais em simples órgão do Poder Executivo, ou seja, ao CONFAZ.
6. Não. Não se me afigura viável a conclusão de que o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Transitórias teria convalidado a delegação contida na Lei Complementar nº 65/91. É que se tem aí uma permissão normativa em caráter provisório que, a rigor, prende-se à instituição de imposto, e não à sua modificação; e, como quer que seja, desde a edição da referida lei complementar, perdeu a sua eficácia.

É o meu parecer, s.m.j.
Recife, 22 de agosto de 1994

Djaci Falcão
Ministro Aposentado do
Supremo Tribunal Federal.

SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DO CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO

Eduardo Augusto Paurá Peres
Juiz de Direito Titular da 15ª Vara Cível
da Capital.

PROCESSO Nº 00196017553-0 (2544)
AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO DE CONTRATOS
CUMULADA COM PERDAS E DANOS
AUTOR (ES): COMPANHIA BRASILEIRA DE
PETRÓLEO IPIRANGA
RÉU (S): POSTO ATLÂNTICO LTDA.

EMENTA:

Ação Ordinária de Rescisão de Contrato cumulada com perdas e danos – rescisão já efetivada ante a denúncia feita através notificação judicial levada a efeito pela ré nesse sentido. Validade – volume de combustível previsto no contrato não cumprido, sem que o fornecedor exercitasse a faculdade de sua rescisão. Aceitação tácita dos volumes adquiridos – redução do fornecimento do álcool carburante em razão do desaquecimento do proalcool, pelo Governo Federal, que levou a indústria automobilística a produzir menos veículos movidos a álcool. Imprevisibilidade no ato da assinatura do contrato celebrado sete anos antes. Dano inexistente. À medida que não atingiu o posto a cota do álcool superou em muito a cota da gasolina. – Improcedência do pedido, suportando a autora os ônus da sucumbência.

Vistos etc...

COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA promoveu AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO DE CONTRATOS CUMULADA COM PERDAS E DANOS contra POSTO ATLÂNTICO LTDA., qualificados na exordial, alegando, em resumo, que a Companhia Atlantic de Petróleo e ré celebraram em 12.01.88 contratos de fornecimento de produtos e comodato de equipamentos, vindo a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga a suceder a Atlantic, dando continuidade aos contratos.

Alega mais, que pelos contratos autora e ré obrigaram-se a fornecer e adquirir mensalmente, durante toda a vigência do contrato, as quantidades dos produtos que discrimina na inicial, argumentando que a partir do mês de janeiro de 1996, quando ainda restava adquirir da Autora a quantidade de 3.894.600 litros de álcool automotivo, a ré, embora regularmente notificada, deixou de efetuar a aquisição das quantidades de produtos a que se obrigou contratualmente perante a Autora, providenciando inclusive o fechamento do seu estabelecimento comercial por meio da colocação de tapumes, incorrendo, desse modo, em grave violação dos contratos firmados, sujeitando-se a responder pelas perdas e danos prefixadas na cláusula nº 9 do contrato referido e pede a condenação da Ré.

- a) ao pagamento da quantia correspondente à multa compensatória estipulada na cláusula nona do respectivo instrumento, no valor correspondente a 5% do preço da quantidade de 3.894.600 litros de álcool automotivo, a ser calculado na forma do art. 604 do CPC, tomando-se por base o preço unitário de R\$ 0,38 por litro do referido produto, a ser corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da presente ação, até a data do efetivo pagamento;

- b) a restituir à autora os equipamentos do comodato avençado no mesmo instrumento contratual (oito tanques para armazenamento de combustível automotivo, uma bomba e um poste com placa acrílica), sob pena de ressarcir à autora pelo valor correspondente;
- c) ao pagamento dos honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação, custas processuais e demais cominações legais.

Com a inicial juntou os docs. e ilustrações fotográficas de fls. 06 a 30 e efetuou o pagamento das custas, fl. 32 e verso.

Citada, fl. 41 e verso, a ré apresentou contestação, fls. 3 a 51, juntando os docs. de fls. 52 a 59., impugnando em separado, o valor da causa, decidido tal incidente em audiência, contra a qual não se insurgiram as partes.

Em sua defesa alega que, "...se de um lado, a relação contratual estipulou as quantidades mínimas de produtos a serem adquiridas, do outro lado, a relação de negócio mostrou-se completamente diferente, porque desde o primeiro ano da relação, em momento algum, as quantidades de produtos estipulados pelos contratantes foram cumpridas. De um total de 14.160.000 litros de álcool carburante acordados até o final do contrato, permaneceu com um déficit de aproximadamente 4 (quatro) milhões de litros jamais fornecidos" e que "restou bem claro, que em momento algum a autora pretendeu o cumprimento das quantidades contratadas, eis que foram fixadas cotas muito acima da capacidade comercial do ora contestante".

Argumenta mais que "em instante algum houve qualquer tentativa de cobrança quanto à aquisição da litragem contratada, ao longo de todos esses anos, numa demonstração cabal da alteração tácita ocorrida quanto

aos produtos e quantidades efetivamente pretendidas pelas partes”, concluindo que as partes em momento algum contrataram as quantidades de litros e os produtos constantes da cláusula 2 do mencionado contrato, e sim, as quantidades dos produtos efetivamente fornecidos e adquiridos pelos mesmos.

Alega ainda, que com base nas disposições contratuais, o contestante notificou judicialmente a autoras, comunicando sua determinação em não renovar o contrato, após sua extinção, tendo o mesmo sido extinto de pleno direito em 31.08.95, tendo a extinção sido reconhecida tacitamente pela autora, ao acatar a determinação do ora contestante em não renovar o ajuste, determinando aos seus prepostos a retirada do posto quase todos os equipamentos objeto do contrato de comodato, com exceção, apenas de uma bomba, oito tanques submersos e um poste acrílico, que permanecem à disposição da autora.

Diz que a autora recusou diversas tentativas em firmar novo contrato, com novas condições e que, na verdade, o que se verifica, é que a autora impôs ao ora contestante a assinatura de contrato eivado de cláusulas leoninas, prévia e unilateralmente dispostas, que apenas beneficiavam a ela própria.

Sobre a multa compensatória alega que a sua incidência estaria a depender da existência de prejuízos passíveis de compensação, decorrentes da inadimplência supostamente verificada, não tendo a autora investido qualquer centavo para fazer jus àquela multa compensatória, não tendo a autora sofrido qualquer prejuízo.

Invoca o Art. 920 do Código Civil, o Código do Consumidor e transcreve posições doutrinárias, pedindo pela improcedência da ação.

A autora apresentou réplica à contestação, 61/74, sendo designada audiência de conciliação, tendo sido esta

infrutífera e na mesma julgado o incidente de impugnação ao valor da causa, além da determinação da conclusão dos autos para julgamento antecipado, nos termos do art. 330, I, do CPC.

É, em síntese, O RELATÓRIO.

DECIDO.

Toda a questão repousa na obrigatoriedade ou não da prorrogação do contrato até que a suplicada houvesse adquirido a totalidade dos produtos previstos na cláusula 2. e aplicabilidade ou não da multa constante da cláusula 8 do contrato de fornecimento de combustíveis e, ainda, a devolução dos equipamentos dados em comodato pela autora. Quanto a esta terceira parte não há discussão, inclusive afirmando a ré que os equipamentos estão à disposição da autora, para remove-los.

A ré defende a tese de que com o acréscimo feito no contrato através do “EM TEMPO”, fl. 08, estaria revogada a previsão de prorrogação do contrato prevista na cláusula 9. e que houve uma estimativa de fornecimento acima de sua capacidade e que os volumes realmente contratados não foram os previstos no contrato e sim aqueles efetivamente fornecidos e recebidos eis que em nenhum momento pretendeu a autora receber os valores pelos volumes prefixados e sim aqueles fornecidos mês a mês, dizendo que tais cláusulas são leoninas.

Em se tratando de interpretação de cláusula contratual e para um melhor entendimento do assunto, necessário se faz uma ligeira análise do texto legal, o que faço buscando conceitos antigos do extraordinário jurista pernambucano PAULA BAPTISTA, insertos em seu “Compêndio de Hermenêutica Jurídica”, edição de 1.984, cuja obra foi editada pela primeira vez, como todos sabem, no século passado. Às pgs. 30/31, nos §§ 29 e 30, estabelece critérios de interpretação, falando da

necessidade em casos de obscuridade ou ambigüidades da norma, de compará-las com os demais artigos da mesma lei ou com outras leis.

Tais conceitos é o que Savigny chama “ligação de todas as leis e instituições de direito ao seio de sua vasta unidade”. Daí se afirmar que “**a lei não é somente o texto, mas também o contexto**”, de tal sorte que na interpretação de um texto legal ou de cláusulas contratuais – e contrato faz lei entre as partes – necessário se faz que se analise o texto em todo o seu conjunto e dentro do universo legal em que ele se insere.

Analisemos, pois, as questões uma a uma:

A primeira, a de que com o acréscimo feito no contrato através do “EM TEMPO”, fl. 08, estaria revogada a previsão de prorrogação do contrato prevista na cláusula 9 é uma interpretação lógica. De fato, a cláusula 9. tem a seguinte redação:

9. “Ressalvado o disposto na cláusula 8, se, ao término do prazo ajustado, ainda que por força de medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Petróleo ou outra autoridade competente, a EMPRESA REVENDEDORA não tiver adquirido o total das quantidades mínimas mensais a que se obrigou na cláusula 2, *ficará o presente contrato prorrogado por prazo suficiente para que a EMPRESA REVENDEDORA adquira da ATLANTIC, a diferença entre o total das mencionadas quantidades mínimas e o total efetivamente comprado.*” (grifei).

Por sua vez, o alegado ‘EM TEMPO’ tem o seguinte enunciado:

“EM TEMPO: I – A cláusula 1 (um) deste instrumento passa a ter a seguinte redação: 1 – Este contrato tem o prazo de 07 (sete) anos, a contar da

data do primeiro fornecimento de combustíveis feito pela ATLANTIC à EMPRESA REVENDEDORA. *As partes contratantes de comum acordo estipulam que, este prazo ficará automaticamente prorrogado por igual período, nas mesmas condições deste contrato, caso não seja ele denunciado por qualquer das partes, por escrito, nos 90 (noventa) dias que antecederem a data do seu término.* “(sem grifo no original).

Sem qualquer sombra de dúvidas, o “EM TEMPO” anula o enunciado da cláusula 9., eis que ali obriga uma renovação, findo o contrato, na hipótese de não ter sido adquirido o volume total de combustíveis contratualmente previsto e, no “EM TEMPO”, faculta a denúncia, independentemente da aquisição do volume total de combustíveis, desde que tal denúncia ocorra *por qualquer das partes, por escrito, nos 90 (noventa) dias que antecederem a data do seu término.* A denúncia, pela ré, ocorrerá formalmente, como se vê da notificação de fls. 12 a 15., não tendo, assim, que continuar com o contrato até completar o total de combustíveis previstos.

Restaria a análise da aplicabilidade ou não da multa constante da cláusula 8 do contrato de fornecimento de combustíveis, que, sob a ótica da ré, teria havido uma estimativa de fornecimento acima de sua capacidade e que os volumes realmente contratados não foram os previstos no contrato e sim aqueles efetivamente fornecidos e recebidos eis que em nenhum momento pretendeu a autora receber os valores pelos volumes prefixados e sim aqueles fornecidos mês a mês, dizendo que tais cláusulas são leoninas.

A cláusula 8. em comento, tem a seguinte redação:

“8. – *Se as partes contraentes, ressalvados os casos previstos nas cláusulas 3.1, 4 e 5, não*

cumprirem, durante 3 (três) meses consecutivos, as obrigações assumidas no presente contrato, será lícito à parte não infratora, independente de interpelação ou notificação judicial ou extra-judicial, considerar rescindido o presente contrato, ficando a parte inadimplente sujeita ao pagamento da multa compensatória, na importância correspondente a 5% (cinco por cento) do preço de cada litro ou quilograma do produto que faltar para complementar as quantidades de produtos pactuados pela duração do contrato, multa esta irredutível e que representa a prefixação de perdas e danos...” (os reais não estão no original).

A cláusula é clara. Poderia a Autora ter considerado rescindido o contrato ultrapassados 3 (três) meses consecutivos sem o cumprimento pela ré, como de fato ocorrera, da aquisição dos combustíveis nos totais previstos no instrumento contratual. Não resta dúvida de que a ré não adquirira os totais convencionados. Entendo, contudo, com a ré, que teria havido uma aceitação tácita dos totais de combustíveis adquiridos uma vez que a Autora não denunciara o contrato como lhe era lícito fazer. Ultrapassados cada lapso temporal de 3 (três) meses e não exercendo a faculdade que lhe era lícito exercitar, teria havido, realmente, uma renúncia àquela faculdade e uma aceitação tácita da aquisição em volume inferior ao pactuado, iniciando-se novo lapso temporal e nova renúncia e aceitação tácita, por todo o contrato, do início ao fim. Observe-se que não se trata de norma imperativa ou cogente, mas de mera faculdade.

Por outro lado, não é difícil observar-se que as quantidades de combustíveis fixados no contrato para a aquisição/fornecimento foram estabelecidas aleatoriamente, tanto que celebrado o contrato em 12/01/88, fl.

08, já em 20/01/88, fl. 09, as quantidades foram reduzidas em milhares de litros.

As quantidades inicialmente estabelecidas, fl. 07, foram as seguintes:

	Para o 1º ano	Para o 2º ano	Do 3º ano em diante
Litros de Gasolina	80.000	90.000	100.000
Litros de Álcool Etilico Hidratado	150.000	170.000	200.000
Litros de Óleo Diesel	20.000	30.000	40.000
Litros de Óleos Lubrificantes	2.500	2.900	3.400

Posteriormente, tais quantidades foram alteradas, fl. 09, para a seguinte litragem:

	Para o 1º ano	Para o 2º ano	Do 3º ano em diante
Litros de Gasolina	60.000	70.000	80.000
Litros de Álcool Etilico Hidratado	130.000	150.000	180.000
Litros de Óleo Diesel	60.000	70.000	80.000
Litros de Óleos Lubrificantes	2.500	2.900	3.400

Mas, não é só isso. Pelo demonstrativo de retiradas, fls. 19 a 21, observa-se que a aquisição dos combustíveis teve um aumento considerável quanto à gasolina, de

570.250 litros no ano de 1989 para 769.400 em 90; 984.450 em 91; 936.300 em 92; 1.071.800 em 93; 1.075.930 em 94; 1.005.400 em 95, não atingindo o total previsto no ano de 89 e 90, mas superando o volume contratual nos anos de 91, 92, 93, 94, 95. Por outro lado, com referência ao álcool o quadro é inverso. Realmente, houve um crescimento do ano de 1989 para 1.990, de 1.712.900 de litros para 1.922.200 e a partir daí uma queda constante e considerável: 1.990.250 litros em 91; 1.430.600 em 92; 1.269.700 em 93; 982.450 em 94; 638.500 litros em 1.995. O declínio da venda de álcool estaria justificado com o desaquecimento do PROALCOOL, pelo Governo Federal, obrigando a Indústria Automobilística a produzir cada vez menos veículos movidos a álcool, caindo de um altíssimo percentual de produção de carros a álcool em relação aos movidos a gasolina, para percentual insignificante, em gradual e constante desaquecimento. Vender álcool carburante a quem, se não existem veículos que o utilize, seria a indagação da ré.

Essa questão não fora ventilada na defesa, é certo, mas nem por isso não posso deixar de conhecê-la e apreciá-la por entender que o Juiz deve estar atento ao seu tempo, formando sua convicção livremente, sem que venha isso constituir-se em julgamento ultra ou extra petita, em atenção aos aforismos *Da mihi factum, dabo tibi jus e Jura novit curia*.

“...O juiz aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado (STJ-RSTJ 21/432; RTJ 105/1.024, 115/932, RT 504/116, 608/153, RJTJESP 43/138, 50/281, 93/185, 115/119, JTA 88/335, RF 255/253). Nesse sentido: “Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal” (RSTJ 48/136).¹

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor – Theotonio Negrão, 27ª ed./96.

Rara vez, de fato, se nos apresenta com tanta clareza a teoria da imprevisibilidade consubstanciada na velha cláusula *Rebus sic stantibus*, considerando, ainda não se afigurar dano ao Autor, uma vez que, se não atingido o volume previsto na vendagem do álcool carburante, o volume da gasolina superara a previsão contratual. Se por força da desativação do PROALCOOL pelo Governo Federal cada vez mais menos veículos movidos àquele combustível era fabricado, reduzindo o mercado daquele produto, a venda da gasolina ocupava o espaço daquele produto, ou seja, à medida que caía a venda do álcool subia a de gasolina. A planilha juntada pela Autora demonstra isso.

A chamada *cláusula rebus sic stantibus* que na concepção romana é *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, significa que os contratos que têm tratos sucessivos e que dependem do futuro são condicionados à perduração das coisas, isto é, *rebus sic stantibus* – se as coisas assim se mantiverem.

O fato é que o poder jurisdicional tem competência para rever as avenças livremente pactuadas, quando fato superveniente altere o quadro econômico-jurídico inicial, verificados elementos que desestruture o negócio pactuado, ficando legitimado à sua reconstrução. Esse respeito dispõe o Código Civil:

Art. 1058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Na hipótese dos autos não se pode deixar de reconhecer que fato exógeno consistente no desaque-

cimento do PROALCOOL torna a obrigação inexigível, por efeito da imprevisibilidade do fenômeno.

Doutrina e jurisprudência andam de braços dados quanto a matéria, sendo inúmeras as lições de mestres do direito, os mais renomados, senão vejamos:.

“O princípio da autonomia da vontade, que exterioriza o liberalismo extremado, na própria doutrina jurídica foi contrabalançado pelo ‘princípio do equilíbrio contratual’ que, em suas diversas vertentes, exterioriza a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão, a vedação ao contrato leonino ou ao enriquecimento injustificável (20).

Só se pode falar em ‘autonomia de vontade’ nos contratos em que livremente as partes pactuam estipulações equilibradas e que não sejam ‘atingíveis’ por fatores imprevisíveis, inevitáveis ou, mesmo que teoricamente imprevisíveis, inevitáveis, com enriquecimento imerecido de uma parte e empobrecimento injustificável de outra.

O certo, todavia, é que, em matéria de financiamento agrícola, há de prevalecer o disposto na Constituição e não nos contratos impostos pela conjuntura, em que a autonomia da vontade é maculada pela impossibilidade de ser exercida livremente (21) (in A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O FINANCIAMENTO DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA publ. na rev. LEX vol.203) (os números 20 e 21 referem-se a notas de rodapé na publicação).²

“Assim, a onerosidade excessiva, oriunda de eventos extraordinários e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por considerar submetida uma das partes à Cláusula *Rebus Sic Stantibus*”³

2 MARTINS, Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional

3 MARIA HELENA DINIZ, in CURSO DE DIREITO CIVIL, vol. 3, pág. 122

O mestre ORLANDO GOMES, com o peso da sua autoridade, proclama:

“Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou das bases do negócio; a verdade é que, no direito moderno a alteração radical das condições econômicas, nas quais o contrato foi celebrado, tem sido considerado uma das causas que com o concurso de outras circunstâncias, pode determinar sua resolução”⁴.

“A imprevisão nos contratos ou a sua resolução ou a sua revisão com o fim de restabelecer o equilíbrio rompido pelo enriquecimento indevido do credor em prejuízo do devedor, pode ser vislumbrada pelo art. 879, do C. Civil, segundo o qual, na obrigação de fazer, esta se resolverá caso a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor”⁵

“Há porém ocasiões em que os acontecimentos se precipitam, em que ocorrem fatos por tal forma estranhos ao curso natural da vida que não há previsibilidade humana capaz de debuxá-los, de tal sorte que dois marcos bem próximos do tempo encontram-se envoltos em ambientes completamente díspares, e, pois, duas pessoas ligadas por uma relação contratual, se podessem, ainda que imprecisamente, preconceber o ocorrido, certo não teriam assumido a obrigação”

“Não é mister, diga-se que a prestação se torne irrealizável para que o devedor se livre do vínculo contratual. Torna-se insatisfatória, quando através

4 ORLANDO GOMES, apud MÁRCIO KLANG, em ‘A TEORIA DA IMPREVISÃO E A REVISÃO DOS CONTRATOS’, RT, pag. 17

5 AGUIAR DIAS, in «EXCESSIVA ONEROSIDADE – CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS», apud Seleções Jurídicas, 06/96, pág16

de fatos imprevisíveis, ela se torna demasiadamente dispendiosa para uma das partes. Caso isso sobrevenha, pode o prejudicado, amparado pela teoria da imprevisão requerer a rescisão do contrato”⁶

O prof. J. M. OTHOM SIDOU, do Curso de pós-graduação da UFRJ, preleciona proclamando o entendimento universal:

“A doutrina entende pela cláusula tácita *rebus sic stantibus* a condição em virtude da qual em certas categorias de contratos o vínculo contratual se deve considerar subordinado a continuação do estado de fato existente ao tempo de sua formação, de tal sorte que modificando o ambiente objetivo por circunstâncias supervenientes e imprevisas, a força obrigatória do contrato não deve ser mantida, justificando-se a intervenção judicial para sua revisão, ou rescindi-lo.”⁷

O “princípio da autonomia da vontade”, que exterioriza o liberalismo extremado, na própria doutrina jurídica foi contrabalanceado pelo “princípio do equilíbrio contratual”, que, em suas diversas vertentes, exterioriza a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão, a vedação ao contrato leonino ou ao enriquecimento injustificável (20).

Só se pode falar em “autonomia de vontade” nos contratos em que livremente as partes pactuam estipulações equilibradas e que não sejam “atingíveis” por fatores imprevisíveis, inevitáveis ou, mesmo que teoricamente previsíveis, inevitáveis, com enriquecimento imerecido de uma parte e empobrecimento injustificável de outra.

6 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in REVISTA FORENSE, vol. 3º, pág. 216

7 Prof. J. M. OTHOM SIDOU, do Curso de pós-graduação da UFRJ, in REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS, pág. 12

*O certo, todavia, é que, em matéria de financiamento agrícola, há de prevalecer o disposto na Constituição e não nos contratos impostos pela conjuntura, em que a autonomia da vontade é maculada pela impossibilidade de ser exercida livremente*⁸

Não se há de questionar, portanto, qualquer falta de diligência da parte da Suplicante, vindo a propósito o magistério de AGOSTINHO ALVIM que o Colendo STJ já sufragou, ao transcrever dele o seguinte passo:

“A diligência a que está obrigado o devedor, se, por um lado, lhe impõe a obrigação de suportar maior ônus do que o esperado, não lhe impõe, todavia, a obrigação de arruinar-se, do que, a propósito, vêm as palavras de Grisostomi, por ele referidas, de que “a lei obriga a um certo grau de providência, de diligência; além desse grau, não há mais responsabilidade; está-se no campo do caso fortuito” e, em tal caso, como conclui aquele ilustrado tratadista, o devedor não incorre em mora”⁹

O STJ, respaldando o magistério de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, decidiu:

“Por sua vez, ao discorrer sobre a teoria da responsabilidade subjetiva, Washington de Barros Monteiro pontifica:

“Segundo essa doutrina, a responsabilidade civil tem como extremos legais: a) a existência de

8 IVES GANDRA MARTINS, Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional, FEDERAL E O FINANCIAMENTO DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA publ. na rev. LEX vol. 203) (os números 20 e 21 referem-se a notas de rodapé

9 in Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, 3ª ed., 1965, p. 314) e, também, segundo a regra insculpida no art. 1.058 do Código Civil, não responde pelos prejuízos resultantes... (STJ, 3a. Turma, RE 29921-8/RJ (92.0030900-3) (in DJ 22/08/94, apud LEXLI, STJ/TRF, v. 65, pág. 150)

- suficiente para que a EMPRESA REVENDEDORA, ora ré, adquira da ATLANTIC, a diferença entre o total das mencionadas quantidades mínimas e o total efetivamente comprado, tendo sido o contrato rescindido ante a notificação judicial feita validamente neste sentido pela ré, não havendo mais o que rescindir;
2. – não exercitando a autora a faculdade da denúncia do contrato em vista da aquisição do álcool combustível em volume inferior ao estabelecido no contrato, ocorrera aceitação tácita da autora quanto aos volumes efetivamente adquiridos, considerando, ainda, que o volume contratualmente previsto fora estabelecido aleatoriamente, em quantidade superior à capacidade da ré;
 3. – a impossibilidade do cumprimento do contrato pela ré no que pertine ao volume de álcool carburante decorreria da imprevisibilidade desta quanto ao desaquecimento, pelo Governo Federal, do PROALCOOL, levando a indústria automobilística nacional a produzir cada vez mais menores quantidades de veículos movidos àquele combustível e, conseqüentemente, a diminuição da vendagem do combustível referido;
 4. – não se afigura, finalmente, na hipótese a existência de dano ao autor, posto que, embora a vendagem do álcool tenha sido inferior ao volume pactuado, o volume da gasolina fora em milhares de litros a maior, compensando a diferença daquele.

Ex positis,

JULGO IMPROCEDENTE o pedido da autora e a condeno no pagamento, por força da sucumbência, das custas processuais e honorários advocatícios, estes em vinte por cento (20%) sobre o valor da causa, atualizado, observando-se quanto aos equipamentos dados em comodato a faculdade da autora em retirá-los das instalações da ré, como já autorizara esta.

Custas **ex lege**.

P.I.R.

Recife, 29 de setembro 1.997.

Eduardo Augusto Paurá Peres
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO

Jorge Américo Perelra de Lira
Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Capital –
Supervisor da Escola Superior da Magistratura
do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

Ementa:

1. Falsidade documental – Arguição *incidenter tantum* – Prova pericial – Sua não imprescindibilidade – Questão prejudicial – Julgamento simultâneo com a lide principal – Não é obrigatório o exame pericial. Não há por que ordenar a sua realização quando a apuração se puder verificar por outros meios de prova. Consoante o autorizado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o incidente de falsidade pode ser julgado como questão prejudicial, simultaneamente, na mesma sentença que decidiu a questão principal.

2. Comercial e Processual Civil – Nulidade de título de crédito – Duplicata de compra e venda mercantil – Vício do produto – Recebimento das mercadorias sem ressalvas – O faturamento com divergência de preço, prazo ou objeto transacionado, relativamente ao avençado com o comprador, é, na realidade, causa para a rescisão da compra e venda mercantil, hipótese em que é lícito ao comprador enjeitar a mercadoria, recusando-se a assinar a duplicata. Mas, sendo a tradição a forma de concluir e tornar perfeita e acabada a compra e venda mercantil, para rescindi-la não

basta ao comprador denunciar a divergência em questão. Para exonerar-se do contrato e da responsabilidade pelo pagamento do respectivo preço, terá o comprador não só de comprovar devidamente o inadimplemento do vendedor (divergência objetivamente demonstrável), como também terá de depositar judicialmente a mercadoria, à ordem do vendedor, caso este não a receba em devolução.

3. Denúnciação da lide – Introdução de fatos novos – Inocorrência de relação jurídica entre denunciante e denunciada – Inadmissibilidade – A denúncia da lide somente pode ser deferida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, não sendo possível, contudo, a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária. Não havendo relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado, não há como se prover o pedido de denúnciação da lide.

4. Lide temerária – Pretensão da parte prejudicada em ser indenizada por perdas e danos – Ajuizamento de demanda reconvenicional – Identidade de natureza da verba ressarcitória – Cumulação impossível ante o dever de indenizar imposto ao litigante de má-fé – Os prejuízos suportados pela ré-reconvinte, decorrentes do litígio, serão compostos pelo pagamento de indenização pela litigância de má-fé (lide temerária), honorários e demais despesas do processo. Acolher a pretensão ressarcitória da lide reconvenicional, fundada objetivamente no mesmo fato, importaria no *bis in idem*, a ensejar o enriquecimento ilícito da ré-reconvinte.

Vistos e examinados etc.

Trata-se a hipótese, aqui, de julgamento de processos em conjunto, por força da conexão: o primeiro, registrado sob o nº 00194032854-3, refere-se à ação cautelar de sustação de protesto ajuizada por MERCANTIL NACIONAL LTDA. contra NUTRIR PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. O segundo, sob o nº de registro 00195000363-9, reporta-se à ação declaratória de nulidade de título cambial, cumulada com perdas e danos, igualmente aforada por MERCANTIL NACIONAL LTDA. em face de NUTRIR PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

I. Relatório:

1. Proc. nº 00195000363-9 (ação principal)
MERCANTIL NACIONAL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, satisfatoriamente qualificada na peça prefacial (fls. 02/08), por intermédio de advogados legalmente habilitados, moveu AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CAMBIAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS em face de NUTRIR PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., igualmente qualificada na petição introdutória, tudo em relação à duplicata registrada pela emitente sob nº 009195 e protocolizada no Cartório de Protestos sob o nº 161992-6, com vencimento em 21.11.94, no valor de R\$ 38.400,00 (trinta e oito mil e quatrocentos reais), para o que alega, em síntese crítica, como causa de pedir, a resolução do negócio jurídico subjacente, por causa superveniente (vício do produto), por isso que, cuidando de duplicata (título causal), inválido o contrato que a originou, ineficaz também é a duplicata dele emanada; donde, ante a nulidade da cártula (condição resolutiva), aplicável à espécie a regra editada no art. 1.092, do Diploma Substantivo Civil.

Reclama o provimento do *petitum*.

À arial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 09/10.

Triangularizada a relação jurídico-processual – cf. fls. 17 e 22 – a ré apresentou a contestação de fls. 23/31, ocasião em que, insurgindo-se contra o pedido prefacial, arguiu que a compra e venda mercantil sob exame se houve perfeita e acabada, isso porque, efetivamente, as mercadorias objeto do ajuste mercantil foram entregues na sede da autora em sua totalidade, em perfeito estado, como, aliás, atestou a autora no recibo que apôs no Conhecimento de Transporte; esclarecendo, outrossim, que jamais, em tempo algum, recebeu os bens em devolução, para efeito de desfazimento do ajuste mercantil.

Requeru a denúncia à lide da empresa ETSUL TRANSPORTES LTDA., em razão de a autora haver asseverado que entregou as mercadorias devolvidas a preposto de citada transportadora, no momento mesmo do recebimento daquelas.

Com a peça de resistência, foram produzidos os documentos de fls. 32/36.

Ainda por oportunidade da resposta, ajuizou a ré, sob fundamento na má-fé da devedora cambial, demanda reconvenicional, colimando haver desta (autora-reconvinda) perdas e danos, decorrentes da inexecução culposa da obrigação titulada, o que a teria impelido a contrair empréstimo bancário em razão do desacerto financeiro que lhe sucedeu.

Juntou à inicial da ação subordinada os docs. de fls. 42/53v.

A contestação da lide reconvenicional se encontra às fls. 61/67, opondo-se a autora-reconvinda ao êxito do pedido indenizatório, sob a alegação de que o contrato

mercantil foi eficaz e regularmente resolvido por causa superveniente à sua formação (vício do produto), daí por que improcede o pleito da ré-reconvinte.

Sobre a contestação da ação central, disse a autora às fls. 69/72.

Às fls. 73/74, suscita a autora o incidente de falsidade do documento de fl. 36 (Conhecimento de Frete), produzido pela ré, com espeque na alegativa do “falso material.”

A ré (suscitada) – parte que produziu o documento investivado – foi ouvida às fls. 78/79, asseverando a sua autenticidade.

Assim me vieram os autos conclusos para decisão.
2. Proc. nº 00194032854-3 (ação cautelar)

MERCANTIL NACIONAL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada na peça arial, aforou, antes da distribuição da ação ordinária declaratória (dita principal), AÇÃO CAUTELAR ATÍPICA em face de NUTRIR PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., igualmente qualificada no requerimento preambular, colimando, com pedido de liminar, a sustação do protesto de título cambiário, cuja inexigibilidade foi reclamada na ação principal, sob a alegação de injuricidade, à vista do desfazimento do negócio jurídico subjacente.

Sublinhou os mesmos argumentos expendidos, *a posteriori*, na ação ordinária (ação cognitiva), destacando a emergência da medida para o afastamento de sérios gravames, ante a iminência de efetivação do protesto vergastado.

Juntou os documentos de fls.08/12.

Pelo pronunciamento de fl. 17, anverso, através dos fundamentos ali lançados, foi concedida a medida liminar, pelo então Juiz processante, expedindo-se, em razão disso, ofício ao Cartório de Protesto (cf. fl. 18).

Regularmente citada (cf. fls. 19 e 237), a requerida ofereceu resposta (cf. fls.25/32), antecipando as razões de defesa apresentadas, posteriormente, na ação de conhecimento. Adunou com a peça de bloqueio os documentos de fls.33/235.

Às fls. 21/23, argüindo o “falso material”, suscita a requerida o incidente de falsidade da Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias, cuja cópia inautêntica foi produzida pela requerente à fl. 10.

Através do pronunciamento interlocutório, irrecorrido, de fl. 236, determinou o então Juiz Presidente do feito, dentre outras providências, que a requerente, sob pena de revogação da medida liminar, promovesse a juntada do original da nota fiscal de devolução das mercadorias objeto do ajuste mercantil, bem como do conhecimento da transportadora correspondente à restituição das mercadorias enjeitadas.

Manifestou-se a requerente às fls. 242/245 – inclusive em prol da autenticidade do documento inquinado de falso, ressaltando que, por não se ter utilizado dos serviços de empresa de transporte ao proceder à devolução dos bens contratados à vendedora, não ocorrera a extração de “conhecimento de transporte”. Nessa mesma oportunidade, trouxe a requerida à colação os documentos de fls. 246 *usque* 2.759 – num total de mais 2.500 (dois mil e quinhentos) – sem, contudo, exhibir o original da “Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias”, cuja cópia “inautêntica” encontra-se à fl. 10.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desenlace.

O QUE TUDO BEM VISTO, EXAMINADO E PONDERADO, PASSO A DECIDIR.

II. Fundamentação:

3. Cuido, de preâmbulo, que as lides (principal, acessória e incidentais) comportam o julgamento conforme o estado do processo, por força do princípio da eventualidade contido nos arts. 282, 302 e 128, do CPC.

O julgamento antecipado da lide representa providência que se ajusta às questões debatidas, prescindindo, pois, da abertura de dilação probatória em audiência (art. 330, I, CPC).

Consoante o autorizado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “o incidente de falsidade pode ser julgado como questão prejudicial, simultaneamente, na mesma sentença que decidiu a questão principal” (RSTJ 50/135), solução de ordem lógica que adoto, *in casu*, por medida de racionalização processual e também, principalmente, por ajustar-se perfeitamente à espécie dos autos.

Nesse mesmo sentido, aliás, é o magistério de PONTES DE MIRANDA:

“Sempre que o documento se produziu como base e se argüi contra a sua força probatória formal, a questão do falso pode ser prejudicial, mas está intimamente ligada ao pedido, podendo ser julgada com a ação principal.” (Comentários, IV, pág. 365). Ainda acerca do assunto, leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Pretender que a sentença do incidente (art. 395) tenha que ser proferida em separado e com suspensão do processo principal, seria subverter a sistemática do Código em matéria de cumulação de pedidos e conexão de causas, que sempre conduzem a julgamento único, por questão de ordem lógica e, principalmente, por economia processual.

Daí o inegável acerto da conclusão de PONTES DE MIRANDA, de que “o incidente de falsidade de documento suspende o processo, porém somente quanto à decisão”. Vale dizer, o processo principal não pode ser julgado enquanto o incidente não puder também ser solucionado, em face da questão prejudicial que nele se contém.

Com essa orientação, elimina-se, também, a controvérsia em torno de qual o recurso que se pode interpor do julgamento do incidente. Se a decisão é proferida na sentença, só pode ser a apelação” (Curso, vol. I, 2ª ed., RJ, Forense, 1986, págs. 495/496).

Doutra parte, tenho que a lei não erigiu em formalidade essencial à prova do delito a realização do exame pericial. Quando haja a inequívoca certeza da autenticidade ou da falsidade documental não há nem mesmo interesse prático em realizar o custoso exame.

A convicção do julgador, dentro do nosso sistema processual, que não admite hierarquia de provas, pode perfeitamente se formar com base nos demais elementos do conjunto probatório dos autos.

Conforme oportuna observação de ALEXANDRE DE PAULA, em seu Código de Processo Civil Anotado (vol. II, pág. 259, RT, 1977), “*embora estabeleça o art. 392 do CPC que ‘o juiz ordenará o exame pericial’, este não é obrigatório, como tem sustentado a doutrina e jurisprudência, quando a apuração se puder verificar por outros meios de prova*”.

A autora (sacada), quando instada por intermédio do pronunciamento interlocutório proferido à fl. 236 dos autos acessórios (ação cautelar), para exibir o original da cópia inautêntica da Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias (fl. 10 dos autos acessórios), sob qual documento fundamenta a sua pretensão, não atendeu à determinação judicial, impossibilitando materialmente,

com tal postura negativa, a própria realização de exame pericial.

Malgrado tratar-se de cópia fotostática não autenticada, o documento sob referência (Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias) tem a sua força probante desautorizada pelos demais elementos probatórios reunidos nos autos. A autora (obrigada cambial) recebeu as mercadorias, efetivamente, em 01.11.94 (v. doc. de fl. 36 dos autos acessórios – recibo das mercadorias aposto no Conhecimento de Transporte) e, no mesmo dia em que as houvera recebido, argúi na réplica na lide cautelar que as devolveu para a ré (sacadora), sem inclusive se utilizar, para tal fim, de empresa de transportes de cargas. (Note-se que o recibo lançado no canhoto da fatura – v. fl. 35 dos autos acessórios – foi firmado por preposto da empresa transportadora, e não pela destinatária final.)

Ora, considerando que a vendedora tem a sua sede no Município de São José da Lapa, no Estado de Minas Gerais, espera mesmo a compradora que alguém possa acreditar nessa sua versão?

Nos autos principais, apercebendo-se da inverossimilhança dessa sua afirmação, apresenta uma nova versão para os fatos: as mercadorias, quando de sua restituição, foram entregues a preposto da empresa transportadora (terceira estranha à relação obrigacional). O que somente lhe desfavorece ainda mais, ao lembrar-se que, em havendo a ré (vendedora) negado o recebimento em devolução, não está a compradora (autora) desonerada de sua obrigação contratual, posto que, no caso, é o depósito em mãos da vendedora ou de procurador seu com poderes bastantes (ou judicial na hipótese de recusa) insuprível.

Simple comunicação pondo os produtos – que adquiriu e lhe foram entregues – à disposição da vendedora não logrou a compradora efetuar, nem no prazo do art. 7º

da Lei nº 5.474/68 ou em outra oportunidade. *A contrario sensu*, a afirmação da Autora de que se recusara a receber as mercadorias, por estarem com o prazo de validade vencido, é peremptoriamente desmentida pelo recibo que lançou no Conhecimento de Transporte (fl.36), através do qual noticia o recebimento dos bens **sem quaisquer ressalvas**.

Por isso, não há como deixar de reconhecer a falsidade da Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias (fl. 10 dos autos acessórios), produzida pela Ré na inicial da lide cautelar. O que, também, por este particular – sendo irrecusável o delito – já é o bastante para caracterizar a sua litigância de má-fé.

Sem desprezo disso, sobreleva notar e acrescentar que, em face da impugnação fundamentada a que se submeteu o documento particular vergastado, a ausência de autenticação, no caso, já seria suficiente para desmerecer a sua força probante. Com efeito, decidiu o STJ que “se houver impugnação da cópia, deve ser feita a conferência pelo escrivão” (STJ-RT 676/186), sem o que não terá o mesmo valor probante do original.

Acerca da argüição de falsidade do documento de fl. 33 dos autos principais (Conhecimento de Transporte), desafia gizar-se que, ouvida às fls. 242/245 dos autos acessórios (lide cautelar) sobre o “Conhecimento de Transporte”, a autora, já em 10.02.95, não impugnou a autenticidade desse documento, de todo relevante para o desate da controvérsia, admitindo, pelo silêncio, a sua autenticidade (v. art. 372, CPC). Entretanto, quando o mesmo documento foi reproduzido pela ré nos autos da ação central, a autora, como que se apercebendo de sua importância probante, suscitou o incidente de falsidade, em 29.08.95, cerca de seis (06) meses depois de ser intimada de sua juntada aos autos da lide instrumental (v. fls. 73/74 dos autos principais), com o evidente propósito

de apenas tumultuar o processo, eternizando a sua tramitação.

Não se trata, pois, de documento novo, cuja produção na ação matriz teria surpreendido a autora, e sim de documento produzido pela ré há mais de seis (06) meses, justamente com o desiderato de o contrapor às alegações daquela. E mais: o documento se acha devidamente autenticado, revestido, pois, das formalidades previstas no art. 384, do CPC.

Ademais, o documento inquinado de falso tem a sua autenticidade corroborada pelos demais elementos de prova, notadamente a confissão da ré, que afirma que recebeu as mercadorias da transportadora no dia 01.11.95 e se teria utilizado desta empresa para proceder à restituição da coisa.

Forçoso concluir, destarte, haja vista a admissão de sua autenticidade (v. art. 372, CPC), pela improcedência da suscitação.

4. No mérito, tenho que, havido realmente o recebimento da mercadoria (comprovado documentalmente e confessado pela própria compradora), nessa altura consolidada estava a compra e venda, porque passou o prazo legal de restituição, sem que a compradora desfizesse, eficazmente, o contrato com a vendedora. O que somente seria possível mediante efetiva devolução ou consignação judicial da mercadoria negociada.

O faturamento com divergência de preço, prazo ou objeto transacionado, relativamente ao avençado com o comprador, é, na realidade, causa para a rescisão da compra e venda mercantil, hipótese em que “*é lícito ao comprador enjeitar a mercadoria, recusando-se a assinar a duplicata*”, como ensina CUNHA PEIXOTO (Comentários à Lei de Duplicatas, 1ª ed., nº 85, pág. 102). Mas, sendo a tradição a forma de concluir e tornar perfeita e acabada a compra e venda mercantil, para rescindi-la não basta ao comprador denunciar a divergência em questão.

Para exonerar-se do contrato e da responsabilidade pelo pagamento do respectivo preço, terá o comprador não só de comprovar devidamente o inadimplemento do vendedor (divergência objetivamente demonstrável), como também terá de depositar judicialmente a mercadoria, à ordem do vendedor, caso este não a receba em devolução.

Aludido depósito será sempre um ônus ou encargo do comprador, “*sob pena de decair de seu direito*”, pois – lembra CUNHA PEIXOTO – é com o depósito que se tem como “*rescindida a venda*” (op. cit., nº 87, pág. 105).

Por isso, adverte WALDEMAR FERREIRA, em comentário à sistemática do Código Comercial, que, após enfeitada a mercadoria, por qualquer motivo previsto em lei, cabe ao comprador “*depositá-la judicialmente, intimando-o (o vendedor) para a ação, na forma da lei processual*”. “É – acrescenta o notável comercialista – o depósito judicial insubstituível” (Tratado de Direito Comercial, v. 10, nº 2.165, pág. 149).

Não tem o comprador a força de desvincular-se unilateralmente da compra e venda mercantil, selada pela entrega e recebimento da mercadoria. Daí porque “*não obriga ao vendedor a simples comunicação do comprador pondo-lhe à disposição a coisa, que adquiriu e lhe foi entregue*” (Waldemar Ferreira, op. cit., pág. 151). É que, “*em face do Código Comercial, o enfeitamento, pelo comprador, da coisa, que recebeu, não se poderá fazer por simples palavras, mas por atos, a saber: a) o reenvio; b) o depósito judicial*” (idem, op. cit., pág. 152).

Ora, na espécie em julgamento, mais do que deixar de devolver ou depositar a mercadoria, a compradora (Autora) sequer, através de comunicação escrita, a colocou à disposição da vendedora. Assim, a toda evidência, decaiu do direito de rescindir a compra e venda, tornando-se devedora de quantia certa, nos termos da respectiva duplicata.

Outra não é a posição de nossos pretórios.

Confiramos:

“Se o comprador deixa de devolver a duplicata e de fazer qualquer declaração no prazo do art. 7º da Lei nº 5.474/68, sujeita-se a ação executiva desde que o credor possua o documento relativo à entrega das mercadorias” (RT 467/138)

“Se tem justa causa para recusar o aceite da duplicata deve o comprador devolvê-la acompanhada de uma carta com os fundamentos da omissão da assinatura, no prazo para a devolução, procedendo concomitantemente à consignação da coisa, sob pena de, não o fazendo, considerar-se perfeito e acabado o contrato de compra e venda, que deu origem à emissão dos títulos pelo devedor” (RT 294/542)

“Duplicata – Alegação de rejeição da mercadoria por excesso de preço no faturamento – Mercadoria, no entanto, retida em poder do comprador até a época da execução.

– Para que a recusa da mercadoria tenha a força de romper a compra e venda mercantil, é preciso que o comprador, no prazo legal, promova a efetiva devolução ou, em caso de recusa do vendedor, faça o competente depósito judicial à ordem desse, incumbindo-lhe, ainda, provar o inadimplemento cometido pelo alienante (isto é, a divergência de preço ou prazo).

– Todas essas providências são indispensáveis, porquanto não obrigam o vendedor à simples comunicação, pondo-lhe à disposição a coisa que adquiriu e lhe foi entregue” (TAMG – Ap. 17.182 – Comarca de Uberlândia – Rel. Humberto Theodoro Júnior)

Por fim, é imperioso reconhecer que, ante a evidência do direito da ré (fato objetivamente observável), o que ensejou o delito de falso perpetrado pela autora com o propósito de escamotear a verdade, revela-se temerária a pretensão deduzida em Juízo por esta; donde, não há negar, daí se percebe que a mesma residiu em Juízo sob a inspiração da má-fé (elemento subjetivo).

5. Creio que, depois disso, ilididas pela vendedora as razões da recusa, não há como recusar guarida ao protesto da duplicata *sub judice*, cujo ato cartorial deve, portanto, prosseguir.

6. A litisdenúnciação não há de ser admitida. Deveras, a denúnciação da lide somente pode ser deferida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, não sendo possível, contudo, a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária (RSTJ 58/319). Assim há de ser pela razão óbvia de que não é possível introduzir-se nos autos uma nova demanda, com produção de prova pericial e testemunhal, entre denunciante e denunciado (conferir neste sentido: STF-RT 631/255).

Demais, a jurisprudência do STJ assentou o entendimento no sentido de que – como sói acontecer com a espécie – não havendo relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado, não há como se prover o pedido de denúnciação da lide (cf. RSTJ 67/441).

Se não há direito de regresso, é incabível a denúnciação (cf. STF-RT 605/241).

7. Desavém, outrossim, prover a demanda reconvençional. Os prejuízos suportados pela ré-reconvinte, decorrentes do litígio, serão compostos pelo pagamento de indenização pela litigância de má-fé (lide temerária), honorários e demais despesas do processo. Acolher a pretensão ressarcitória da lide reconvençional, fundada

objetivamente no mesmo fato, importaria no *bis in idem*, a ensejar o enriquecimento ilícito da ré-reconvinte.

III. O dispositivo:

(Decidindo simultaneamente:)

8. Isto posto:

- a) julgo procedente o incidente, suscitado pela requerida-sacadora, e, via a espécie, reconheço a falsidade material do documento de fl. 10 dos autos acessórios (Nota Fiscal de Devolução de Mercadorias), por isso que perfeitamente caracterizado o delito;
- b) como explicitado no corpo deste decisum, julgo improcedente a arguição de falsidade do documento de fl. 33 dos autos principais – Conhecimento de Transporte – ante a indemonstração do falso;
- c) julgo improcedentes os pedidos (principal e instrumental) formulados pela parte autora, e, em consequência, reconhecida a eficácia da duplicata descrita e caracterizada nos autos, em razão de sua extração corresponder a um real contrato de compra e venda mercantil, perfeito e acabado, revogo, definitivamente, a providência liminar deferida por este Juízo, na ação cautelar preparatória (Proc. nº 00194032854-3).

A parte vencida, outrossim, em homenagem ao princípio do sucumbimento, arcará, ainda, com o pagamento das custas processuais e da verba honorária advocatícia, esta arbitrada à razão de 20% sobre o valor emprestado à causa subordinante (dita principal).

A teor da regra estampada no art. 18, do Estatuto de Rito, ante a sua inconcussa litigância de má fé, reconhecida neste *decisum*, condeno a autora, ainda, a

pagar à ré verba indenizatória fixada em 20% sobre o valor atualizado do título sob exame.

- d) Inadmito a denunciação da lide, em face da manifesta inexistência de relação jurídica entre a denunciante e a denunciada, a autorizar ação regressiva;
- e) julgo improcedente o pedido reconvenicional, carreando à ré-reconvinte, conseguintemente, o pagamento das custas processuais da ação derivada e verba honorária advocatícia, esta arbitrada à razão de 10% sobre o valor emprestado à lide subordinada.

Custas ex lege.

Providencie a Secretaria a juntada de cópia desta decisão simultânea nos autos da ação instrumental conexa, aqui apreciada em conjunto.

P.R.I. e Cumpra-se.
Recife, 27 de julho de 1997.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE

José Viana Ulisses Filho

Juiz de Direito. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

Processo nº 00194008301-0

Mandado de Segurança

Impetrante: Spev Norte Serviços de Vigilância Ltda.

Impetrado: Presidente da Comissão de Licitação da URB – Recife

Ementa:

Direito Administrativo. Desatende ao princípio do julgamento objetivo, à licitação pela modalidade menor preço, que exige, no edital, metodologia de execução como requisito classificatório do certame. Declaração da nulidade do edital.

Vistos etc..

SPEV NORTE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado estabelecida na cidade de Olinda à rua Prof. José Cândido Pessoa nº 425, Bairro Novo, impetrou perante este Juízo AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, contra ato do Ilmo. Sr. Presidente da Comissão de Licitação da Empresa de Urbanização do Recife – URB, Sílvio Romero Gouveia Cavalcanti, aduzindo na exordial, em resumo que:

Acostou às informações, os documentos de fl.50 “*usque*” 54.

Com vista ao M.P., pugnou o órgão pela revogação da liminar concedida, bem como, no mérito, pela denegação da segurança.

Conclusos estão os autos, aptos para julgamento.

Agora, decido, fora de prazo motivado pelo acúmulo de serviços.

DECISÃO

Trata a presente ação, de Mandado de Segurança Preventivo impetrado contra publicação do edital nº 01/94, que versa sobre licitação na modalidade concorrência, promovida pela Urb-Recife, com o objetivo de contratar serviço de vigilância sob o regime de menor preço. O pedido de nulidade do edital impugnado é calcado em três ilegalidades apontadas, a saber:

1º – exigência ilegal e desnecessária de documento, no caso o CND (certidão negativa de débito da Seguridade Social);

2º – subjetividade do julgamento;

3º – ausência de indexação dos índices de atualização monetária do contrato à URV (Unidade Real de Valor).

Examinarei primeiramente a primeira e terceira alegação, deixando para apreciar a segunda, posteriormente.

No que se refere à primeira delas, tenho-a por manifestamente improcedente. O Estatuto que regula as licitações e contratos administrativos (Lei nº 8666/93) é de clareza meridiana quando em seu art. 29,

inc. IV exige como condição para habilitação dos licitantes, a prova de regularidade relativa à seguridade social, com a demonstração de exatidão no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. Ora, esta comprovação consoante a legislação específica dispõe, se efetiva através da apresentação do CND que é a certidão negativa de débito. Dessarte, agiu com acerto a administração, quando exigiu como requisito para habilitação na licitação a apresentação do documento em comento, não ultrapassando os limites da legalidade, nem tampouco agindo com excesso de discricionariedade consoante indica a empresa impetrante na exordial.

Assim, na hipótese inexistente qualquer violação a direito líquido e certo da empresa autora que venha a ensejar o uso do remédio heróico.

No que tange à terceira pretensão da impetrante, também desmerece qualquer acolhida por parte deste juízo, notadamente pelo fato de que, quando foi efetivada a publicação do edital, ainda não estava em vigor a unidade real de valor, o que, com efeito, não impede, *a posteriori* conforme demonstrado pela autoridade coatora em suas informações, ser adotado o citado índice quando por ocasião da formalização da avença contratual. Em consequência, não nos é forçoso concluir, que também improcede a irregularidade apontada.

Já no que diz respeito à segunda irregularidade, acredito estar a razão com a impetrante. Vejamos:

Antes de previsto como norma de *status* constitucional, como sói acontecer com o instituto da licitação regulamentado pelo art. 37, inc.XXI da C.F. vigente, tal figura era regida pelo Decreto – Lei nº 2.300/86, em circunstância que merecia severas críticas por parte da doutrina especializada e por juristas comprometidos com as mudanças éticas introduzidas pela Assembléia Nacional

Constituinte de 1988. Muitos fatos negativos vieram ocorrer sob a égide da legislação anterior, mormente no que se refere ao denominado “escândalo das empreiteiras” que maculou sobremaneira a história de nossas instituições administrativas com manipulações de licitações e conluios outros que sem embargo, redundaram na total reformulação do instituto em comento, com o advento da lei nº 8.666 de 21.06.1993, que erigiu como sua pedra angular os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. E é supedaneado em princípios de tal jaez que devem ocorrer os certames licitatórios, notadamente no que tange à publicação dos editais, que no dizer de Meirelles é a lei interna da licitação, que vincula aos seus termos tanto os licitantes como a administração que o expediu.

Essa digressão faz-se necessária para podermos delimitar as circunstâncias que presidiram e determinaram a revogação do estatuto anterior, facilitando a exegese da nova norma, identificando, por assim dizer, a sua *occasio legis*.

O certame impugnado, dispõe em seu edital que a licitação ocorrerá na modalidade concorrência do tipo “menor preço”. No item nº 09 do edital epigrafa-se a proposta de preços, constando do subitem nº 9.3 a seguinte exigência: “Sistemática da execução dos serviços (plano de segurança), com detalhamento das medidas a serem adotadas para garantir a segurança dos imóveis e do patrimônio da Urb-Recife”. Logo abaixo a seguinte observação: “os licitantes que não atenderem às exigências previstas nos itens 07, 08 e 09 serão desclassificados. Ora, percebe-se claramente do enunciado comentado que, o não cumprimento da exigência do item 9.3 implicará a

desclassificação do concorrente. Assim, inserido na proposta de preços existe um item desclassificatório que não guarda qualquer relação com o item em questão, desvirtuando, destarte, em nosso entendimento, a modalidade de certame que é o menor preço, propiciando a possibilidade de que ocorra no julgamento avaliação de natureza subjetiva, o que sem a menor dúvida, foge aos desideratos teleológicos do Estatuto licitatório, malferindo, por via oblíqua, preceptivo constitucional consubstanciado no art. 37, inc. XXI que consagra o princípio da igualdade de condições dos concorrentes. E não se venha argumentar que o motivo de tal exigência prende-se ao fato de assegurar à administração o cumprimento do contrato a ser celebrado. Esse argumento repugna aos mais elementares princípios de direito, notadamente quando se sabe que à administração é facultada a prerrogativa de rescisão dos contratos na hipótese do seu descumprimento, devendo a metodologia da prestação do serviço ser um dos objetivos da avença. Dessarte, desnecessária, inoportuna e ilícita é a exigência em questão, violando a legislação federal específica, bem como a própria Carta Política, sendo justo o receio do impetrante, de vir sofrer grave lesão em seu direito subjetivo de concorrer ao certame cercado das garantias legais e constitucionais conferidas pelo nosso ordenamento positivo.

Para argumentar, em exegese superficial da lei nº 8.666/93 percebe-se que a intenção do legislador ao consagrar a modalidade licitatória do menor preço (art.45, § 1º, inc.I), foi a de submeter o certame a critério de simplificação aferitória onde será o vencedor da concorrência aquele que apresente o menor preço. Se acaso a administração estivesse interessada além do menor preço, em proposta de execução técnica com o julgamento

de metodologia de serviço aliada ao menor preço, obviamente optaria pela modalidade licitatória de técnica e preço permitidos pelo inciso III do citado artigo. Entrementes, por tratar-se de serviço de relativa simplicidade, optou pela modalidade menor preço. E se foi assim, ilícita e abusiva é a exigência de que as empresas habilitadas apresentem metodologia de serviço, tornando, dessa forma, inquinado de nulidade, o edital impugnado. E tanto é assim, que a lei em comento ao estatuir a modalidade menor preço, a define dizendo ser a proposta mais vantajosa para a administração determinando que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital, ou convite e ofertar o menor preço.”

É indubitoso que nas hipóteses de licitação de serviços de grande vulto e de alta complexidade técnica, poderá a administração exigir dos licitantes a metodologia de execução (art. 30, § 8º da lei 8666/93), todavia esta hipótese é de exceção e só aplicável, como foi dito, em licitação que envolva alta especialização ou complexa tecnologia, o que não é a hipótese dos serviços objeto da licitação guerreada, valendo citar a opinião do saudoso e genial publicista Hely Lopes Meirelles quando arremata:

“A licitação de menor preço é a mais comum; os demais tipos atendem a casos especiais da administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a administração procura é simplesmente a vantagem econômica. Daí porque nesse tipo, o fator decisivo é o menor preço, por mínima que seja a diferença”. (In *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 268, 14ª edição, Ed. Rev. dos Tribunais – 1989).”

Em conclusão, comprovado está nos autos que não pode o edital impugnado prosperar por ser írrito de *pleno jure*, devendo ser declarada a sua nulidade, por malferir preceito legal e princípio constitucional cogente.

Em face do exposto, e considerando tudo mais que dos autos consta, julgo procedente a segurança para o fim de decretar a nulidade do edital nº 01/94 da lavra da Comissão de Licitação da Urb -Recife, mantendo em todos os termos a liminar anteriormente concedida.

Condeno o impetrado ao pagamento das custas processuais e demais despesas incidentes.

Custas ex lege.

P.R.I.

Recife, 02 de Maio de 1994.

José Viana Ulisses Filho
Juiz de Direito



ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE
Fone/Fax: (081) 424.1193